

AÑO III

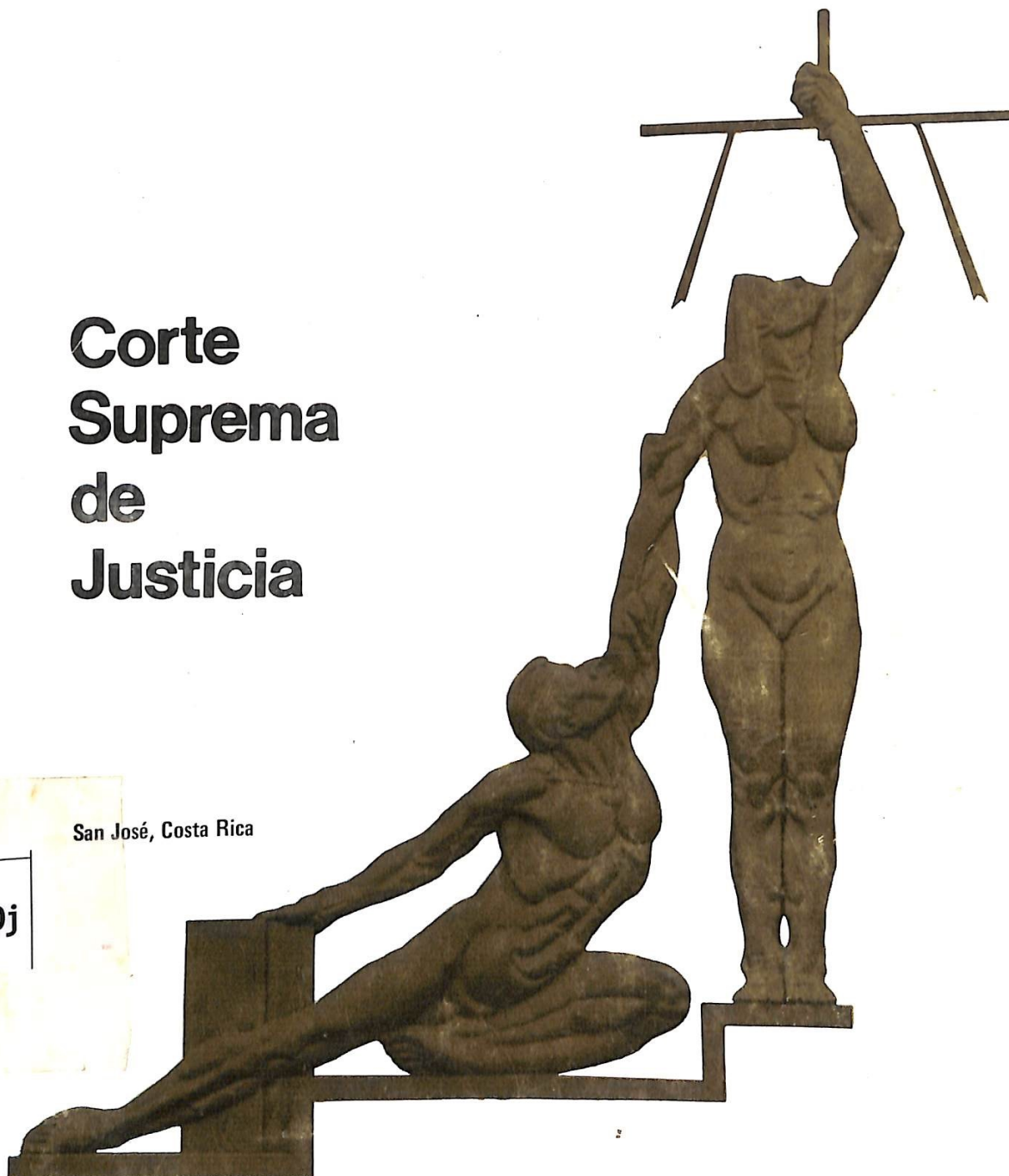
Nº12

REVISTA JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica

R340j



Junio, 1979

<i>Presentación.</i>	
<i>Sobre el Derecho como “orden co</i>	
Dr. Enrique P. Haba.	
<i>Alcances legales y doctrinales de</i>	
<i>defensor público.</i>	
Dr. Luis G. Herrera.	
<i>La novación. Aspectos históricos y</i>	
Dra. María de los Angeles S	
<i>La acción civil en sede penal.</i>	. . .
Dr. Mario Houed Vega.	
<i>Aspectos civiles de la acción resarc</i>	
Lic. Mario Ramírez Segura.	
<i>El principio del contradictorio o la</i>	
Lic. Diego Baudrit Carrillo.	
<i>Inembargabilidad del menaje de ca</i>	
Licda. Marina Ramírez Alta	
<i>Elementos del negocio jurídico.</i>	. . .
Ana Lorena Umaña Rojas.	
Víctor Pérez Vargas.	
<i>Reformas agrarias que suceden a</i>	
<i>capitalista).</i>	
Dr. Francisco Morera.	
<i>Reseña legislativa extranjera: La n</i>	
Dr. Ricardo Zeledón.	
<i>Reseñas bibliográficas.</i>	
Dr. Enrique P. Haba.	
Dr. Ramón Martín Mateo.	
<i>Información normativa.</i>	
Licda. Marcelina Zeledón.	
<i>Pronunciamientos especialmente r</i>	
Licda. Marina Ramírez Alta	
<i>Jurisprudencia.</i>	
Digesto.	



SOBRE EL DERECHO COMO "ORDEN CONCRETO"

Dr. Enrique P. Haba. Profesor de la Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Investigador honorario de la Alexander von Humboldt-Stiftung.

La filosofía es, contrariamente a lo que piensan quienes no la conocen, un esfuerzo empujado por asir la realidad en sus bases mismas. Claro está, un filósofo puede llegar a fracasar más o menos, como en toda empresa humana —lo atestigua también la historia de las ciencias—. Pero más allá de sus triunfos (relativos) y de sus fracasos, de sus luces y sus sombras, la filosofía seguirá siendo una actividad ineludible mientras haya quienes quieran intentar que el conocimiento del hombre llegue lo más lejos posible.

Lo que distingue a la filosofía frente a la ciencia no es tanto, acaso, la cantidad de los errores o de los aciertos, sino la clase de verdades que persiguen una y otra. Las de carácter filosófico son mucho más difíciles (si no imposibles) de probar, a favor o en contra, por los medios que sirven para contrastar las de índole científica. Pero esto no porque el filósofo ande, como suele decirse, "por las nubes", sino más bien por lo contrario: por tratar de alcanzar la raíz de las cosas, su visión se proyecta necesariamente hacia "regiones" que están en el fondo mismo de nuestros conocimientos, aunque resulten insospechadas para el realista ingenuo. La falta de comunicación entre el filósofo y el hombre común, inclusive el científico meramente pragmático, se produce no porque los problemas estudiados por el primero tengan poco o nada que ver con los del segundo —cosa que no es cierta—, sino que ello depende sobre todo del nivel

de conciencia. Para explicarlo valiéndome de una imagen gruesa: aunque yo no sepa cuántos latidos da mi corazón por minuto, ni de qué modo está circulando la sangre por mi organismo, eso no quita que todo ello esté determinando la forma en que me muevo y hasta la claridad de mis ideas, a pesar de que yo ni siquiera esté pensando en los vaivenes de mi aparato circulatorio. Lo propio ocurre, en general, con aspectos que encara la filosofía; "están ahí", aún cuando no se perciben a primera vista, y son determinantes para cosas que suelen verse en forma más inmediata.

Todo lo dicho vale también para la filosofía del derecho, por cuanto ella constituye justamente un enfoque filosófico —o sea de los fundamentos— del quehacer jurídico. En el presente artículo quisiera presentar, tomando como ejemplo el pensamiento de un destacado iusfilósofo latinoamericano, un cuadro de temas (no son los únicos) y de soluciones (tampoco son las únicas) que interesan a la filosofía jurídica. Tal vez sirva para hacer ver, incluso al jurista práctico, hasta qué punto se trata de cuestiones de las que depende no poca cosa en la realización del derecho.

Ahora bien, hay muchas maneras de escribir una Filosofía del Derecho. En la obra a que habremos de referirnos (1), el pensador mexicano Eduardo García Máynez encara esa tarea bajo la perspectiva de una teoría del derecho entendido como "orden concreto". Quiero ofrecer una visión

(1) Eduardo GARCÍA MAYNEZ, *Filosofía del Derecho*, 2a. ed. revisada, Editorial Porrúa, México, 1977, (la 1a. ed. es de 1974). Este trabajo contiene desarrollos que recogen ideas que, en parte, el autor había expuesto (a veces en forma más detallada) a través de artículos y libros anteriores, señaladamente en dos obras: *Introducción al estudio del derecho*, 29a. ed. revisada, Editorial Porrúa, México, 1978 (la 1a. ed. es de 1940); y *La definición del derecho*, 2a. ed., Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Xalapa, México, 1960. García Máynez ha vuelto a retomar buena parte de esos desarrollos en un libro más reciente, reelaborando la forma de exposición: *Diálogos jurídicos*, Editorial Porrúa, México, 1978.

de conjunto sobre la manera en que dicho autor concibe ese "orden" (I), para luego agregar algunas observaciones críticas por mi cuenta (II).

I

Hemos adelantado que, para García Máynez, se trata de enfocar el derecho como un "orden concreto". Con ello desea indicar que los fenómenos jurídicos constituyen un "orden" que no se agota en lo que es el sistema normativo por sí solo, las normas en sí mismas. También la eficacia, la sumisión real de las conductas a dicho sistema, forma parte de la estructura "concreta" del derecho. Sobre esas dos dimensiones fundamentales, sistema normativo y eficacia, que por lo demás aparecen estrechamente ligadas a la promoción (e inclusive a conflictos) de valores, están centrados los análisis del profesor mexicano. El resultado es un cuadro extremadamente orgánico y coherente de cuestiones que, en función de tales presupuestos, constituyen el objeto de una visión filosófica de conjunto sobre lo que es el derecho. (Aún cuando esas bases mismas, sobre todo el hecho de atenerse en tal medida a la idea de orden, pueden ser —apresurémonos a decirlo— un tanto discutibles).

Según nuestro autor, el concepto general de "orden" se refiere a estructuras que presuponen cinco condiciones: "a) un conjunto de objetos [cualesquiera]; b) una pauta ordenadora; c) la sujeción de aquéllos a ésta; d) las relaciones que de tal sujeción derivan para los objetos así ordenados; e) la finalidad perseguida por el ordinante" (p. 23). Distingue, a continuación, entre "orden técnico" —fundado sobre reglas científicas— y "orden normativo" —fundado sobre principios de la vida práctica, que se refieren a la realización de valores relacionados con la conducta del hombre en cuanto ser libre.

El derecho constituye uno de los grandes tipos de órdenes normativos. Los restantes son la moral, los convencionalismos sociales y las normas religiosas. Entre tales órdenes, el derecho se caracteriza por presentar los siguientes rasgos específicos: "es un orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas —integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible— son sancionadas y, en caso necesario, aplicadas o impuestas, por la organización que determina las condiciones y los límites de su fuerza obligatoria" (p. 135). Esta definición, en donde volvemos a encontrar (ahora particularizadas) las cinco clases de elementos señalados para la estructura de todo orden, sirve como punto de partida y como marco para los análisis subsiguientes, es decir, para examinar estos temas fundamentales: a) los sujetos jurídicos (la noción jurídica de "persona", el concepto de "personalidad", etc.); b) el sistema normativo y su estructura (la distinción entre sistema normativo y orden jurídico, el problema de las fuentes, la

estructura de los sistemas jurídico-normativos y las consecuencias que de ello resultan para sus normas, la cuestión de las lagunas, etc.); c) la eficacia del sistema normativo (positividad y vigencia, aplicación e interpretación, procedimientos de integración); d) las relaciones jurídicas (clases de relaciones, hechos jurídicos, derecho subjetivo y deber jurídico); e) los valores jurídicos (su naturaleza, el concepto de justicia, otros valores del derecho, el problema del derecho natural, etc.). Demás está subrayar todo el interés que tiene esta problemática, tan multilateral.

García Máynez insiste más de una vez, retomando una expresión de Hermann Heller, en que el derecho no constituye una "nomocracia impersonal"; pues de éste depende también de que las conductas de los súbditos se ajusten de hecho, en la experiencia jurídica real, a lo que disponen las normas. En efecto, la eficacia (relativa) de un ordenamiento legal no depende sólo del poder del Estado, sino también de que ese orden sea reconocido, aceptado, normalmente obedecido por los sujetos a quienes se dirige. Ello nos coloca frente a una cuestión clave para la filosofía y la teoría del derecho: la relación entre la positividad y la vigencia de las normas jurídicas. Aunque estas dos condiciones puedan serle atribuidas a unas mismas normas, no quiere decir, sin embargo, que se trate de la misma cosa. La positividad se refiere al simple hecho de que tales o cuales preceptos hayan sido establecidos (o reconocidos) por órganos estatales, mientras que la vigencia se refiere a la obligatoriedad de dichos preceptos.

La cuestión de la vigencia remite al problema de los valores jurídicos, a la idea de un derecho "justo", a la noción de "validez". Quiere decir que, para captar integralmente el derecho, incluso en el plano de la teoría, no es posible hacer abstracción de la consideración de fines, de valores. Al sostener tal punto de vista, inspirándose aquí fundamentalmente en el pensamiento de Nicolai Hartmann, nuestro autor toma sus distancias frente a la posición de Kelsen: "es insostenible la tesis Kelseniana según la cual las normas jurídicas pueden tener cualquier contenido" (p. 414).

Ahora bien, hay diversos criterios posibles con respecto a la validez. Son principalmente de dos grandes clases. Por un lado, tenemos los establecidos por los órganos del poder público. Para éstos, las normas ofrecen por de pronto una validez formal, en cuanto son el producto de ciertas fuentes oficiales (estatales) de creación de derecho; y aquéllas presentan asimismo una validez material, en la medida en que las normas de rango inferior deben permanecer en armonía con las disposiciones que tienen una jerarquía más alta en el sistema; validez formal y material en sentido jurídico-positivo, pues. Por el otro lado, está aquello que los súbditos del ordenamiento jurídico, los particulares, piensan sobre lo que es objetivamente justo; pero estos (otros) criterios de validez, aplican o no coincidir con los órdenes estatales, pueden o no coincidir con los criterios jurí-

dico-positivos. Y es justamente esta posibilidad de que se planteen conflictos entre ambas clases de criterios, lo que constituye la base del problema del derecho natural.

Tanto los partidarios de un derecho natural, como así también los del positivismo jurídico, unos y otros proponen respuestas en cuanto al fundamento de la obligatoriedad de las normas. Pero sería mejor —nos dice García Máynez— dejar de lado esa expresión, "derecho natural", para replantear entonces dicho problema, el del fundamento, de otra manera. Habría que encararlo más bien sobre la base de un análisis de los diversos sentidos de la expresión "validez del derecho" (p. 507).

Si se efectúa dicho análisis, corresponde distinguir entre tres tipos de conceptos expresados por la palabra "derecho" y tener en cuenta las relaciones que pueden darse entre ellos: derecho vigente (validez formal y material, en sentido jurídico-positivo), derecho intrínsecamente válido (objetivamente justo) y derecho eficaz. En estas tres expresiones, el término "derecho" no significa lo mismo. Nos encontramos aquí frente a tres "círculos" del derecho. Ellos pueden (o no) coincidir más o menos, según los lugares y las etapas históricas, así como según el plano desde el cual sean encarados los fenómenos jurídicos; estos planos son, respectivamente, el punto de vista del jurista dogmático, el del filósofo de la justicia y el del sociólogo. El juego de las combinaciones posibles entre los tres círculos muestra que hay siete variantes posibles (cf. el cuadro de la p. 513). Es decir, que caben siete concepciones diferentes —y eventualmente contradictorias— sobre lo que es "derecho" en un momento y lugar dados.

Frente a ese panorama de posibilidades, García Máynez se inclina a considerar que el verdadero derecho, la situación ideal, el "derecho correcto" (*richtiges Recht*, en la terminología alemana), correspondería al sector en donde los tres círculos se entrecruzan, o sea, a una sola de las siete posibilidades: allí donde el derecho presenta a la vez los caracteres de vigencia, validez intrínseca y eficacia (p. 512 ss.). Pero esta conclusión constituye antes bien un llamado dirigido a que en la práctica se lleve a cabo un derecho semejante, el mejor, que una solución capaz de ser justificada de modo indiscutible desde un ángulo exclusivamente doctrinario.

En efecto, los conflictos entre los tres puntos de vista señalados sirven para explicar lo que nuestro autor llama *"el desarrollo dialéctico de la idea de derecho"* (p. 516 ss.). Porque el derecho aparece históricamente sometido, nos dice, a un proceso de tríadas sucesivas, al modo hegeliano. La "tesis" es determinado Derecho positivo vigente. Como "antítesis" surgirá cierto ideal de justicia que se opone (en mayor o menor medida) al Derecho-tesis, de modo que aquél tiende a hacer vacilar la eficacia de éste. Y la "síntesis" es la constitución —por vía revolucionaria o no— de un nuevo Derecho, donde puedan llegar a coincidir otra vez

la vigencia, la validez intrínseca y la eficacia. Sin embargo, el equilibrio así obtenido va a ser solamente temporario; llegará a quebrarse de nuevo, más tarde o más temprano, y entonces el ciclo dialéctico recomienza.

Es sólo en el seno de ese proceso mismo, en el desarrollo práctico del derecho, en el campo de la acción, que puede y debe ser superada la oposición —insoluble en el plano de la pura teoría— entre los puntos de vista correspondientes a los tres círculos, es decir, entre los partidarios del positivismo jurídico, del iusnaturalismo y del realismo sociológico. Pero para llegar a ello, es necesario que los miembros de la colectividad, tanto los particulares como las autoridades, movidos en común por un afán de justicia, consigan establecer y contribuyan a mantener un orden capaz de dar satisfacción a todos, en cuanto ese orden constituya (temporariamente) una síntesis adecuada de los tres caracteres mencionados. *"Realizar un propósito de tal especie —son las palabras con que García Máynez cierra su libro— es la tarea que la justicia impone al hombre en este mundo"* (p. 518).

I I

No sé si puede advertirse a través del resumen brindado, pero la Filosofía del Derecho que nos presenta el profesor mexicano ofrece, además del interés que tienen los desarrollos que su autor consagra en particular a cada punto, la peculiaridad de adoptar un tipo de enfoque poco habitual en los estudios que actualmente se llevan a cabo en la materia. En efecto, habría que volver a puntos de vista como los de Stammler, Radbruch o Kelsen, para hallar un "edificio" de ideas tan "estructurado", tan sistemático, sobre las cuestiones de filosofía y teoría general del derecho. Ese rigor en la manera de ver (y de exponer) la problemática jurídica desde el plano filosófico, constituye ciertamente un mérito fundamental de nuestro autor. Pero ello lo conduce también a incurrir, según creo, en ciertas limitaciones de que adolece el cuadro que nos brinda.

La idea de un "orden concreto", sobre la cual aparecen centrados esos desarrollos, parece destinada a superar, pero sin dejar de retener ciertas nociones fundamentales de la misma, una concepción como la de Kelsen, es decir, una visión del derecho como sistema (orden) puramente normativo. García Máynez incorpora a este "orden", a título de perspectiva complementaria, una dimensión vertical, de naturaleza teleológica axiológica, inspirada sobre todo en ideas de Hartmann: el plano de lo "concreto". No discutiré que consiga llegar, sobre tales bases, a una síntesis armoniosa, a una "construcción" coherente, y que logra igualmente brindarnos análisis penetrantes de los temas abordados. (su "teoría de los tres círculos" por ejemplo, constituye una explicación muy ajustada de la polisemia de la palabra "derecho", punto sobre el cual nos ofrece el mejor cuadro sistemá-

tico de que yo tenga noticia). Cabría empero preguntarse si, por la circunstancia de conservar todavía demasiado de las bases Kelsenianas (cf. p. ej. el No. 11 del cap. I), nuestro autor no habrá sido llevado a concebir un "orden" que, sin perjuicio de ser mucho más "concreto" que el de Kelsen (2), de todas maneras resulta todavía demasiado estrecho para dar debida cuenta de ciertos aspectos (no sistemáticos) que son también esenciales dentro de los fenómenos jurídicos.

¿Puede decirse que el derecho constituye, en realidad, un "orden" propiamente dicho? Es claro que puede ser concebido como tal, cosa que en general ha hecho la dogmática jurídica, sobre todo en países cuyo ordenamiento se considera centrado en la legislación. Pero tal esquema ha suscitado objeciones desde mucho tiempo atrás. Y en la actualidad se encuentra más cuestionado que nunca.

Puede ser que haya exageración por parte de los autores que insisten en destacar más que nada el carácter asistemático del Derecho "viviente". Por lo demás, con frecuencia ellos sustentan una actitud apologética, expresa o veladamente, hacia los aspectos menos racionales del razonamiento jurídico: "tópica", "argumentación", "hermenéutica", "nouvelle rhétorique", "dialéctica", etc. Sin embargo, me parece que no dejan de tener razón, hasta cierto punto, en señalar la parte que lo no-racional —o de lo que es relativamente débil en el plano racional— desempeña en el pensamiento de los juristas. Y no creo que esa parte pueda ser absorbida por el papel que García Máynez le reconoce a lo "concreto", es decir, a los fines y los valores; pues esta dimensión, en el cuadro que él nos presenta, está llamada a permanecer, de todos modos, en una armonía, (irracional) con el orden jurídico. No obstante, si se toma debida cuenta de los aspectos "concretos" que el derecho ofrece en la realidad, es un "orden" tan elástico que este término parece más bien apto a inducir en errores.

En suma: tengo la impresión de que las contradicciones internas (teóricas y prácticas), las imprecisiones y los cambios (no sistemáticos) que se dan en el derecho, en todos los momentos, son no menos considerables que los elementos de orden que allí se presentan también. Lo racional y lo irracional aparecen ahí en una combinación tan íntima, que toda visión de conjunto centrada fundamentalmente en la idea de un "orden", tiene que resultar siempre demasiado abstracta y parcial para alcanzar la esencia del derecho "concreto".

Sería probablemente mejor no postular la existencia de un "orden" jurídico si no es con vista a sectores muy particulares de cada Derecho, o para niveles muy altos de abstracción (por tanto, muy poco "concretos").

Estas observaciones, puesto que toman como eje de referencia la palabra "orden", pueden dar la impresión de ser apenas terminológicas, como si dependieran simplemente de que dicho término, o la idea de "racionalidad", se tomara en un sentido más amplio (García Máynez) o más estrecho (mi crítica), lo cual sería una cosa convencional. No me parece, sin embargo, que se trate sólo de eso. Porque esta visión demasiado armoniosa de lo que es el derecho, en cuanto "orden", explica justamente, a mi juicio, ciertas insuficiencias del cuadro que García Máynez nos traza.

En realidad existen contradicciones, insolubles desde el punto de vista sistemático, no sólo entre los tres "círculos", sino también en el seno mismo del círculo de la positividad. Y las hay, igualmente, en el interior del círculo de la "validez intrínseca". Pero en el "edificio" de nuestro autor se hacen extrañar las contradicciones internas de la dogmática del derecho positivo; contradicciones que tampoco serían reductibles al problema de las lagunas, y que además se presentan hasta en las discusiones sobre la existencia misma de tal o cual laguna y sobre la manera de colmarlas. Falta asimismo toda referencia al papel de la retórica y de la ideología en el discurso jurídico. Por otra parte, las divergencias sobre lo que es "objetivamente justo" aparecen limitadas, según el planteamiento del autor, en lo fundamental o conflictos eventuales entre el Estado y sus súbditos; pero en realidad los conflictos se plantean también —y tal vez principalmente— entre sectores de particulares que quieren influir sobre la actividad del Estado. Todo eso aparece disimulado, en cierto modo, por ese sentido —demasiado idealista— en que al derecho se le atribuye el carácter de "orden concreto". ¿No habrá que hablar de "ideología" a este respecto...?

Pero me importa subrayar que mis objeciones sobre el "orden" no apuntan, por supuesto, al hecho de que García Máynez ofrece un examen muy racionalmente pensado y ordenado de diversos aspectos del derecho. En ello reside, por el contrario, uno de los mejores méritos de su obra. Mas dicha forma de tratar el tema es acaso responsable también de que el autor se haya visto conducido, en cierta medida, a extrapolar hacia el objeto

(2) No hay que perder de vista, sin embargo, que lo que Kelsen buscaba, precisamente, no es reflejar el derecho tal cual, en su realidad "concreta", con todas sus contingencias político-sociales (que él nunca negó). Lo que le interesaba era tomar en consideración sólo ciertos aspectos estructurales del fenómeno jurídico, esto es, aquellos que permitieran fundar un conocimiento científico y específico del mismo. El programa de investigación de García Máynez es, si se quiere, mucho más ambicioso que el de Kelsen.

de investigación —el derecho mismo— ciertos rasgos demasiado racionalistas: es decir, trasladar la racionalidad del punto de vista con que es posible (y recomendable) encarar el estudio del derecho, a los fenómenos jurídicos en sí mismos. Y esto último, eso sí, no me parece muy justificado. No incurriré en la superficialidad de calificar ese enfoque de "formalista" o algo por el estilo. Pero lo cierto es que los elementos de "concreción" que nuestro autor deja de lado tienen una importancia demasiado considerable. No creo que, tratándose de obtener una visión filosófica) del derecho "concreto", puede hacerse abstracción de los mismos, sin correr el riesgo de que el cuadro resulte un tanto falseado (3).

De todos modos, por el rico catálogo de asuntos examinados en ese libro, así como por la serie-

dad de los desarrollos que nos presenta, creo que estamos ante uno de los manuales de filosofía del derecho más importantes aparecidos durante los últimos años. Tanto más cuanto constituye, frente a formas de irracionalismo (tópica, etc.) que cuentan con muchos adeptos en el viejo continente, un esfuerzo de singular rigor dentro de una orientación que, a pesar de los defectos apuntados, merecería ser tenida más en cuenta de lo que ocurre hoy en día. Hay bastante que aprender, todavía, de análisis como los presentados por el maestro García Máynez. Incluso la necesidad de superarlos, en algunos aspectos, pero ello sin renunciar al sostenido hilo conductor que los inspira: el esfuerzo por conciliar racionalidad y realismo en la teoría del derecho.

(3) Una crítica semejante no sería pertinente, en cambio, frente a Kelsen (ver *supra*, No. 2). Puesto que éste no persigue otra cosa que señalar ciertas *estructuras* generales del derecho, no es una inconsecuencia, desde ese punto de vista, que sean desatendidos aspectos más "concretos" del quehacer jurídico. Lo que puede discutirse, por supuesto, es si *vale la pena* ocuparse de dichas "estructuras"; pero esto no alcanzaría para invalidar las investigaciones de Kelsen en su contenido *descriptivo*, sino que afectaría únicamente, en todo caso, el *interés* —deber ser, valoración— de las mismas. Mas en el caso de García Máynez, por el contrario, dado que manifiesta perseguir un objetivo distinto, resulta legítimo criticarle faltas de "concreción" en el panorama que nos presenta. No corresponde olvidar, por lo demás, que Kelsen nunca pretendió que el derecho, como *objeto* fuese racional en sí mismo. Lo que debía ser racional era, simplemente, la forma de *aprehenderlo*, esto es, el análisis *científico* de ese objeto. Kelsen, pues, se refiere a un problema de *conocimiento*; García Máynez, en cambio, parece más bien referirse, cuando habla de "orden concreto", a características del *propio* derecho, es decir, a condiciones inmanentes al mismo.



ALCANCES LEGALES Y DOCTRINALES DE LA SANCION DE MULTA EN RELACION CON EL ABANDONO DE FUNCIONES DEL DEFENSOR PUBLICO

Dr. Luis G. Herrera.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: Con motivo de la vigencia del nuevo Código de Procedimientos Penales, algunos abogados se han cuestionado la constitucionalidad de los artículos 89 y 90 de ese cuerpo legal, en especial este último artículo en cuanto establece una sanción de multa con motivo del *"incumplimiento injustificado de las obligaciones por parte de los defensores o mandatarios"*. Otros arguyen de que la norma del artículo 90 es inaplicable a los defensores públicos, por cuanto éstos se rigen por el régimen disciplinario a que se refieren los artículos 211 a 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.) y las leyes específicas (1). Otro criterio arguido contra la procedencia de dicha norma, es de que en materia laboral está prohibido imponer multas a los trabajadores.

En mi criterio, dichos argumentos carecen de una base sólida, por las razones que luego expondré, por lo que a priori considero que la aplicación del artículo 90 es constitucional y doctrinalmente posible.

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL ARTICULO 90 C.P.P.: Al hacer un examen de los artículos que integran el Título V de nuestra Constitución Política, titulado de los "Derechos y Garantías Individuales", no encuentro violación alguna de las garantías que allí se consagran; por lo contrario, dicha norma obedece a una necesidad procesal, cuya existencia es esencial para el perfecto desenvolvimiento de las diversas etapas del proceso penal, el que únicamente puede realizarse ante los tribunales constituidos conforme a la Constitución Política (arts. 152 y 153). Por otro

lado, los que ven en dicha norma un "atentado" contra el derecho de defensa, yerran al concebir semejante idea, pues en mi criterio amplía los alcances legales de las garantías previstas por el artículo 39 de la Constitución Política, en especial en lo que se refiere a la defensa (material y técnica). Esta ampliación resulta por el hecho de que con las sanciones en el proceso se logra que la defensa —técnica— se realice en su máxima expresión, de tal forma que el imputado goce en el plano de la realidad procesal de una auténtica defensa. Admitir lo contrario, sería abrir la puerta al control unilateral de los defensores, desvirtuándose los postulados del artículo 39 Constitución Política, inconveniente en una sociedad mercantilizada en todas sus esferas como la nuestra.

3. ¿QUE ES LA DEFENSA? : Se considera la defensa como un verdadero derecho subjetivo concedido por la Constitución Política a todos los habitantes de nuestro país, derecho que ha sido consagrado en todas las Cartas Internacionales que aspiran a la justicia (2) y conceder al procesado un mínimo de garantías que le permitan una efectiva defensa.

En una sociedad donde no exista el derecho a la defensa dentro de un marco democrático, reina la tiranía y la arbitrariedad. Por eso en todos los países en donde se respeta la dignidad humana, se consagra este derecho fundamental para la existencia del régimen social imperante (3).

La defensa se manifiesta en un doble sentido: defensa material y defensa técnica. La primera es la que ejerce directamente el imputado, la segunda corresponde a un profesional en Derecho.

- (1) En especial la Ley de Defensores Públicos No. 3666 de 10 de enero de 1966 y el Reglamento, Acuerdo de Corte Plena de 31 de marzo de 1970, modificado por acuerdos de Corte Plena de 27 de abril, de 11 de mayo y de 13 de octubre, todos del año 1970.
- (2) Entre ellas la Carta Internacional de los Derechos del Hombre (art. 11). Puede consultarse sobre el fundamento de este derecho "El Imperio de las Sociedades Libres", Informe sobre el Congreso Internacional de Juristas celebrado en Nueva Delhi, India en 1959, p. 281; Lic. Luis Alberto Mazariegos, el Derecho de Defensa Procesal, Revista Judicial, No. 1, 1976 ps. 65 a 68; Clariá Olmedo en lo que se refiere al contenido del derecho, "Tratado de Derecho Procesal Penal", EDIAR, Buenos Aires 1960, tomo I, ps. 309 ss.
- (3) Consagran este derecho las democracias socialistas de la URSS, art. 111 de la Const. Pol. También se incluyó en el Anteproyecto de constitución de Cuba: "Todo acusado tiene derecho a la defensa". Igualmente el art. 19 del Fuero de los Españoles.

La defensa técnica, que es la que nos interesa, se manifiesta en una actividad procesal múltiple que el defensor realiza a lo largo de todo el proceso, tendiente siempre a destruir la imputación penal. Entre los múltiples actos que debe realizar el defensor están: asesorar personalmente al procesado, comparecer a las indagatorias, a las recepciones de prueba de todo tipo, plantear nulidades, en especial cuando se viola el derecho de la defensa, ejercer todos los recursos legales (ordinarios y extraordinarios), asistir al debate, etc. Todos esos actos constituyen verdaderos deberes inherentes a la naturaleza intrínseca de la defensa, y son irrenunciables salvo en casos muy especiales. Solamente bajo estas perspectivas es posible lograr ese objetivo que llamamos justicia, y que ha constituido uno de los fines esenciales del Derecho. Claro está, la naturaleza de esos deberes varía de una sociedad a otra, y así nos encontramos que en los países socialistas, el ámbito de protección es mucho mayor, independientemente de la voluntad del abogado, quien no podría negarse a defender a una persona bajo el pretexto de que sus servicios deben ser pagados, lo que sí es posible considerar en sociedades como la nuestra.

4. ¿QUE ES DEFENSA PUBLICA? : La defensa pública es aquella obligación que tiene el Estado de defender a todos los habitantes dentro del territorio nacional, cuando los mismos son llevados a un proceso penal. En nuestro país, la misma ha surgido como un sustituto de la defensa privada, en vista de que opera cuando el imputado no tiene recursos para nombrar un defensor de su confianza. Téngase en cuenta lo dicho anteriormente en relación con cada sistema político. En general en las sociedades socialistas, la regla general es la defensa pública, al contrario de lo que ocurre en nuestro país, y que sin duda alguna produce una situación de desventaja para las clases económicamente débiles, quienes careciendo de medios, no pueden contar con una verdadera defensa, salvo en casos muy contados en que el defensor público se entrega de lleno a su tarea.

Así como el Estado ha asumido el monopolio en el ejercicio de la acción penal —pública—, sea, la posibilidad jurídica de llevar a juicio penal a cualquier habitante de la República, con las excepciones que se reconocen, también el Estado debería

asumir en forma total la defensa de los procesados, de tal forma que se logre un equilibrio entre la acción y la defensa (4).

Igualmente debemos afirmar que constituye uno de los derechos esenciales del imputado, derecho que podríamos decir, adquiere la naturaleza de absoluto, por cuanto es irrenunciable. El artículo 80 del C.P.P. dispone: "*El imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogados o por el defensor público*", norma que se complementa con la del artículo 83, que incorpora el principio de libre elección de defensa. Este se manifiesta en tres posibilidades para el imputado: a) defenderse personalmente si posee conocimiento del Derecho, b) nombrar un defensor privado a su costa, y c) ante la ausencia de cualquiera de las dos anteriores, irremisiblemente el tribunal deberá nombrarle un defensor público.

Para hacer realidad este instituto se ha incluido en la Ley Org. P.J. el Capítulo IV, Título VI (arts. 133 a 136), así como la emisión de una ley y un reglamento (véase supra nota No. 1, p. 1).

En el artículo 133 de la L.O.P.J. se determina que los defensores públicos son empleados que dependen desde el punto de vista laboral del Poder Judicial, cuyo nombramiento compete a la Corte Plena y éstos tendrán "*a su cargo la defensa de los menores de edad, sordomudos, enajenados mentales, reos ausentes y personas desvalidas...*". La naturaleza eminentemente social del instituto es indiscutible, por cuanto pretende antes que nada, otorgar una efectiva defensa a quienes por razones de edad, condición física o mental o porque su situación económica no le permite proveerse de un abogado (5).

5. NATURALEZA DE LA DEFENSA PUBLICA: El defensor público siempre será designado por un órgano público, que en la mayoría de las veces corresponde a los tribunales de justicia, lo que se produce a solicitud del propio imputado o de oficio, pero en ambos casos la relación no se altera.

El conocimiento técnico del derecho y la capacidad de desarrollar una actividad procesal defensiva mediante la aplicación de esos conocimientos, es lo que se ha llamado "poder de postulación" (6), sea la facultad de pedir al tribunal la tutela jurídica, la que la ley asigna a abogados, que

- (4) Sobre la paridad entre la acusación y la defensa, Carnelutti ha dicho: "Naturalmente, de ello surge la exigencia de la igualdad entre el Ministerio Público y el defensor, en la cual se funda el equilibrio del proceso penal". (Cuestiones sobre el Proceso Penal, Trad. Santiago Sentís Melendo, EJE, Bs. As. 1961, p. 218).
- (5) Se discutió en el pasado Congreso Jurídico Nacional, celebrado en el Colegio de Abogados en octubre de 1977, si era conveniente mantener este instituto en beneficio de toda la población, independientemente de la situación económica. Algunos se pronunciaron por la reforma, sea, cobrar los servicios a quien pudiera pagarlos; otros nos pronunciamos en contra, por considerar que por encima de factores económicos, estaba el valor supremo de la justicia, y en consecuencia, el deber del Estado de brindar la defensa a todos los habitantes del territorio nacional. Así como el Estado es quien lleva a una persona a un proceso penal, así como debe presumirse que el procesado es inocente hasta tanto no se diga lo contrario en una sentencia, resulta lógico pensar en que esa obligación estatal es ineludible, cuyos destinatarios son todos los ciudadanos, sin tomar en cuenta ningún tipo de diferencia.
- (6) FENECH, Miguel, "Derecho Procesal Penal", Editorial Labor S.A. Barcelona, 1952, tomo 1, p. 467.

por ser personas conocedoras del Derecho, pueden realizar con mayor eficacia un desarrollo normal de la defensa del imputado.

Sí debemos tener claro, que para la designación de un defensor, ya sea particular o de oficio, no se requiere celebrar ningún contrato de mandato (ni general ni especial) como sí ocurre en el proceso civil (7), salvo el caso previsto por el artículo 86 C.P.P. en que se exige un poder especial cuando el hecho punible investigado esté sancionado con días multa o inhabilitación. En este caso especial, sin duda alguna el defensor asume la representación del imputado y puede realizar todos los actos que enumera el artículo 1289 del C.C. —poder judicial para todos los negocios— en un juicio concreto, con las excepciones que por su parte considera el artículo 1054 del C.P.C.

Ahora bien, nos corresponde precisar cuál es la naturaleza de la defensa pública en nuestra legislación y cómo se manifiesta en la realidad del proceso penal. Para facilitar la comprensión, haremos una exposición del sistema español, que es muy particular.

Disponen las leyes procesales españolas que los procesados deben ser "representados" por un procurador y "defendidos" por un abogado o letrado (art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —L. Enj. Crim.—), los que pueden ser nombrados directamente por el imputado, o bien de oficio por el Tribunal.

La función del "abogado" o "letrado", sea la defensa propiamente dicha, se integra de los siguientes deberes: colaborar en la función pública de la justicia; asesorar con los conocimientos del Derecho al imputado; probidad, lealtad y veracidad, de los cuales se derivan el secreto profesional (ética profesional); diligencia cuando actúa en el proceso; defensa gratuita cuando es pagado por el Estado; y disciplina en las actuaciones judiciales (8).

Por otra parte, está el llamado "procurador causídico", que es propiamente quien cumple la función de "representación", la que comprende entre otros, los siguientes deberes: la mayoría de los deberes que corresponden al abogado en su ca-

lidad de profesional del derecho; aportación de documentos, antecedentes e instrucciones; deber de información tanto al procesado como a su "abogado o letrado" sobre el curso del proceso. En algunos momentos en la actividad del procurador, éste llega a realizar actividades no solamente representativas, sino de defensa material, coincidiendo en consecuencia con las labores del abogado (9).

Como podemos observar, la defensa técnica ha sido dividida en la legislación española, lo cual no compartimos, y que por suerte no ha seguido nuestra legislación, en donde ambas funciones han sido fundidas bajo la única institución de la defensa (ya sea privada o pública), de tal forma que el defensor público dependiente del Poder Judicial debe realizar en el cumplimiento de su función ambas funciones: la de representación y la de defensa propia (10).

Está claro entonces, que en nuestra legislación, las dos funciones de representación y defensa propiamente dicha, se manifiestan en la única institución de la defensa. No obstante, debemos resolver un último problema en torno a su naturaleza: ¿se trata esta relación de un contrato de mandato? Para una mejor comprensión debemos considerar por separado la defensa privada y la pública.

El artículo 91 del Código Procesal Penal Tipo para la República de Argentina dispone en su párrafo final: "*En ningún caso el imputado podrá ser representado por apoderado*". En esta disposición se ha eliminado tanto material como formalmente el contrato de mandato como instrumento de constitución de la defensa. Sin embargo, creemos que en el caso de la defensa privada, sí se presentan algunas características propias del mandato, especialmente en cuanto al acuerdo de voluntades, en virtud del cual el defensor se compromete a realizar una serie de gestiones similares a las que desempeña el apoderado general (11).

Otros han hablado de un arrendamiento de servicios profesionales, criterio que no comparto, por cuanto el contrato de arrendamiento tiene muy diversas características. Más bien lo correcto sería hablar de un "*contrato de servicios profesionales*" como lo denomina el art. 3 de la Ley de

(7) No obstante ello, algunos autores, entre ellos Fenech, consideran que la "relación jurídica que une a la parte con su procurador se ha caracterizado, de un lado, como un mandato, ya que se trata de una persona que por encargo de otra actúa ante los Tribunales, lo que supone una concurrencia de voluntades que da lugar al nacimiento de determinadas obligaciones, y de otro, como representación, por cuanto que el procurador no solo actúa por cuenta y encargo de la parte, sino en su nombre, por lo que la conducta realizada por aquél en el proceso recae en la esfera jurídica de ésta" (ob. cit., p. 468).

(8) Sobre el alcance de estos deberes y otros más que no enumeramos por no considerarlo necesario en esta oportunidad, puede consultarse a Leonardo Prieto Castro, "*Tratado de Derecho Procesal Penal*", t. 1, Madrid, 1952, ps. 452 y ss.

(9) PRIETO CASTRO, Leonardo, ob. cit., p. 473.

(10) Esta institución en la forma como lo estructura nuestra legislación predomina en la mayoría de las legislaciones extranjeras: Venezuela, art. 24; Unión Soviética, art. 13 de las Bases del Procedimiento Judicial Penal de la URSS y de las Repúblicas Federadas; art. 99 del C.P.P. de Salta, art. 99 del C.P.P. de Mendoza, art. 105 del C.P.P. de Córdoba y art. 1 C.P.P. de Buenos Aires; art. 234 del C.P.P. de Instrucción Criminal de Nicaragua; arts. 142, 143 y 149 del C.P.P. de Guatemala; arts. 220 y 116 del C.P.P. de Colombia; etc.

(11) En otros Códigos, como el de Colombia, se habla por el contrario de Apoderado, por ejemplo el art. 382: "La representación del procesado en el proceso está consagrada así: es obligatoria la presencia del apoderado en la indagatoria".

Honorarios de Abogado No. 1128 de 17 de enero de 1950. Este contrato especial de prestación de servicios es bien distinto del contrato individual de trabajo, mientras no se presente un elemento esencial configurador de éste: la subordinación (art. 18 del C.T.) (12).

En algunos casos, cuando el abogado quien ejerce libremente su profesión, puede llegar a considerársele trabajador, si asesora a una empresa con cierta permanencia (13).

En defensa pública la situación legal varía radicalmente, por cuanto el defensor público depende directamente del Poder Judicial en una verdadera relación de trabajo, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 133 y ss.); la Ley de Defensores Públicos el Reglamento de Defensores Públicos y el Estatuto de Servicio Judicial, y el Código de Trabajo. De acuerdo con toda esta legislación, hay que concluir que el defensor público es un empleado judicial, quien en el ámbito de sus funciones debe realizar aquella doble función de que hablamos: representación y defensa propiamente dicha. En la defensa pública lo único que ha cambiado es la causa impulsora de la relación a consecuencia del vínculo económico.

El defensor público depende desde el punto de vista laboral del Poder Judicial, quien es su patrono y remunera sus servicios, y desde el punto de vista del proceso, depende del órgano jurisdiccional, concretamente del juez, quien tiene el poder de dirección y disciplina en el mismo. En otras palabras, el defensor público está doblemente sometido en virtud de dos relaciones completamente distintas: una de tipo laboral y otra procesal. Trataremos enseguida de precisar más los conceptos.

6. DEFENSOR PUBLICO. RELACION LABORAL Y RELACION CON EL PROCESO: Se desprende de todo lo dicho, que el defensor público está sometido a una doble relación, no obstante que agregaremos una más, por lo que tiene una triple órbita obligacional: a) una nacida con relación al trabajo y con respecto a su patrono, sea el Poder Judicial (el Estado), de la cual surgen una serie de deberes, unos generales a todos los empleados y funcionarios judiciales y otros específicos, propios de cada funcionario; b) un grupo de deberes nacen de su condición de abogado, los que están contemplados normativamente en la Ley Orgánica del Colegio de Abogados No. 13 de 28 de octubre de 1941 y en el Código de Moral, Acuerdo

General del Colegio de Abogados de 1 de setiembre de 1943; y c) deberes procesales, nacidos en un proceso penal concreto. A cada grupo de estos deberes corresponde una esfera de control y disciplina. Así, al primer grupo corresponde el control a la Corte Plena, al Presidente de la Corte y a la Jefe de Defensores Públicos (14); al segundo grupo la disciplina corresponde a la Junta Directiva del Colegio de Abogados, y al tercer grupo, corresponde al Juez, quien ejerce la dirección y disciplina en el proceso conforme a los artículos 213, 214 y 215 de la L.O.P.J. y 90 del C.P.P.

En muchos casos esas tres órbitas pueden ser coincidentes, como por ejemplo el deber de continuar la defensa cuando ha sido aceptada: artículos 7 y 21 del Reg. Def. Púb., 82 del C.P.P. (obligatoriedad de la defensa). Es decir, que una misma falta puede constituir motivo disciplinario tanto de parte del patrono, como del Colegio de Abogados y del tribunal. Un abandono reiterado de la defensa puede generar una sanción de multa del tribunal, una suspensión hasta de un año de la Sala de Casación, una suspensión definitiva de parte del Colegio de Abogados y lógicamente de la destitución del defensor público como trabajador. Esta aplicación múltiple de sanciones es legalmente posible, por cuanto a cada órbita disciplinaria corresponde un grupo de atribuciones legales, independientes de las otras, todas las cuales son coincidentes en un único fin: mantener dentro de los principios más elevados la función social de la defensa.

7. OBLIGATORIEDAD: Con lo dicho, podemos ya precisar con mayor claridad el concepto de obligatoriedad a que se refiere el art. 82 del C.P.P. Esta significa el deber ineludible del defensor (público o privado) de continuar la defensa desde el momento mismo de su aceptación, "salvo excusa atendible". Los deberes del defensor deben concretarse en un plano de objetividad en el ejercicio real de la defensa material y de la representación del procesado, tendiente a destruir por todos los medios legales-procesales y éticos, la imputación. Esa actividad debe ser constante, de tal forma que el imputado jurídicamente no se encuentre en un plano de desigualdad con respecto al acusador. Debe ofrecer pruebas, asesorar al imputado, presentar escritos, incidencias, recursos, y representarlo en todos los actos en que legalmente se requiera, (15).

La obligatoriedad del cargo de defensor resul-

- (12) Si se desea profundizar esta diferencia de contratos, puede consultarse Mario de la Cueva, Derecho Mexicano del Trabajo, Editorial Porrúa S.A., 1967, tomo I, ps. 539 y ss.; G. Bayon Chacón y E. Pérez Botija, Manual de Derecho del Trabajo, D. Marcial Pons, Madrid, 1967, séptima edición, tomo II, ps. 653 ss.; Miguel Hernalz Márquez, "Tratado Elemental de Derecho del Trabajo", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, 9a. edición, ps. 269 y ss.
- (13) Así lo sostuvo el Juzgado de Trabajo de Limón en sent. No. 82 de 1978, confirmada por este Tribunal, al decir que se trataba de un trabajador pues al asesor legal se le incluía en planillas, era calificado en sus exámenes, recibía órdenes de los jefes, pedía permiso para ausentarse de su trabajo; todo pese a que su oficina la tenía fuera de la institución.
- (14) Rige en consecuencia el Título X "Régimen Disciplinario", Capítulo I, arts. 211, 216 a 218 de la L.O.P.J.; arts. 3 y ss. del Reglamento de Def. Púb.; y arts. 82 y 83 del Estatuto de Servicio Judicial, Ley de 10 de enero de 1973.
- (15) Un caso típico de representación en el proceso penal, se encuentra en los artículos 362 y 365 párrafo final C.P.P.

ta fundamentalmente de ese derecho irrenunciable que a la defensa tiene el acusado (véase supra No. 3 p. 2), y del deber social que asume el defensor al adquirir esta condición (16).

Otro argumento que podríamos abonar a favor de la necesidad de esta característica, es el hecho de que en casi todos los países, entre los cuales se incluye a nuestro país, toda la maquinaria está a favor del órgano acusador, la que en la mayoría de los casos cuentan con una policía (judicial) para las investigaciones, lo que procesalmente produce un grave desequilibrio.

8. ABANDONO DE LA DEFENSA. SANCIONES: Lógicamente el incumplimiento de la defensa, como una función social cuando se trata de la pública, acarrea una sanción que puede adquirir muy diversas formas. Cuando el defensor público no cumple con todos sus deberes laborales se hace acreedor a cualquiera de las sanciones que establece el artículo 219 de la L.O.P.J., que pueden ser: advertencia, reprensión, suspensión hasta por un mes y revocatoria del nombramiento (despido) (17). Pero estas sanciones surgen cuando la falta se da con motivo del no cumplimiento de las obligaciones del defensor público como un empleado público (18).

La segunda situación es cuando el defensor público no cumple con sus deberes de defensa en un proceso penal concreto, caso en el cual el artículo 90 del C.P.P. fija una sanción de multa de hasta quinientos colones y la de suspensión en el ejercicio de sus funciones (de abogado) (19).

El incumplimiento de los deberes de la defensa, o el abandono (renuncia total a la defensa sin causa justa) son actos que se producen dentro de un proceso concreto y por lo tanto caen dentro de la órbita disciplinaria del Tribunal (20), el cual de acuerdo con las normas legales que le conceden las atribuciones de dirección y disciplina, impone legalmente las sanciones (procesales) independientemente de que la Corte Plena o el Colegio de Abogados impongan otras sanciones.

La sanción de multa a que se refiere el artículo 90 no produce roce alguno con ninguna norma constitucional ni legal. La misma se fundamenta en la necesidad del buen cumplimiento de la defensa en un proceso concreto. Cada acto de incumplimiento

es independiente, y cada uno genera la imposición de una multa, como efecto jurídico-procesal del incumplimiento en una relación concreta. En algunos casos puede llegar a producirse una especie de concurso ideal; no obstante que no rige el principio penal de la aplicación de la sanción más grave, sino la de la aplicación múltiple, dada la autonomía de cada esfera disciplinaria.

Hay que dejar claro, que la sanción en referencia, se aplica solamente cuando el defensor figura en un proceso determinado, sea, desde el momento en que ha aceptado el cargo. Si el defensor público se niega a aceptar el cargo sin motivo justo, lo procedente es comunicarse a la Corte Plena para que imponga las sanciones correspondientes (art. 17 Ref. Def. Púb.), pues en este caso el Tribunal no tiene facultades disciplinarias, pues aún el defensor no ha adquirido jurídicamente la condición de sujeto procesal.

9. JUECES UNIPERSONALES. RECURSO DE APELACION: El artículo 90 párrafo final establece que *"Todas las sanciones serán impuestas inmediatamente, y sólo será apelable ante el Tribunal de Apelaciones la resolución de los jueces unipersonales"*. En otras palabras, la resolución dictada por un Juez Penal (de Citación Directa) tiene recurso de apelación para ante el Tribunal Superior.

Dicha norma plantea algunos problemas prácticos que se hace necesario tratar de aclarar. Debemos preguntarnos si cuando la sanción se impone en el Debate, se hace en el mismo acto, quedando la misma incluida como un acto de los varios que se producen en el Debate, o bien ¿debe dictarse resolución por separado? ¿Existe alguna antinomia entre el artículo 90 y el artículo 454? ¿Se aplica en la tramitación de este recurso las disposiciones generales sobre admisibilidad (arts. 452 y 464)? Veremos que al establecerse esta sanción procesal no se dieron las pautas necesarias para una correcta aplicación.

Cuando la sanción se impone fuera del Debate, no existe problema alguno. Pero, cuando ocurre lo contrario, lo aconsejable es que en el acta se consigne el hecho que motivó el incumplimiento, y posteriormente en resolución separada se haga la respectiva imposición (21). Si no se hace así, se nos presenta el problema de que en el mismo deba-

(16) La obligatoriedad de la defensa se regula en casi todas las legislaciones: art. 93 del C.P.P. tipo para la República de Argentina; art. 101 C.P.P. de Mendoza; 107 del C.P.P. de Córdoba; 95 C. Enj. Crim. de Venezuela; 38 del C.P.P. de Guatemala; 133 C.P.P. de Nicaragua; 120 Ley Enj. Crim. de España, etc.

(17) Para el caso de despido rige el art. 83 del Estatuto de Servicio Judicial en cuanto sean compatibles con el artículo 81 del C.T.

(18) No olvidemos que estas obligaciones deben ser cumplidas incluso por los defensores a "medio tiempo" durante sus jornadas de trabajo.

(19) Ya este Tribunal ha impuesto varias multas a defensores públicos, y en un caso particular, la Sala de Casación suspendió al abogado por tres días (res. 15:40 hrs. del 6 de julio de 1977 de la S. 1a. P.).

(20) Esta órbita disciplinaria resulta de los artículos 213 a 215 de la L.O.P.J.; 365 y 369 para el caso concreto del Tribunal de Juicio, aplicable al Juez de Citación Directa (art. 415). Sobre los poderes de disciplina y dirección pueden consultarse: Rocco, ob. cit., p. 299, Clariá Olmedo, ob. cit., t. I, p. 311 y VI, p. 269; y Couture, ob. cit., p. 54.

(21) La mayoría de los Códigos argentinos presentan los mismos problemas, a excepción del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires, en que dicha situación hace surgir un incidente con efectos no suspensivos (art. 60).

te debe admitirse el recurso, para que posteriormente en alzada el Tribunal lo conozca, pudiendo éste revocar, modificar o confirmar la resolución que impuso la multa. En caso de revocarse o modificarse se nos presenta otro problema, cual es de que por esta vía se está modificando el acta judicial (del debate), lo que jurídicamente no es posible, pues el acta constituye un todo indivisible (22). En consecuencia, para evitar tantos escollos, lo recomendable es que la multa se determine en una resolución independiente, o bien promover una reforma al Código que solucione la situación, como sería crear un incidente sin efectos suspensivos.

En cuanto a la existencia de una posible antinomia entre las disposiciones del artículo 90 con las del 454, creemos no existe, por cuanto este último es una norma general y aquel una especial, debiéndose aplicar éste.

Finalmente en cuanto a la aplicación de las normas generales, creemos también que las mismas son aplicables en una buena tesis, al recurso de apelación previsto en el artículo 90, por cuanto no se trata de un recurso especial de apelación, sino tan solo de uno de los casos en que la apelación es posible en nuestro Código.

(22) Ya el Tribunal Superior de Limón en res. No. 704 de 1978, dispuso que si la sanción se fija en sentencia, si bien no es lo correcto, debe admitirse el recurso, pese a la regla del art. 454 párrafo final, pues la multa no forma parte del contenido material de la sentencia, sino tan solo formalmente.



LA NOVACION. ASPECTOS HISTORICOS, CONCEPCION ACTUAL Y TIPOLOGIAS DE LA NOVACION OBJETIVA

Dra. María de los Angeles Soto Gamboa.

INDICE

ADVERTENCIAS PRELIMINARES.	22
CAPITULO I	
I. Aspectos históricos de la novación.	23
A. Evolución romanista del instituto.	23
B. La llamada "crisis de la novación": ejemplo de la legislación civil alemana.	26
II. Concepción actual del instituto en la legislación y jurisprudencia italiana y costarricense.	27
A) Situación del instituto en la legislación civil, cual modo de extinción de las obligaciones.	27
B) La novación objetiva como fenómeno extintivo.	28
C) La particularización del instituto: diferencias y afinidades con la novación subjetiva.	29
III. Tipologías de la novación objetiva.	31
A) La novación objetiva expresa.	31
B) La novación objetiva tácita.	31

ADVERTENCIAS PRELIMINARES.

La presente investigación* ha sido realizada, con motivo de la Beca otorgada por la Universidad de Costa Rica, durante el bienio 1975-1977, para efectuar estudios de Especialización en la rama de Derecho Civil, en el Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, bajo la guía del profesor UGO NATOLI.

Tiene como finalidad específica, el examinar la novación objetiva, cual causa de extinción de las obligaciones, en la legislación y jurisprudencia italianas, comparándola con el régimen normativo-jurisprudencial costarricense. Con ello no se pretende realizar un análisis exhaustivo del problema, sino solamente observar las divergencias en la concepción del instituto en dos legislaciones. Para ello, se utilizó la bibliografía específica del Instituto de Derecho Privado, así como las colecciones jurisprudenciales existentes, investigándose las sentencias civiles de los Tribunales italianos de 1946 a 1975. Con respecto a la situación costarricense, en vista que hay carencia, tanto de material bibliográfico como jurisprudencial, no resulta un análisis tan rico y variado como en el italiano, pero se utilizaron al máximo, las fuentes informativas que se poseían.

Estructuralmente, el trabajo se ha dividido en

tres capítulos: un primer capítulo, es dedicado al estudio de la institución en sus orígenes, hasta la llamada "crisis de la novación", su concepción como especie fáctica, sus diferencias con la novación subjetiva, así como los tipos de novación objetiva reconocidos doctrinalmente: expresa y tácita.

Un segundo capítulo, analiza los principales requisitos de la institución: la existencia de una obligación originaria, la nueva relación surgida y el "animus novandi" o intención novativa. El tercero y último, tiende a examinar la naturaleza y efectos del instituto y las discusiones surgidas alrededor de ellos. Finalmente, un análisis de la similitud del instituto con la dación en pago. Para concluir el trabajo, se enuncian unas pequeñas conclusiones sobre el tema.

Quisiera a la vez, dejar constancia de mi inmenso agradecimiento al Prof. Natoli, quien con sus consejos, sugerencias, préstamo de material y sabia guía, hizo posible la realización de la investigación. Asimismo, extendiendo mis agradecimientos al personal docente y administrativo del Instituto de Derecho Privado, que me acogió, como una más de sus miembros y me brindó la ayuda y la amistad, durante mi permanencia en esta Universidad Italiana.

Pisa, noviembre 1977.

* Por ahora se publica su primer capítulo.

CAPITULO PRIMERO

I. ASPECTOS HISTORICOS DE LA NOVACION.

A) Evolución romanista del instituto.

Para iniciar un estudio sobre la novación objetiva, debemos partir de sus bases, o sea de su determinación general como institución en el ámbito del Derecho Romano, ya que las transformaciones sufridas por la misma a través de las etapas de su evolución, posibilitará la comprensión del mecanismo estructuro-funcional de la institución hoy día.

Es ya conocido el principio civil romano de la intransmisibilidad de la relación obligatoria (1), que trajo como consecuencia, la creación de institutos integradores en la materia, expresados fundamentalmente, en la novación, concebida en sus primeras etapas, muy diversamente a como se conoce en el Derecho Civil moderno.

Iniciando el estudio del instituto en su evolución romana, se nos presenta, el problema suscitado alrededor del origen de la novación, en el período romano arcaico, y es Mitteis (2) quien señala que el instituto novativo, está profundamente unido a la existencia de la "sponsio", como asunción de garantía, que operaba cuando el garante o "sponsor" intervenía en una relación obligatoria anterior, sustituyendo al primitivo "obligatus", que se liberaba automáticamente, debido a la imposibilidad de una coexistencia de más obligados en la misma deuda (3).

Se tendrían así, dos obligaciones, una sucesiva a otra e "inter novas personas", con el efecto de

que un nuevo "sponsor" entra en el puesto de un anterior obligado, con lo que la misma viene "trasfusa atque traslata". Es decir, se inicia la concepción del instituto como una sustitución subjetiva, que provoca una obligación nueva.

La posición de SALPIUS, representa otra idea sobre el origen del instituto novativo: según el autor, la novación encuentra su origen en un aspecto de orden procesal: es el binomio novación-litis contestatio. Llega el autor a tal conclusión, partiendo de la observación de que la extinción de la obligación en el proceso, resulta de la reunión de los presupuestos necesarios que configuran la fórmula, y la conexión entre la novación y litis contestatio, se realiza por medio de un acto formal de extinción de la obligación, razón por la cual, el tratadista afirma, que la institución había tenido su nacimiento en el proceso consuntivo: "*Die Novation war eine aussenprozessualische consumption*" (4).

Algunos autores, realizan una crítica a tal tesis, con base en que los clásicos no han acogido los dos institutos bajo una sola categoría, porque faltan los presupuestos necesarios, para conseguir una analogía de estructura y función, especialmente si se tiene en cuenta, que la litis-contestatio no es un contrato en el sentido romano, ni es fuente de obligaciones en sentido técnico (5).

Pasando a otro punto, expresamos que si bien el SALPIUS hace un análisis reflexivo sobre la relación de las dos figuras jurídicas, no compartimos tal intento de identificarlas, pues constituyen dos

- (1) Según WEILL, Alex, TERRE, Francois, *Droit Civil-Les obligations*, 2a. Edition, Dalloz, París, 1975, p. 991, el Derecho Romano no admitió, la idea de la transmisión de la relación obligatoria, por lo que recurrió en principio a la novación por cambio de acreedor: "Se recurrió primero a la novación por cambio de acreedor: el nuevo acreedor estipulaba al deudor el monto de la deuda; la obligación que existía en provecho del acreedor: obtenía un crédito nuevo. Por lo que no se producía ninguna transmisión del crédito, sino la sustitución de un crédito a otro: las garantías —como las hipotecas— que pertenecían al antiguo acreedor, no pasaban al nuevo, por lo que el deudor no podía invocar contra el nuevo acreedor, las excepciones que pudiera hacer valer contra el antiguo. La operación exigía el consentimiento del deudor pudiéndose oponer éste a la estipulación del nuevo acreedor. La novación no llenaba el mismo papel que la cesión de créditos. Realiza un enfoque similar, ESPIN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, Vol. III, p. 151.
- (2) Esta tesis es citada por BETTI, Emilio, *Teoria Generale delle Obligatione*, III-2, Milano, Giuffrè, 1955, p. 115—6. Critica tal tesis, BONIFACIO, Franco, *La novazione nel diritto romano*, 2a. ed. Napoli, Jovene, 1959, p. 4, al expresar: "Se parte con mucha seguridad del presupuesto de que la novación tenga mucha antigüedad, y en consecuencia, se busca su razón de ser institutos arcaicos, con lo que se confunde la investigación del problema, con la de la estructura original de la "sponsio", al afirmarse que la "novatio" tiene un origen casi igual al del instrumento con que se actuaba, hipótesis que no es valedera.
- (3) BETTI, op. cit., p. 115—6. En Bonifacio, op. cit.: p. 3, se expresa que según el romanista suizo Meylan, el primer caso de novación limitado a dos sucesivas "sponsiones de idem inter diversas personas", explicable a la luz de las ideas del Mitteis sobre el origen de la sponsio como negocio de garantía: es la "obligatio verbis" la que habría dado un verdadero y propio derecho absoluto al sponser, garante de una prestación esperada por un tercero, y por ello no siendo posible, que por una sola obligación se constituyeran más sponsors, la intervención del nuevo "sponsor", habría provocado automáticamente la liberación del precedente obligado". Asimismo MARTORANA, Michele, *La novazione nel diritto civile italiano*, Soc. Orazio Fiorenza, Palermo, 1924, p. 5.
- (4) Citado por BONIFACIO, op. cit., p. 1. A propósito de la tesis del Salpius, BETTI, op. cit., p. 117, opina que tomando en cuenta los requisitos esenciales, se puede identificar la operación, con el fenómeno de una convención de la relación, por absorción y que por ello, presenta cierta analogía, con la consumación procesal, en la que la litis-contestatio "marca contemporáneamente, con el nacimiento de la relación procesal (iudicium), la extinción de la obligación deducida en juicio".
- (5) BONIFACIO, op. cit. p. 5, expresa que el "*condemnari oportere*" de que habla Gayo (3.180), indica solamente la necesidad jurídica de que se condene al convenido, cuando se haya fundado la pretensión deducida por el autor en juicio. En el mismo sentido, WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle Pandette*, Vol. Primo, Parte Primera. Trad. italiana de FADDA y BENSÀ, Torino, UTET, 1902, p. 1181.

instituciones de aspectos del derecho, separables entre sí: la de orden procesal, y la de derecho de fondo, lo cual hace difícil la aceptación de su hipótesis.

Procederemos entonces, a examinar, la evolución sufrida por el instituto novativo, en el período clásico y justinianeo.

En la época clásica, la figura de la "stipulatio", es la que se asemeja a la novación, sobre todo si se tiene en cuenta sus efectos, pues este contrato se realizaba mediante un acto formal, en el que la obligación originaria, se encontraba en la fórmula, en la parte interrogativa, a la que la nueva, vendría a sustituir, produciendo su desaparición (6). Esta idea fue plasmada en ULPIANO, Digesto, 46, 2, 1 al definirla así: "*novatio est prioris debitum in aliam obligationem transfusio atque translatio*" (7), con lo que se determina la eficacia estructural del instituto novativo en este período, considerándose tal efecto, como constitución de una nueva obligación, que se actuaba por el traslado de la antigua a la posterior estipulación, transfundiéndose. Por lo que la obligación originaria se extinguía en cuanto su contenido viniera transferido y absorbido en la obligación nueva, poniéndose de manifiesto ya desde esa época, el doble efecto extintivo-constitutivo, al agregarse a la definición ulpiana la frase "*ita nova constituatur, prior perimatur*" (8).

Los efectos extintivos-constitutivos de la novación en este período clásico, nacen del "titulus" en la estipulación, que reclama en su formulación, la obligación precedente y une su extinción a la constitución de una nueva (9). La estipulación provocaría entonces el efecto extintivo, cuando se produjera una incompatibilidad entre la obligación nueva y la originaria o prior-obligatio (10).

Fijando algunas diferencias con el instituto hoy día, la novación romana clásica requería una

identidad en el objeto, respecto a la obligación originaria, por lo que se habla de *idem debitum* (identidad de deudas), es decir, que respecto a la obligación antigua, el objeto se mantenía el mismo en ambas relaciones, por lo que el "*aliquid novi*" o elemento nuevo, consistía en el "*interventus novae personae*", o en cualquier cambio producido en los elementos accesorios de la "*prior-obligatio*", o inclusive concretarse en la estipulación, es decir en la nueva forma dada a la obligación primitiva, pero sin alterarse esencialmente, el objeto de la relación precedente (11).

Otro punto que se debe resaltar, es que en la novación clásica, se carecía del requisito de la voluntad de las partes, para extinguir la obligación primitiva, derivando la eficacia novativa del "*titulus*" que reclamaba en su formulación, la obligación precedente, y unía su extinción a la constitución de una obligación nueva (12).

Tratando de concretar los requisitos necesarios para que se produjera la novación en el Derecho Romano Clásico, podríamos enumerarlos de la siguiente manera: 1) Existencia de una obligación a extinguir. 2) Entrar en su puesto una obligación nueva, asumida por el mismo deudor y hacia el mismo acreedor. 3) Identidad en el contenido o "*idem debitum*" (13) y 4) La solemnidad del acto novativo (14).

Como se ha señalado, en el período clásico, el instituto de la novación objetiva, era bastante diferente de como se le concibe hoy en día: carecía del "*animus novandi*" como elemento configurativo, así como el "*aliquid novi*", pues se realizaba la novación con identidad en el contenido: la obligación novante debería poseer el "*idem debitum*", o sea el mismo objeto que la originaria, y los cambios introducidos, se referían a los elementos accidentales de la "*prior obligatio*" no a su esencia.

En la evolución del instituto, la edad post-clásica

- (6) Explica MARTORANA, op. cit., p. 5, "que en efecto, en el derecho formalista, el negocio jurídico era la stipulatio (forma rigurosa) y la novación era el efecto jurídico de ella en relación a la stipulatio preexistente, o al preexistente contrato consensual o real". Ibíd. SANCHO REBULLIDA, Francisco, *La novación de las obligaciones*, Nauta, Barcelona, 1964, p. 74, quien explica que la estipulación era titulada, cuando en el propio formulario se incluía la producción de la obligación que se extinguía. Si la obligación nueva siendo de *idem*, no se refería a la antigua, no se
- (7) Sobre el significado de la expresión, vid. PUGLIATTI, Salvatore, voz "*Animus*" en *Enciclopedia del Derecho*, Milano, Giuffrè, 1958, T. II, p. 452. En cuanto a tal frase, señala BUCCISANO, Orazio, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 70, que tiene solamente un valor descriptivo.
- (8) ESPIN CANOVAS, op. cit. p. 150.
- (9) BUCCISANO, op. cit. p. 100, quien a su vez afirma que la estipulación tenía un carácter prevalentemente constitutivo, pues creaba una obligación, no su extinción, por lo cual los romanistas se han ocupado de investigar la virtud extintiva de la "stipulatio" romana.
- (10) BUCCISANO, ibíd. No. 9.
- (11) ANDROLI, Marcelo, *La novazione tacita oggettiva*, Magione edit., Roma, 1929, p. 10.
- (12) PERSICO, Giovanni, *L'Eccezione d'inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 200. Para PUGLIATTI, op. cit. p. 452, la exclusión del *animus novandi*, no significa que se prescindiera enteramente de la voluntad de las partes. Al contrario, considera que fundamento de la novación es la voluntad de las partes, al que el derecho objetivo reconoce valor, y esta voluntad, encontraba su expresión en la fórmula, que era la forma de perfeccionarse la stipulatio. Podría decirse, que una vez pronunciada la fórmula, no es más la voluntad de novar, sino la fórmula misma de la cual el efecto jurídico deriva.
- (13) ELEFANTE, Agostino, voz *Novazione-Diritto Romano*, en *Novissimo Digesto Italiano*, dir. por AZARA y EULA, Vol. XI, Torino, UTET, 1965, p. 426, señala que el requisito del "*aliquid novi*" no fue nunca requerido en relación a la obligación nueva, sino en relación a la estipulación, en la que se sustentaba la novación.
- (14) ELEFANTE, op. cit. p. 426, destaca la importancia de la solemnidad y formalidad del acto novativo.

sica y justinianeana, representa un avance en la configuración del fenómeno novativo, pues se inicia su definición, asimilándose en una primera fase a la remisión, condicionada a la creación de una obligación nueva. Por lo que de acto meramente extintivo, como se concebía en la época republicana, se transformó en un fenómeno conjunto e inescindible, extintivo-creativo al mismo tiempo, asumiendo en la Edad del Bajo Imperio, una naturaleza doble, de remisión de la antigua obligación y de creación de una nueva, con un trato unitario, constituido por el hecho de que la primera, era condición necesaria de la segunda, pues tal era la voluntad de las partes (15). Es en esta época, en que se comienza a requerir el elemento intencional para la realización de la sustitución de las dos obligaciones, adquiriendo posteriormente, carácter de elemento fundamental en la estructura de la institución (16).

En realidad, la voluntad de extinguir, no podría haber tenido sentido en el antiguo derecho, ya que el formalismo que unía el efecto novativo, a la segunda estipulación, no ahondaba en la intención de las partes, sino que la fórmula representaba ese querer de los contrayentes. La reforma de Justiniano introdujo, una inevitable autonomía entre el efecto liberatorio automático, que en la concepción de la antigua novación, se unía al hecho objetivo de la identidad de la deuda, y el requisito del "animus novandi", con declaración explícita (17).

La segunda gran innovación del Derecho Justiniano, consistió en la introducción del "aliquid novi" o elemento nuevo. El "idem debitum" de la época clásica, consistente en la identidad del objeto de la precedente obligación y de la nueva, cede a la admisión de una variación esencial en el objeto de la obligación originaria (18).

Habiendo examinado el instituto novativo en sus primeras etapas, se nota una gran diferencia con el período clásico, a como es concebido el instituto en nuestros días; la novación era el efecto

jurídico de la estipulación, mientras que en el derecho moderno prejustiniano, ha ido perdiendo importancia el formalismo, frente al elemento intencional: el negocio jurídico no tiene ya necesidad de una forma especial, pues la libertad de contratación de las partes, viene a constituir el efecto de tal libertad, en relación al negocio jurídico preexistente (19). Modernamente, el instituto se caracteriza por ser un contrato típico, estructuralmente formado por el "animus novandi", expresado formalmente o tácitamente, (20) y funcionalmente, por la producción de un efecto doble extintivo-constitutivo. En esta nueva concepción, el término novación, se utiliza para designar el efecto novativo y a la especie fáctica correspondiente (21).

Analizando la evolución del instituto, y observando su perfil objetivo, podríamos decir, que la institución en sus bases, tenía lugar entre las mismas personas, por lo que, se le podría dar una calificación, de simple modificación de la relación originaria, a través de la inserción, supresión o variación de algún elemento estructural del instituto novativo, pero no así de la obligación como tal, pues el requisito de la novación clásica, es la identidad de la deuda, y es posteriormente, —que al introducirse el elemento nuevo— que en la novación subjetiva es el nuevo acreedor o el nuevo deudor, es aquí un elemento estructural del acto, por lo que es viable concluir, que en el derecho romano clásico, no era posible la novación objetiva calificada como tal: por cambio de objeto. Se explica perfectamente esta situación, ya en este primer período, la intrascendencia del "animus novandi" y la necesidad de un elemento objetivo, extraño a la voluntad negocial, del que depende el efecto novativo, era precisamente el "idem debitum", escapando a la definición ulpiana de novación (22). Situación que varió posteriormente, cuando el "animus novandi" y el "aliquid novi", permitieron configurar la novación objetiva como la conocemos hoy, una institución idónea a provocar la

(15) ELEFANTE, op. cit. p. 431.

(16) PERSICO, op. cit. p. 220. Sobre el particular, sostiene ANDREOLI, op. cit. p. 10, que el rígido principio de la eficacia extintiva formal, propia de la "stipulatio", se fue atenuando gradualmente, reconociéndose la voluntad efectiva de las partes, y dándose prevalencia al elemento psicológico, frente a la rigidez de la forma, y es, según el tratadista, con la escuela de Papiniano, que se reconoce como requisito esencial del instituto, al "animus novandi", sin el que no podría producirse la novación.

(17) Al respecto PUGLIATTI, op. cit., p. 452, expresa: Se ha sostenido que al declino de la época clásica, pero pre-justinianeana, en relación con la progresiva desaparición del rigor formal, se vino poco a poco, afirmando el requisito del animus novandi, cuya existencia era presunta, algunas veces, contestándose el principio inderogable, de que el vínculo obligatorio, solamente puede remitirse, merced a un acto solemne. Señala posteriormente el autor, que la constitución del Emperador Leone del 472 (Cod. 8, 37, 10) le dio un gran impulso a la valoración del animus novandi, señalando la prevalencia de la "voluntas sui verba". En el mismo sentido, ELEFANTE, op. cit. p. 426, PERSICO, op. cit. p. 200; SANCHO REBULLIDA, op. cit. p. 84; BONIFACIO, op. cit. p. 176.

(18) ANDREOLI, op. cit. p. 10.

(19) MARTORANA, op. cit. p. 5.

(20) Sobre la novación objetiva tácita, ver, infra, III, B—, de este capítulo.

(21) BUCCISANO, op. cit. p. 105.

(22) SANCHO REBULLIDA, op. cit. p. 55, concluye diciendo que cuando se habla de novación objetiva en el Derecho romano clásico, el cambio debe referirse a la naturaleza, forma o estructura del acto generador de la nueva obligación: no al cambio de su contenido, que debe ser siempre el mismo de la anterior.

extinción de una obligación primitiva por la alteración de su objeto o causa, cambio que se manifiesta a través de una intención novativa.

B. La llamada "crisis de la novación": ejemplo de la legislación civil alemana.

La novación tuvo un gran interés práctico en el Derecho Romano, debido a la existencia del principio de la imposibilidad de la transmisión de obligaciones, razón que aceleró la creación de la institución, para poder permitir al acreedor, negociar su crédito y servirse de su valor. En un principio, la novación que más se practicaba era la subjetiva, por cambio de deudor, no así la objetiva, que fue estructurada con Justiniano. Sin embargo, la importancia que a la novación se le dio, en épocas pasadas, ha disminuido considerablemente en nuestros días, pues actualmente la mayor parte de su utilidad práctica, es obtenida por procesos técnicos más modernos (23), ya que a medida que se ha ido afirmando, la transmisibilidad de las obligaciones, la cesión de créditos es la institución que ha absorbido todo el interés, especialmente en cuanto a la novación subjetiva (24).

La creación de la institución de la cesión de créditos, ha determinado la escasa utilidad del instituto novativo sobre todo, desde el punto de vista subjetivo, pero no así desde el perfil objetivo, sosteniendo algunos autores, que para realizarse un profundo y verdadero cambio sustancial en el objeto de la relación obligatoria que determine su extinción, todavía es la novación el modo más idóneo a realizarlo (25). Sin embargo, son pocos los casos en la vida moderna, que se presentan, y en los que se debe realizar no solo una función traslativa, sino extintiva de la relación jurídica, situación que explica la declinación persistente de la institución, que se ha manifestado particularmente en la legislación civil alemana, cuyo Código, admite la

transmisión directa de los créditos y de las deudas, con lo que la novación subjetiva ha sido relegada a un segundo plano, y la objetiva, se ha considerado como un tipo de dación en pago. Hedemann concibe al instituto novativo, como una colocación de una relación obligatoria nueva, en el lugar que ocupaba la existente hasta entonces. Señalando el autor alemán, que el fundamento de la novación no está regulado en B.G.B., porque casi siempre la obligación resulta demasiado grávida, y debe ser sustituida por otra más ágil y usual (26).

Es por ello, que por vía interpretativa, se debe establecer con exactitud, si realmente la voluntad de las partes ha sido el extinguir o no, la antigua relación obligatoria. Es muy posible, y en la práctica, quizá incluso predominante, que junto a la nueva relación obligatoria, deba seguir existiendo la anterior. En vista de esta situación, podríamos señalar, que el decaimiento del instituto debe revisarse, sobre todo en la inclinación de los particulares a conservar las relaciones obligatorias, más que a extinguirlas, cuando no sea realizado y agotado el interés que ha suscitado la constitución de la misma, así como a conservar los demás elementos accesorios que sirvan como garantías y tiendan a reforzar la obligación (27).

Para otros autores, el decaimiento del instituto será más importante desde el punto de vista práctico, que dogmático, pues no es fácil establecer en qué consista la identidad entre la antigua y la nueva obligación, para lo cual se necesita darle al instituto una posición autónoma y eficiente, tendiente a reglamentar la modificación y extinción de la relación obligatoria (28).

Otra posición tiende a interpretar tal decaimiento, como una consecuencia de la revalorización del principio de la libertad de contratación, que justifica y explica la operación sustitutiva de las relaciones, que hace inútil tomar reglamenta-

- (23) SANCHEZ REBULLIDA, op. cit., p. 145, expresa que la doctrina en general, consideró la novación como una institución en crisis: había perdido su razón de ser. La transmisibilidad de los derechos de crédito y la modificabilidad de su contenido, —consecuencia de la preeminencia del animus— la hacen relegable a la época histórica que la rigidez de las concepciones obligacionales determinaron su nacimiento para satisfacer necesidades del tráfico". Sobre el particular, véase también WEILL-TERRE, op. cit. p. 1061; MARTY-RAYNAUD, *Droit Civil-Les obligations*, Tomo II, Vol. I, Sirey, París, 1962; p. 839; BETTI, op. cit. p. 119.
- (24) RESCIGNO, Pietro, *Manuale del Diritto Privato Italiano* Napoli, Jovene 1974, p. 546, opina que el instituto, en los ordenamientos modernos y sobre todo en países de avanzado desarrollo económico, recibe una aplicación cada vez más reducida, y cita el caso del Código Civil Alemán, en el que la novación no ha sido siquiera considerada.
- (25) En este sentido, SANCHEZ REBULLIDA, op. cit. p. 145 y 180, refiere a la doctrina francesa, la cual sostiene que la novación objetiva, es todavía vigente para producir una variación en el objeto de la obligación, que determine su extinción: "sigue siendo el único procedimiento jurídico conveniente, pero la rareza de este caso, explica la restringida vitalidad de la novación a la hora presente". MARTORANA, op. cit. p. 3, señala que el instituto, entendido en su esencia, tiene en el derecho moderno razón de ser y utilidad práctica, pues responde a una necesidad real, que en virtud del principio de la libertad de contratación, debe ser tomado en consideración y disciplinado en sus efectos.
- (26) HEDEMANN J.W., *Tratado de Derecho Civil*, Vol. III, obligaciones (Trad. de Santos Briz), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 201. Al respecto, comenta ESPIN op. cit. p. 224, que la transmisión de las deudas en la legislación civil alemana, se realiza a título singular inter-vivos, sin mediación de la novación, instituto que el derecho civil francés, tomó del Derecho Romano.
- (27) RESCIGNO, Manuale, op. cit. p. 546, expresa que no comprende las recientes propuestas doctrinales que tratan de revalorizar el instituto, y considera que contrariamente, es justificable, una lectura del sistema, así como también en el régimen de la novación objetiva, que reduzca a las dimensiones sugeridas por la concreta experiencia de los intereses privados.
- (28) MICCIO, Renato, *Delle obbligazioni in generale*, TORINO, UTET, 1966, p. 298. En el mismo sentido, BARASSI, Ladovico, *La Teoria Generale delle Obbligazione*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1941, p. 236.

ciones formalistas de legislaciones primitivas abandonadas actualmente (29).

Existe sin embargo, según un tratadista italiano, una tendencia a darle de nuevo valor al instituto, ampliándose el concepto, dándosele varias aplicaciones, sea en tema de relaciones obligatorias, sea en campos distintos del derecho privado, concluyendo, que es reciente, una nueva meditación medida y atenta, que testimonie la actualidad del interés, en darle una autonomía lógica a la novación, dentro del cuadro de las distintas especies fácticas extintivas onerosas de las obligaciones (30).

No obstante, las tesis expuestas que revelan por sí mismas el poco uso de la novación, como medio idóneo para extinguir las obligaciones, es importante anotar, que en la investigación realizada, se encontraron gran cantidad de pronunciamientos de los Tribunales italianos sobre el tema, lo cual podría constituir una pequeña indicación de que el instituto no ha sido totalmente inutilizado. Cosa muy distinta ha sucedido en Costa Rica, en donde los pronunciamientos jurisprudenciales son escasos y de poca importancia, razón que justificaría la afirmación de que el instituto novativo, regulado en el capítulo dedicado a "*los otros modos de extinguirse las obligaciones*", ha sido de poca utilidad práctica en nuestro medio.

II. CONCEPCION ACTUAL DEL INSTITUTO EN LA LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA ITALIANA Y COSTARRICENSE.

A) Situación del instituto en la legislación civil, cual modo de extinción de las obligaciones.

Se ha indicado en el aparte precedente, que la novación ha sufrido una evolución que consistió en el paso de una institución "remedio" a la intransmisibilidad de las obligaciones, a instituto tipificado como modo de extinguir las obligaciones en las legislaciones civiles modernas. En lo que mira a nuestro estudio, la novación objetiva, será enfocada dentro del cuadro general de la novación en la legislación civil italiana y costarricense.

La novación ha sido catalogada como un modo de extinguir las relaciones obligatorias no satisfactorio, debido a que el interés del acreedor no puede ser satisfecho en el momento de la extinción misma (31).

Existe en realidad una categoría de negocios destinados a incidir sobre una situación jurídica preexistente, determinando su modificación o su extinción (negocios dispositivos), pero la modificación o la extinción de la obligación, se coloca sobre el plano de la realización total o parcial del interés nuevo que el negocio expresa sin realizar el

(29) MARTY-RAYNAUD, op. cit. p. 839. Crean estos mismos autores, que valorar de nuevo el instituto, sería reenviar a los principios generales de los contratos, pues el Código Civil Francés, ha consagrado en disposiciones particulares, que dan originalidad a los convenios, razón por la cual el instituto novativo no tendría ya un uso en la vida de los negocios y particularmente en el comercio de las obligaciones, en donde aparecen todavía bienes objeto de transacción.

(30) PERLINGIERI, Pietro, "*Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*", Zanichelli, Bologna, 1975, p. 58. La aplicación del instituto a campos distintos del derecho privado, se observa principalmente en el derecho laboral italiano, en donde es frecuente recurrir al instituto para dar por extinguidas relaciones de trabajo, cuando ha ocurrido un cambio en el objeto de la relación laboral, por variación de categoría, o de labor desempeñada, a efectos del cómputo de la pensión de ancianidad. Véase sobre el particular, GALLIGANI, Giorgio, "*Dimissione del lavoratore seguito alla riassunzione e infrazionabilità della indennità di anzianità*", Estr. di Riv. di Diritto del Lavoro, anno XXI, Fasc. 2, aprile-giugno 1969, Giuffrè. MELCHIONI, Raffello, "*Novazione Oggettiva del rapporto di lavoro nei contratti collettivi del settore dell'industria, in Il diritto del Lavoro*", Vol. XLI, p. 308, anno 1967, Vol. II, Roma.; TOSI, Paolo, "*Inquadramento unico e indennità di anzianità*", Estr. de la Riv. Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Fasc. 2 Milano, Giuffrè, 1973.; DE AMBRI-CORRIGIONI, Filippo, "*Sulla possibilità della novazione nel rapporto di lavoro subordinato*", Rev. Giurid. del Lavoro, I, 1966, p. 321 Soc. Ed. Giurid. del Lavoro, Roma.; ARDAU, Giorgio, "*Licenziamento 'contra legem' o legittima novazione oggettiva del rapporto di lavoro*", Mass. Giurid. Lavoro, VI Serie, Anno XXXX, 1967, p. 85 y ss. NAPOLETANO, "*Novazione del rapporto di lavoro qualifica del lavoratore e indennità di anzianità*", Mass. Giurid. del Lavoro, 1961, p. 19 y ss. CRISCI, Nicola, "*Infrazionabilità della indennità di anzianità*", Foro Italiano, I, Vol. LXXIII, 1960, p. 280. TORRENTE, Andrea, "*In tema di computo della anzianità di servizio del prestatore di opera*", Foro Italiano, 1960, I, C. 116 (nota a la sentencia Ap. Bologna 14 de enero de 1957.). TABET, Andrea, "*Frazionamento della indennità di anzianità e passaggio di qualifica*", en Foro Italiano, 1961, I, C. 114. Ciaccio, Enrico, "*Il mutamento di qualifica del lavoratore stabile*", en Riv. Giuridica del Lavoro, 1954, II, p. 158. ARDAU, Giorgio, Ancora sulla novazione del rapporto di lavoro, en Orientamenti della Giurisp. del Lavoro, Publ. Trimestrale, Ed. Industriali S.A.: Milano; 1964, p. 326.

(31) Según satisfagan o no el interés del acreedor, expresa MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1959, p. 463, se puede hacer la distinción de los modos de extinción de las obligaciones, teniendo en consideración, si tratan de obtener directa o indirectamente la prestación o su equivalente y es por ello que se han denominado modos satisfactorios (para el acreedor), como el pago, la compensación, confusión, y aquellos que extinguen la obligación, sin que a tal evento se acompañe la consecuencia de la prestación por parte del acreedor (modos no satisfactorios). Se da éste último tipo, o porque la obligación se extinga, o porque contextualmente de origen a una nueva (la cual ejercerá la función satisfactoria—caso de la novación—) o porque la obligación se extinga sin residuos y sin que el acreedor reciba la prestación (remisión de la deuda, imposibilidad sobrevenida de la prestación). En el mismo sentido, BRANCA, Giuseppe, *Istituzioni di Diritto Privato*, Zanichelli, Bologna 1975, p. 425. Sobre el punto, también TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, 21 ed., CEDAM, Padova, 1976, p. 548, que considera la novación como un medio con el cual se extingue la obligación, no ya con la satisfacción del acreedor, sino con la asunción de una obligación distinta.

interés interno de la obligación originaria. En esta categoría genérica de modos no satisfactorios, se incluye la novación objetiva (32). Por lo que no realizándose el interés del acreedor en dicha relación, tal como originalmente se había convenido en el negocio, se está, entonces, de acuerdo en concebir la novación como un modo de extinción de las obligaciones, no satisfactorio.

Dentro de esta perspectiva, la novación en su doble aspecto subjetivo-objetivo, se encuentra situada en la legislación civil italiana en el libro IV, titulado "Delle Obligatione", y en el Capítulo IV, destinado a los modos de extinción de las obligaciones distintos al pago o cumplimiento (33).

En la primera sección denominada "De la novación se encuentran cinco artículos referentes a la novación objetiva (arts. 1230 a 1234); mientras que se dedica solamente uno, a la novación subjetiva (art. 1235), ya que su estudio se reenvía a la normativa referente a las modificaciones de la relación obligatoria (34).

En la legislación civil costarricense, por influencia del Code Napoléon, también la novación está situada en el título referente al pago o cumplimiento, bajo el Libro III, Título IV, denominado "de los otros modos de extinguirse las obligaciones" (arts. 814 a 820). En cuanto a la novación objetiva, el primer inciso, del artículo 814, es el que define su naturaleza (35), mientras que en su segundo inciso, se hace referencia a la novación subjetiva, a la que se aludirá posteriormente.

B. La novación objetiva como fenómeno extintivo.

Anteriormente se indica que el instituto novativo en su doble perspectiva objeto-subjetiva, se

encuentra en la legislación italiana y costarricense, dentro de los modos de extinción de la relación obligatoria. Es por eso que debe enfocarse el fenómeno novativo dentro de su perspectiva general, es decir como especie fáctica negocial, o como figura puramente efectual (36).

Según Perlingieri, el artículo 1230 del Código Civil italiano se refiere fundamentalmente al tratamiento de la novación objetiva, y según el mismo autor, la sustitución del objeto o título produce la extinción de la obligación (37). Y es tal mecanismo sustitutivo el que ha provocado en la doctrina italiana diferentes posiciones alrededor de su concepto: ya sea se le adjudique el valor de simple entidad efectual, de "sustitución" compleja, o de especie negocial extintiva de obligaciones. Dentro de tales perspectivas se presenta la problemática que concierne a las relaciones entre la teoría del negocio jurídico y la teoría de las obligaciones, especialmente con miras a la individualización de la relación entre la especie fáctica y el relativo efecto, sea extintivo o constitutivo de obligaciones (38).

Las distintas orientaciones que enfocan el fenómeno novativo, sea como una especie fáctica negocial, o como un efecto extintivo, o como una "vicenda-risultato" (39), complican notablemente la investigación sobre la identidad estructural de la novación objetiva. Es por ello que la doctrina italiana se haya dividida en cuanto a la concepción de la novación, sea como una especie fáctica negocial, o en su mayoría, se inclinan por concebirla como una sustitución-resultado, o sea una figura que es en sí misma, negocio y efecto (40).

Otros autores se inclinan por la posición de la llamada "vicenda-risultato", o sea la figura jurídica-

(32) BUCCISANO, op. cit. p. 54.

(33) Artículos 1230 a 1235 del Codice Civile Italiano, Giuffrè, Milano, 1975, p. 215 y ss. Sostiene MESSINEO, op. cit. p. 522 que la novación es un modo de extinción de la obligación, al que se acompaña inseparablemente la constitución de una nueva obligación, que sustituye a la originaria.

(34) Artículo 1235 del Cod. Civ. Italiano: "Cuando un nuevo deudor es sustituido al originario, que viene liberado, se observan las normas contenidas en el capítulo VI de este título". Tal capítulo se refiere a la delegación, expromisión y accollo, y va de los arts. 1268 a 1276 del mencionado cuerpo legal. Sobre la situación de las dos instituciones en la legislación italiana, señala PERSICO, op. cit. p. 221, que bajo el Código Civil de 1865, la novación fue regulada en novación objetiva y subjetiva, con sustitución de deudor o de acreedor, mientras que con el Código Civil de 1942, "el ámbito de este instituto, que tiene hoy una aplicación reducida, requiere para la novación objetiva, que la nueva obligación tenga objeto o título distinto al de la obligación originaria".

(35) Artículo 814, inc. 1), Cód. Civil Costa Rica: "La novación se efectúa: 1) cuando por cambio de objeto o por cambio de causa se contrae una nueva deuda en sustitución de la antigua que queda extinguida.

(36) Vid. infra, Cap. III, I, B, de este trabajo, en donde se analiza el carácter negocial o efectual del instituto novativo.

(37) PERLINGIERI, Pietro, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Jovene, Napoli, 1971, p. 34.

(38) PERLINGIERI, supra No. 30, p. 59, quien señala que la doctrina prevaleciente, niega a la novación la naturaleza de especie fáctica negocial, y se propone agotar el estudio de la misma en la teoría "de las sustituciones de la obligación". Se excluye en efecto, que hayan argumentos decisivos a favor de la concepción de la novación, como negocio, y en particular como contrato. Sobre el particular, MICCIO, op. cit. p. 298 MESSINEO, op. cit. p. 523. También se reenvía al Cap. III, I, A, en que se enfoca el problema.

(39) PERLINGIERI, supra n. 30, p. 60.

(40) Podríamos citar a algunos autores que se inclinan por la concepción de la novación como especie fáctica negocial, separada del plano efectual, SCHLESINGER, Pierre, "Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva", Estr. de la Riv. Dir. Civile, CEDAM Padova, 1957, p. 5, opina que se entiende por novación un tipo de contrato caracterizado por el animus novandi; o sea por el intento directo de sustitución de relaciones obligatorias, mientras que cuando se hace referencia al plano de la eficacia de la novación, se intenta una doble sustitución extintivo-constitutiva de la relación obligatoria. Sobre el punto, BUCCISANO, op. cit. p. 37, TORRENTE, Andrea, *Manuale di Diritto Privato*, 9 ed., Milano, Giuffrè, 1975, p. 416; BRANCA, Giuseppe, *Istituzioni di Diritto Privato*, 6a. Ed., Bologna, Zanichelli, 1976, p. 429; MICCIO, op. cit. p. 295.

ca, que se caracteriza en su funcionalidad, por la producción de un efecto extintivo de la relación obligatoria, sin adentrarse en su configuración estructural de especie fáctica negocial (41).

Se podría señalar entonces, que la concepción de la novación objetiva, dentro del esquema general de la novación en la legislación italiana, de acuerdo al primer párrafo del artículo 1230, se trata de un instituto que tiene por finalidad, la provocación de un efecto jurídico extintivo, que se produce al sustituir el objeto o el título de la relación obligatoria preexistente, y la creación de una nueva. Es decir, se da una extinción por sustitución que determina su encuadramiento dentro del esquema de la "vicenda-risultato" (42).

La concepción del instituto novativo en la jurisprudencia italiana dominante, es la de una especie fáctica de estructura negocial destinada a provocar un efecto extintivo de una obligación originaria y constitutivo de una nueva (43).

En una sentencia bastante conocida, se interpretó, que la novación en su estructura, es esencialmente un contrato bilateral, y especificando en cuanto a la novación objetiva, que es la única que se ha considerado entre los modos de extinción de la obligación diversos al cumplimiento, el efecto es el de una sustitución mediante transfusión y traslación del contenido de la relación originaria en otra relación sucesiva, provocándose la extinción de la relación obligatoria (44).

C. La particularización del instituto: diferencias y afinidades con la novación subjetiva.

La institución de la novación objetiva resulta de la sustitución que del objeto o del título de la obligación primitiva se haga, constituyéndose con ello una obligación nueva. Es decir, se puede explicar el fenómeno novativo, como una operación sustitutiva de carácter negocial, que produce un efecto extintivo-constitutivo. Es así, como en la novación, el elemento sustituido, constituye el punto diferencial de la clasificación: si se varía el objeto o el título, nos encontramos en presencia de la novación objetiva, mientras que si lo sustituido es uno de los sujetos de la relación originaria, la novación provocada es la subjetiva (45). A tal última sustitución viene asignada, según la forma en que se realice, una especie fáctica distinta: expromisión, delegación o asunción de deuda (46).

La legislación civil costarricense prevé en el artículo 814 los dos tipos de novación, refiriéndose en su primer inciso a la novación objetiva, y en su segundo, a la subjetiva, que a su vez le asigna la forma de delegación (47), dejando a un lado, como no constitutivo de novación, el cambio subjetivo activo.

En el estudio de las diferencias existentes entre ambas instituciones, consideramos que una cosa es la extinción de una obligación merced al nacimiento de otra igual con distinto deudor, y

(41) Entre algunos, MARTORANA, op. cit., p. 15; BURDESE, Alberto, *Manuale di Diritto Privato Italiano*, Torino, UTET, 1974, p. 326; TRIMARCHI, Pietro, *Istituzioni di Diritto Privato*, 2a. ed. Milano, Giuffrè, 1975, p. 400. En la doctrina francesa, GAUDEMET, Eugene, *Theorie Generale des obligations*, Paris, Sirey, 1965, p. 422.

(42) Al respecto, cita PERLINGIERI, supra n. 30, en p. 63 a Salvatore Romano, que sostiene la tesis de que la novación es el prototipo de la sustitución normativa. La doctrina francesa se expresa en términos de extinción por sustitución, por ej. GAUDEMET, op. cit. p. 422; MARTY-RAYNAUD, op. cit., p. 839; WEILL, Alex, *Droit Civil - Introduction Generale*, Dalloz, Paris, 1973, p. 260, quien afirma: "la extinción de los derechos de crédito puede resultar igualmente de la voluntad común del acreedor y del deudor: ellos pueden recurrir a una novación, que se entiende como la sustitución convencional de una obligación por otra...". Este último autor, en su libro *Droit Civil - Les Obligations* 2 éme, Edition, Paris, Dalloz, 1975, p. 1060, define la novación, como una "operación" jurídica de sustitución.

(43) Rassegna di Giurisprudenza sul Codice Civile, dir. por NICOLÒ, Rosario y, STELLA-RICHTER, Mário, y TORRENTE, Andrea, Libro IV, (arts. 1123-1320), Milano, Giuffrè, 1965, p. 214. Una sentencia en particular hace referencia a la operación sustitutiva que estructura la novación objetiva, App. Catanzaro, 12 maggio, 1960, Collura c. Forfaro, *Giurisp. Ital.*, Anno LXIII, 1961, II Vol. UTET, Torino, p. 2602, n. 49; También Cas. 5 gennaio 1966, n. 115, Ditta Pascucci c. Ciarlantini, en p. 1873, *Rep. FORO ITALIANO*, Vol. LXXXIX, 1966, n. 531; Ap. Perugia, 12 giugno 1966, Ruggetti c. Ruggetti, en *Rep. Il Foro Italiano*, Vol. LXXIX, 1965, p. 1902, n. 535.

(44) Cass. 24 Gennaio, 1957, n. 207, Semeraro c. Conventini, (ined), *Il Foro Italiano*, Vol. LXXX, 1957, p. 1750, n. 451-452.

(45) Al respecto señala SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 102. "La novación objetiva no sería entonces, una simple modificación que alteraría la naturaleza de la relación concreta, como por ejemplo el caso de la sustitución de la cosa en las relaciones reales, no sería ya una modificación de la misma, sino que determinaría la extinción de la relación existente, y su sustitución por una relación nueva".

(46) La legislación civil italiana prevé la novación subjetiva por cambio de deudor, reenviando al artículo 1268 su tratamiento. Sobre el particular, expresa DISTASO, Nicola, *Le obbligazione in Generale*, Torino, UTET, 1970, p. 524, que la legislación italiana en cuanto al tratamiento de la novación subjetiva, dirige a la disciplina particular dictada para la delegación, expromisión y asunción de deudas, pues se consideró, al redactar el artículo 1268 del Código Civil de 1942, que el presupuesto de la liberación del antiguo deudor inherente a la novación subjetiva, no es exclusivo de ésta, pudiendo adherirse a otras figuras negocials, que en cuanto contemplan la liberación del precedente deudor, no producen la extinción de la anterior relación de deuda. Opina lo mismo RESCIGNO, Pietro, op. cit. n. 24, p. 547. MARTORANA, op. cit. p. 175 hace un comentario del articulado del Código Civil de 1865, expresando que tomando en cuenta el elemento del negocio jurídico sobre el que recae el cambio, la novación se distingue en dos especies: subjetiva y objetiva. Subjetiva es la novación, cuando un segundo negocio extintivo del primero, opera un cambio en los sujetos de la primera obligación, quedando inalterados los otros elementos. Objetiva, es cuando permanecen sin cambio los sujetos (activos o pasivos), y se realiza una modificación o cambio inherente a los elementos de la estructura objetiva de la primera obligación.

(47) En el artículo 819 del Código Civil Costarricense se regula la delegación, al expresar: "La simple indicación hecha por el deudor de persona que deba pagar por él, no produce novación. La delegación aunque obliga directamente al delegado para con el acreedor que lo acepta, no produce novación por sí misma, sino cuando es acompañada o

otra, conceptualmente distinta, es el que para ello, el antiguo acreedor ordene o autorice al deudor a que prometa el ídem a un nuevo acreedor, o bien que el deudor ordene o autorice a un nuevo deudor a que prometa el ídem al acreedor. Por lo que produciéndose en la novación subjetiva, una modificación de los sujetos de la relación obligatoria primitiva, se podría sostener que la diferencia entre una y otra institución, radica en la no realización de un cambio en la sustancia de la prestación (sea el objeto o título), mientras que en la objetiva, los sujetos permanecen inalterados, en la subjetiva, como hemos anotado, constituye el elemento mutable (48).

Tratando de encontrar una posible afinidad entre ambas especies fácticas, se observa que tanto la novación objetiva como la subjetiva constituyen conceptos contiguos, y teóricamente forman una figura compleja unitaria, diferenciables como hemos anotado, porque la objetiva se produce "inter eadem personas", o sea entre las partes mismas de la relación originaria, mientras que en la subjetiva, al contrario inter diversas personas. En el aspecto efectual, las dos facetas del instituto son similares: ambos tienen como fin ulterior que a través de la sustitución ya sea del elemento objetivo o subjetivo, se produzca la extinción de la relación obligatoria (49).

Marcada su diferencia, en cuanto la novación objetiva (inter eadem personas) presupone la participación de las partes de la relación obligatoria preexistente a la formación del acto, pero el efecto novativo puede influenciar también a los terceros, mientras que en la subjetiva (inter diversas personas), presupone la participación en el acto del acreedor y de un tercero, cubriendo el efecto novativo al deudor originario (50).

Tal como se desprende de la legislación italiana los dos institutos son tratados separadamente, delimitándose aparentemente la zona de incidencia de la novación al elemento objetivo o subjetivo de la obligación preexistente, reflejando según la opinión de un autor (51) una concepción superada del instituto, ya que actualmente tal delimitación se funda sustancialmente en el "aliquid novi", y no en el "animus novandi".

En el contexto de la reglamentación positiva, el uso de ambas expresiones no asume un significado limitativo, pero sí valedero para particularizar los sujetos del acto novativo, los cuales no coinciden necesariamente con los sujetos del efecto. Y es desde esa perspectiva efectual en que reside la diversidad sustancial, pues la novación objetiva es la única que produce un efecto meramente extintivo, mientras que la subjetiva, lo que da lugar es a una sucesión a título particular (52). Es decir, en esta última, se produce la participación activa de un tercero que asume una obligación nueva, en sustitución de la obligación a la que está obligado el deudor originario, y el cambio eventual del objeto de la relación preexistente o del título, es decir del tipo de reglamento es en este caso, del todo indiferente (53).

La jurisprudencia italiana ha señalado la diferencia entre los institutos, especialmente indicando que las modificaciones subjetivas en el lado pasivo de una obligación tendrá un contenido novativo que importa la liberación del deudor originario, en cuanto haya un consentimiento expresado en tal sentido por parte del acreedor (54).

En Costa Rica, los Tribunales han interpretado la diferencia entre ambas especies fácticas, tomando en consideración, la diversidad del cambio operado (55).

seguida de descargo total hecho de un modo expreso por el acreedor en provecho del delegante". Según CERTAD MAROTO, Gastón, *Breves apuntes en tema de sucesión en el débito* (expromisión, delegación, acollo), REVISTA JUDICIAL, No. 9, set. 1978, Corte Suprema de Justicia, San José, p. 9 y ss., la norma en examen contempla la delegación y la expromisión, sin considerarse si dentro de tal hipótesis quedan comprendidos los casos posibles de delegación, expromisión, y asunción de la deuda o acollo. Sobre el tema de la novación subjetiva en el derecho civil costarricense, ver del mismo autor "Algunas consideraciones en tema de novación subjetiva" (expromisión, delegación, acollo), Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1975.

(48) En la legislación civil costarricense, el cambio de acreedor no produce novación, pues según el artículo 814 inc. 2) se efectúa solamente, cuando el acreedor libra de su obligación al deudor, admitiendo a un nuevo deudor en reemplazo del primero. En el artículo 818 de la legislación civil costarricense se expresa la no admisión de la novación subjetiva activa: "Las modificaciones referentes a la época en que sea exigible o al modo de cumplir la obligación, lo mismo que el cambio de acreedor, no implican por sí solas novación".

(49) Sobre las diferencias y afinidades de los dos institutos, véase MESSINEO, op. cit. p. 533, TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*, Milano, Giuffrè, 1975, 2a. ed. p. 400, BUCCISANO, op. cit., p. 160, quien sostiene que los dos institutos, a pesar de ser contiguos, son distinguibles sobre el plano de la especie fáctica que informa a cada uno de los dos perfiles de la institución.

(50) SANCHEZ REBULLIDA, op. cit. p. 350 expresa razonadamente que la novación objetiva puede ser tácita, mientras que es imposible que se realice en la subjetiva, en cuanto no supone una nueva prestación, sino un nuevo sujeto. Puede ser siempre compatible con la anterior por vía de solidaridad, afianzamiento.

(51) BUCCISANO, op. cit. p. 161 comenta al respecto, que no se opone a esta configuración la fórmula "novazione oggettiva", adoptada por el artículo 1230, en contraposición a la fórmula "novazione soggettiva" usada por el artículo 1235.

(52) BUCCISANO, op. cit. p. 161.

(53) Para MICCIO, op. cit. p. 294, la sustitución del deudor o acreedor, da lugar a un fenómeno de sucesión particular, que se coloca más propiamente en el esquema de los cambios subjetivos de la obligación. En la novación objetiva, en efecto, se da lugar a una relación sustancialmente nueva y distinta, en la que la originaria se extingue.

(54) Ap. Roma, 17 de junio de 1969, Soc. Ind. Laterizi contra ENEL, Rass. Giur. ENEL, 1969, 686, en p. 1806 *Foro Ital. Rep.*, Vol. XCII, 1969.

(55) "La novación es objetiva o subjetiva, según que intervenga o no una nueva persona en la segunda obligación. llamándose objetiva o real, a la que se produce cuando entre las mismas partes se sustituye una deuda nueva o la



III. TIPOLOGIAS DE LA NOVACION OBJETIVA.

De acuerdo a la manifestación de la intención novativa, la novación objetiva, puede ser de dos tipos: expresa o tácita, según sea declarado formalmente el *animus novandi*, o por el contrario, se deduzca de ciertos hechos la voluntad de novar.

A. La novación objetiva expresa.

Cabe hablar de novación objetiva expresa, cuando las partes manifiestan expresamente como querido el resultado económico que la técnica jurídica valora como novación. Tiene lugar, cuando se expresa en forma clara la voluntad extintiva de la obligación anterior, declarada a través de la introducción de un cambio en el objeto o en sus condiciones principales, que hacen imposible la subsistencia del vínculo originario, con el surgido con posterioridad (56).

La distinción entre la novación objetiva tácita y la expresa, se agota en el distinto medio de declaración de la voluntad novativa, sin realizarse por ello, divergencias funcionales, ni de contenido, que provoquen una sustancial diferencia de disciplina (57).

Es interesante precisar, que en la novación expresa no se presenta un límite objetivo, pues claramente se ha manifestado la intención extintiva y constitutiva. Es por eso que, la novación objetiva expresa, es entonces aquella que tiene en sí, todos los requisitos necesarios para darse la institución, particularmente el elemento voluntarístico, que en forma unívoca se expresa, ya que la presunción del intento novativo, según la legislación y jurisprudencia italiana y costarricense, se excluye como elemento configurativo de la misma, requiriéndose una manifestación precisa y no equívoca de la intención (58).

En la legislación costarricense, la novación expresa toma la forma de un contrato (59), mientras que en la legislación italiana no se describe el carácter que ha de tener, razón ésta que ha hecho concluir a algunos tratadistas, que el artícu-

lo 1230 de ese cuerpo legal, delinea la disciplina de la novación tácita, mientras que la expresa tendría una autonomía conceptual deducida de los principios que informan la materia; sosteniéndose, que no es valedero tal argumento, ya que la novación es un fenómeno unitario que se caracteriza por la misma función y los mismos efectos (60).

Sobre la forma de la novación, véase más adelante, el aparte referente a la naturaleza y efectos de la misma (61).

B. La novación objetiva tácita.

Existe novación objetiva tácita, cuando no se manifiesta expresamente la voluntad de novar, resultando tal intención de la incompatibilidad surgida entre la obligación precedente y la nueva. Es decir, se configura cuando "*inter easdem personas*" ligadas por un vínculo obligatorio anterior, que se extingue, nace una obligación distinta, sin que se haya manifestado en el contrato generador tal *animus*, y constituyendo los actos concretados por las partes, los que suplan el silencio de ellas acerca de la voluntad sustitutiva (62). Se admite entonces, que en este caso, la segunda obligación trae respecto a la primera, un cambio tan radical que afecta la sustancia misma de la "*prior-obligatio*", excluyéndose la intención de las partes de persistir en la obligación originaria: la novación objetiva tácita se configura así como una manifestación de voluntad mediante hechos concluyentes (63) delineada en el artículo 1230 del Código Civil italiano, en el 814 y 815 de la legislación civil costarricense. Tales hechos conclusivos que la configuran, se entienden en el sentido, de que si de la situación objetiva se puede extraer la existencia de una voluntad no equívoca dirigida a provocar un efecto extintivo en la obligación originaria, se está en el esquema típico de una novación tácita.

Como se ha indicado, cuando se hizo mención a la novación objetiva expresa, el artículo 1230 hace referencia a la novación tácita, pues se refiere a la "*sustitución*" del objeto o de la causa, sin manifestarse la necesidad de que tal operación se realice expresamente, mencionándose posterior-

antigua" Cas. 14:10 hrs. 26 de marzo 1943, I, Sem. Tomo Unico, p. 108, Royo Golcher c. Orozco Vargas. Col. Sent. Corte Sup. Just. San José.

(56) SANCHO REBULLIDA, op. cit. p. 388.

(57) PERLINGIERI, Pietro, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 76. Comenta este autor, que no está de acuerdo con la afirmación sostenida por algunos tratadistas, de que la novación expresa no necesita del *aliquid novi*, porque de la declaración resulta el *animus novandi*, mientras que en la novación tácita el *aliquid novi* sería esencial, ya que el *animus* resulta simplemente del comportamiento conclusivo.

(58) Sobre la importancia del "*animus novandi*" en la configuración del instituto novativo, véase, el capítulo II, Sección C, de este trabajo.

(59) De acuerdo a lo dicho por el artículo 815 del Código Civil de Costa Rica, se puede extraer tal opinión: "La novación no se presume"; es preciso que la voluntad de hacerla resulte claramente de los términos del nuevo contrato, o de los hechos acaecidos entre las partes.

(60) PERLINGIERI, op. cit. n. 30, p. 76.

(61) Vid. infra, Cap. III, A—B.

(62) ANDREOLI, Marcello, *La novazione tacita oggettiva*, Maglione, Roma, 1929, p. 20. También, SANCHO REBULLIDA, op. cit. p. 388.

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

mente en el segundo párrafo del mismo artículo, que la intención novativa, debe resultar no equívoca (64).

La novación tácita es entonces, una novación caracterizada por un "aliquid novi" en función novativa (65). Por lo que constituyendo este último uno de los elementos fundamentales, serán los actos realizados por las partes, los que se denominan en la jurisprudencia italiana "fatti conclusivi", los que vengan a suplir la intención novativa manifiesta, hechos concluyentes que constituirán el punto central de la interpretación del "animus novandi", a través de la incompatibilidad entre las dos obligaciones, por el cambio sustancial, no accesorio, que se produce en el objeto o título de la obligación primitiva (66). Tal razonamiento nos lleva a pensar que en la novación tácita objetiva, el elemento nuevo se identifica con la voluntad novativa, la cual constituye su expresión. Sin embargo, sostienen los jueces italianos, que solamente en vía de excepción, debe tomarse en cuenta la intención novativa tácita, para configurar la novación (67).

En la legislación civil costarricense, el trata-

miento de la novación objetiva tácita, está previsto en el artículo 815, el que en su segundo párrafo, expresa que es necesario que la voluntad de novar resulte claramente de "los términos del nuevo contrato o de los hechos acaecidos entre las partes", constituyendo estos últimos, al igual que la legislación italiana, los que indicarán la declaración tácita de la novación objetiva. Determinación que estará a cargo de la interpretación jurisprudencial (68). Tal prescripción revela una situación de índole personal entre los contrayentes, que incidirá en la alteración objetiva de la primitiva relación obligatoria, hechos que si bien por su naturaleza no causarían novación, podrían sin embargo causarla, porque se desprenden de ellos la intención novativa. Al respecto señala Brenes Córdoba, que se desprende tal voluntad, en el caso de que una deuda constante en un pagaré es cancelada, y se entrega al deudor en cambio de otro que éste otorga a su acreedor por la misma suma, pero a plazo diferente, o en otros términos, cuando en vez de concederse prórroga para el pago en el primitivo documento, se acepta otro nuevo en su reemplazo (69).

- (64) DISTASO, Nicola, op. cit. p. 530 menciona alguna jurisprudencia italiana sobre el particular, expresando, que si bien el "animus novandi" no se presume se necesita la prueba de quien lo invoque.
- (65) PERLINGIERI, op. cit., n. 30, p. 79. En igual sentido MICCIO, op. cit. p. 296.
- (66) A propósito de los hechos concluyentes de los cuales se interpreta que existe novación, explica ANDREOLI, op. cit. p. 20, que deben revelar sin ninguna duda, la intención de extinguir una primera obligación para sustituirla de cualquier manera por una segunda. Al respecto, la jurisprudencia italiana ha sostenido, que "es verdad que el animus novandi no se presume, pero eso no obsta para que pueda ser observado de hechos unívocos y concordantes, sin que sea necesaria una expresa manifestación de voluntad, Cass. 6 abril de 1955, No. 982, *Giurisp. Italiana Rep.*, Anno LVII, II, Vol., n. 4. También Cass. 3 ottobre 1967, No. 2259, Scodina contra Del Fante, en *Foro Ital. Rep.*, Vol. XC, 1967, n. 350, App. Firenze 27 Febbraio 1954, *Giurisp. Toscana*, 1954, No. 270, en *Rassegna di Giurisprudenza sul Cod. Civile*, dir da NICOLA-STELLA RICHTER, Milano Giuffrè, 1965, p. 264-5. En la misma línea, Cass. 30 novembre 1945, No. 814, Mercuri-Alessandri, en p. 1868, *Giurisp. Ital. Rep.* Anno XLVI, 1948, No. 526.
- (67) Dice al respecto la Cass. 10 julio de 1952, No. 2133 Maltese contra Morinia, en p. 1631, *Foro Italiano, Rep.* Vol. LXXV, 1952, No. 519; p. 1631: "Solo en vía de excepción el "animus novandi" puede resultar tácitamente como es el caso de que la nueva obligación sea incompatible con la precedente". En igual sentido Cass. 15 enero de 1952, No. 76. Pepini c. Poggi, en p. 1631, *Il Foro Ital., Rep.*, 1952, Vol. LXXV, n. 525.
- (68) Al respecto una sentencia del Tribunal Superior Primero Penal, n. 1827, de las 17:20 hrs. del 26 de nov. de 1973. *Boletín del Digesto de Jurisprudencia*, n. 217. Año XIX, San José, n. 1791, interpretó: "Si el ofendido permitió, que el procesado, agente de ventas, pudiera descargarse de los saldos en descubierto que le resultaban, de cada gira comercial, cancelando los mismos en un determinado porcentaje, las ganancias que le correspondían, en calidad de comisión por las rentas futuras, lo que se operó en cada rendición de cuentas, fue una novación, que trajo consigo el nacimiento de una deuda de otra naturaleza, pagadera con emolumentos futuros, de manera que tal morosidad en el pago de esa suma, no logra configurar el delito de retención indebida". Se reitera tal idea en la Cas. 14:10 hrs. del 26 de marzo de 1943, I Sem., Tomo Unico, p. 108, *Colección de Sentencias de Casación*, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.
- (69) BRENES CORDOBA, op. cit. p. 211.

LA ACCION CIVIL EN SEDE PENAL

Dr. Mario Houed Vega.*

Teorías sobre la reparación del daño y resumen histórico de la legislación costarricense al respecto.

I. TEORIAS SOBRE LA REPARACION DEL DAÑO: (1)

Fundamentalmente son dos las teorías que se pueden señalar respecto de la reparación del daño privado, surgido como consecuencia del delito, y su acción en el proceso penal. Esas dos teorías son: a) La clásica (a la cual se adhiere nuestro actual Código Procesal Penal), y b) la positivista (dentro de la cual puede ubicarse la Ley de Enjuiciamiento Criminal española).

A. TEORIA CLASICA: (Manzini, Garraud, etc.).

En épocas antiguas el delito traía como eventual consecuencia que el ofendido o su familia recurriera al "derecho de venganza", o sea hacerse justicia por mano propia, derecho éste que frecuentemente era ilimitado, desproporcionado y cruel. Posteriormente, siempre dentro de este sistema de "justicia privada", se establecen algunas limitaciones, aceptando las partes en discordia la intervención de un tercero imparcial que regulaba y limitaba el ejercicio de la venganza (v.g. la ley del Talión). En la medida que el sistema de justicia privada fue evolucionando, se fue conformando una posición de juez (tercero imparcial) mejor asentada, limitándose mucho más los alcances de la venganza. Surgieron de esta manera, instituciones más elaboradas que pretendían señalar de algún modo cuál era el resarcimiento que debía efectuarse con motivo del delito o mal ocasionado. Así encontramos como en el Derecho germano surgió el instituto de la COMPOSICION, que consistía en que el ofendido, a instancias del juez, aceptaba recibir una indemnización pecuniaria, pagada por el delincuente, pero a cambio de la presunta pena que le pudiese ser impuesta. Sin embargo, el ofendido no estaba obligado a aceptar dicha composición, y en caso de que la rechazara, el juez debía ejecutar la pena por sus propias manos. Debe observarse entonces, que la "composición" era un

sustituto de la pena, y no propiamente una reparación civil. Posteriormente el instituto de la "composición" evoluciona de la siguiente manera: una parte de la misma (denominada FREDUM) es para las arcas del tesoro público (con lo que se convierte en una especie de pena pública), y otra parte es para la víctima, perfilándose ya como una simple indemnización por el daño que le fue ocasionado.

Se ha señalado por parte de distintos autores, que el anterior proceso conduce al surgimiento del Derecho Penal mismo como Derecho Público, lográndose con el transcurso de muchos años, una clara distinción entre la pena de carácter público, y la indemnización de los daños y perjuicios, así como también de la restitución de la cosa objeto del delito. Paralelamente a tal proceso, aparece la teoría Clásica que sostiene el carácter privado de la restitución e indemnización de los daños y perjuicios, distinguiéndolo del carácter público y estatal de la pena. En razón de ello, dicha teoría sostiene que el UNICO TITULAR LEGITIMO DE LA ACCION CIVIL TENDIENTE A ESA REPARACION ES EL OFENDIDO, y por lo tanto, no es interés ni derecho del Ministerio Público ejercerla en su nombre sin su consentimiento, ni podría el juez acordarla de oficio.

Este sistema es el que sigue nuestro actual Código de la materia, como puede observarse en sus artículos 9 y 10 fundamentalmente, así como otras legislaciones que siguen el sistema mixto o acusatorio formal (entre otros el Código Procesal Penal italiano, artículos 22 y siguientes).

B. TEORIA POSITIVISTA: (Ferri, Garofalo, etc.).

Contrariamente a lo postulado por la Teoría Clásica, la Positivista sostiene que la reparación del daño se encuentra dentro de la función social del Estado, motivo por el que debe ser considerada no sólo como una obligación del delincuente en favor de la víctima, sino también como una verdadera

(1) Para mayor información al respecto, consultar VELEZ MARICONDE, A.: *La acción civil resarcitoria*, Argentina, 1965, ps. 7 y ss. CASTILLO BARRANTES, E.: *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal*, ed. del Colegio de Abogados, 1977, ps. 134 y ss.

sanción que podría inclusive sustituir a la pena en tratándose de ciertos delitos leves. Así pues, si el ofendido no demanda la reparación del daño, el interés social sí lo demanda al juez y también al Ministerio Público, instituto éste que debe solicitarla en nombre y en sustitución del ofendido si es el caso. De acuerdo con esta teoría, el juez puede entonces, de oficio, condenar al imputado o imputados al pago de los daños y perjuicios ocasionados con la comisión del delito. Este sistema es el que sigue la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (ver artículos 108, 112, y 742 entre otros), así como nuestro anterior Código de Procedimientos Penales (C.P.P. de 1910, después de las reformas del año de 1937) (ver artículos 6 y 24).

II. SISTEMAS RESPECTO DEL DESTINO DE LA ACCION RESARCITORIA: (2).

En relación con el destino que debe darse a la acción civil resarcitoria, existen también dos sistemas básicos: a) el de la separación de acciones (sistema que sigue el Código Procesal de Buenos Aires —artículo 79—), y b) el de la acumulación de acciones (sistema que sigue la mayoría de los códigos procesales modernos, entre ellos, el francés —art. 13—, el italiano —art. 23— y el costarricense —art. 11—).

De acuerdo con el primer sistema, las acciones civil y penal deben ser ejercidas en forma separada, porque —según dicen los que tal tesis propugnan— el carácter de ambas acciones es distinto, ya que mientras una es privada la otra es pública, asimismo porque la presencia de la acción civil en el proceso penal puede perturbar o dificultar la buena marcha de éste.

Sin embargo, los autores que sostienen el criterio de la acumulación consideran que los problemas señalados anteriormente, respecto de la perturbación indicada, realmente no se dan cuando el actor civil ocupa el lugar que le corresponde dentro del proceso. La tesis de la acumulación parte del supuesto de que el damnificado tiene la posibilidad de elegir entre la jurisdicción penal y la civil (derecho de opción de vía), siempre que concurren ciertas condiciones o requisitos señalados por la ley. El principio de derecho de que "*elegida una vía no se da recurso a otra*", no es de rigurosa aplicación en nuestro sistema procesal, pues existen ciertas limitaciones que con toda razón lo regulan.

Uno de los problemas que pueden presentarse lo es en relación con el desistimiento a que alude el artículo 70 del Código Procesal Penal vigente, ya que expresamente se dice en dicha norma que "*el desistimiento importa renuncia del pretendido derecho resarcitorio*"; como ese desistimiento puede ser tácito o expreso, podría argumentarse que en la

misma se comprenden las dos clases de desistimiento. Afortunadamente, por resolución número 404 de las ocho horas veinte minutos del veintisiete de octubre de 1978, la Sala Primera Civil de la Corte Suprema de Justicia, señaló con todo acierto, luego de un profundo y excelente análisis jurídico, que solamente el desistimiento expreso es el que implica la renuncia del derecho resarcitorio en los términos del mencionado artículo 70.

Debe advertirse pues, que la presencia del actor civil, por sí misma, no obstaculiza el ejercicio de la acción penal.

Se han dado muchas razones para explicar el fundamento jurídico de la acumulación de acciones, siendo la más aceptada la que plantea la hipótesis de la conexidad impropia entre las causas (penales y civiles), justificada entre otras cosas por la unicidad del ordenamiento jurídico así como por el principio de economía procesal, que en última instancia llevarían a evitar la existencia de fallos contradictorios (3).

III. RESEÑA HISTORICA DE LA EVOLUCION LEGISLATIVA COSTARRICENSE EN RELACION CON EL EJERCICIO DE LA ACCION CIVIL.

Anteriormente al Código General, conocido como Código de Carrillo, promulgado el 30 de julio de 1841, existieron una serie de disposiciones provenientes casi en su totalidad de las Leyes de Indias que nos rigieron durante la época colonial, pero que no es posible determinar en este breve trabajo ya que hacerlo requiere dedicar mucho más tiempo del que disponemos. En razón de ello, hemos tomado como punto de partida el referido Código General.

Esta codificación, que debemos reconocer como uno de los grandes legados de la administración de don Braulio Carrillo, sin que podamos afirmar o negar que fuese creación suya propia puesto que no hay acuerdo al respecto, regulaba en la PARTE SEGUNDA (que comprendía la materia penal) en su Título I, capítulo V (artículos 18 a 26) un singular instituto que se denominaba DE LA SATISFACCION, el cual aludía al resarcimiento obligatorio que debía efectuar el imputado o imputados por el daño ocasionado por su dolo o culpa.

Esa Satisfacción comprendía, de acuerdo con el artículo 19, los extremos siguientes:

- 1) La restitución de los bienes del ofendido.
- 2) La indemnización de los "males" ocasionados a la persona y bienes del ofendido.
- 3) La pensión a la viuda e hijos menores (si hubiese resultado muerto el ofendido).
- 4) La pensión al herido o maltratado durante el tiempo que hubiese durado su incapacidad para el trabajo.

(2) VELEZ MARICONDE, A. Ob. cit., ps. 24 y ss.

(3) Cfr. CASTILLO BARRANTES, E. Ob. cit., p. 142, último párrafo.

Como puede observarse, se trataba de una institución bastante elaborada, donde se contemplaban los aspectos de mayor interés para los supuestos ofendidos.

En los artículos 20 y 21 se establecían distintas responsabilidades solidarias (responsables "civil y mancomunadamente" en el caso del último citado, según textualmente se dice). Sin embargo, el artículo 25 incurría en el error de confundir el resarcimiento propiamente dicho, y la pena, pues dicha norma disponía que *"no teniendo el delincuente medios para pagar la satisfacción, será condenado a trabajar en una reclusión en su oficio u otro trabajo para el que fuere considerado más a propósito, por todo el tiempo necesario para pagarla, salvo que otorgue fianza de satisfacerla a gusto del ofendido, o que éste se dé por satisfecho. No habiendo establecimientos de esta naturaleza, la condena será a obras públicas o presidio, sin que el fondo público quede obligado a indemnizar cosa alguna, antes bien lo será de todo lo que gastare en alimentos y vestido"*.

El Código de Carrillo fue objeto de varias reformas, siendo una de las más importantes la que se realizó en el año de 1858, durante la administración de don Juan Rafael Mora, aunque propiamente no fueron reformas las que se realizaron para entonces, sino más bien una revisión general para "poner al día", por así decirlo, la citada codificación. En el correspondiente Decreto se decía:

"JUAN RAFAEL MORA
Presidente de la República de Costa Rica

CONSIDERANDO:

1) Que el Código General de la República ha sufrido tantas reformas desde la época de su emisión, que al presente son necesarios un estudio prolijo y penoso, y el registro de diferentes cuerpos de leyes para averiguar la parte que de él está vigente, y la que ha sido derogada o alterada:

2) Que movido por estas razones, el Gobierno deseoso de facilitar el conocimiento de nuestra legislación civil y penal, así como el procedimiento de ambas materias, tuvo a bien comisionar para hacer las anotaciones correspondientes de una manera clara y precisa, al Sr. D. Rafael Ramírez, "sugeto" (sic) que, a sus capacidades forenses reúne la práctica de las disposiciones del mismo Código desde que fue adoptado en Costa Rica y por consiguiente conoce perfectamente la historia de sus alteraciones y modificaciones.

3) Que habiendo dicho Señor Ramírez presentado a la consideración del Gobierno los trabajos que ha ejecutado en virtud de su comisión, y merecido estos su aprobación, es conveniente darles la fuerza necesaria a fin de poner en uso el Código y sus anotaciones,

DECRETO:

Artículo 1. Se aprueban las anotaciones hechas al Código General de la República por el Señor D. Rafael Ramírez, comisionado al efecto por el Gobierno.

Artículo 2. Para que dicho cuerpo de leyes surta su efecto a la par de las indicadas anotaciones, se imprimirá y publicará en la forma acostumbrada.

Dado en el Palacio Nacional, en San Jo-

sé, a los veinte y tres días del mes de julio de mil ochocientos cincuenta y ocho.

Juan Rafael Mora
El Ministro de Estado en el
Despacho de Gobernación.
Joaquín Bernardo Calvo".

El diez de julio de 1873, a iniciativa del entonces Jefe de Estado, General Tomás Guardia, fue promulgada en nuestro país una ley que instauraba el sistema de jurados para el proceso penal (solamente para delitos de mayor gravedad). Dicha ley vino a reformar parcialmente las partes II y III del Código General (referidas a materia penal y procesal). El objeto de la misma (que lamentablemente resultó un fracaso, según pudimos comprobar al realizar otro trabajo sobre la historia de este sistema en Costa Rica) era *"prevenir la frecuencia de varios delitos graves, por una fácil averiguación y pronto escarmiento. . ."*, según se decía en el encabezado del respectivo decreto.

En el capítulo correspondiente al procedimiento ante el Tribunal de Jurado, concretamente en el artículo 15, se establecía que, además de las cuestiones de hecho que el juez debía poner en conocimiento de las partes antes de que el Jurado resolviera, aquéllas (las partes) podían formular y presentar por escrito las demás cuestiones de hecho que convinieran a sus derechos, pero guardando el orden siguiente:

"...5) Sobre su responsabilidad consecuencial pecuniaria, de pensión, indemnización, etc. . ."

Posteriormente hubo otras dos leyes de Jurados, que derogaron, respectivamente, a las antecesoras: la de 2 de julio de 1887, y la de 2 de noviembre de 1892, introduciéndose luego en cada una, reformas parciales. Debido al fracaso anteriormente apuntado, el sistema de jurados se derogó por Decreto Legislativo No. 37 de 3 de julio de 1903, después de haber estado en vigencia por espacio de veintiséis años. Sin embargo, durante ese lapso y en lo que concernía propiamente a la indemnización por daños y perjuicios siempre se mantuvieron las disposiciones señaladas por el Código General.

El Decreto Legislativo No. 51 de 3 de agosto de 1910, dio origen a nuestro anterior Código de Procedimientos Penales, que rigió dicha materia hasta el primero de julio de 1975, fecha en que entró en vigencia el actual Código Procesal.

El cuerpo de leyes del año 1910 (que desde luego derogó la Parte III del Código General o de Carrillo), fue objeto paulatinamente de varias reformas, siendo una de las más importantes precisamente la que se refería al ejercicio de la acción civil. Resulta interesante observar que originalmente, el sistema procesal señalado para el cobro de daños y perjuicios era algo similar al actual, guardando las proporciones del caso y las distin-

ciones propias de cada sistema. Es así como podemos señalar que inicialmente el Código Procesal de 1910 se adhería a la teoría Clásica en términos generales, acogiendo la positiva después de las reformas del año de 1937, por haberse presentado diversos problemas que posteriormente comentaremos. Pero originariamente la acción civil que nacía de delito público, sólo podía instaurarse juntamente con la criminal antes del auto de enjuiciamiento o después que ésta hubiese sido resuelta en sentencia que cause ejecutoria (ver redacción original del artículo 6); cuando la acción civil se presentaba conjuntamente con la penal, debiendo seguirse y fallarse simultáneamente, tenían que tramitarse en legajos separados (artículo 38); los mismos jueces penales debían resolver la cuestión civil (artículo 135), debiendo contener el fallo condenatorio o absolutorio, "el monto de lo debido a título de responsabilidad civil..." (artículo 102, inciso 6, referido a los requisitos de la sentencia).

Por el interés que revisten las diversas normas del Código Procesal mencionado concernientes al ejercicio de la acción civil, inclusive para practicar un estudio de legislación comparada con el actual sistema, me permito transcribir las que he considerado de mayor importancia y que se encuentran publicadas en el alcance a La Gaceta No. 44 de 21 de agosto de 1910:

Artículo 5: Las acciones que nacen de un delito o cuasidelito podrán ejercerse junta o separadamente.

Cuando se ejerza sólo la acción civil proveniente de un delito que no pueda perseguirse de oficio se considerará renunciada la acción penal.

Artículo 6: La acción civil que nace de delito público sólo puede instaurarse juntamente con la criminal, antes del auto de enjuiciamiento o después ejecutoria.

Artículo 7: Deducida conjuntamente la acción penal con la civil para la devolución de la cosa, el Juez puede decretar su entrega o restitución al estado en que se hallaba, en cualquier momento del juicio, siempre que obren en el proceso antecedentes bastantes para ello.

Artículo 24: Los perjudicados por delito o cuasidelito que no fueren actores en el juicio, pero que tuvieren derecho a indemnización de perjuicios, pueden con tal objeto mostrarse parte en la causa criminal y demandar la responsabilidad consiguiendo, debiendo tomar la causa en el estado en que se halle. Aún cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor hubiere podido acordarse en sentencia firme.

Artículo 37: Caso de que en una misma causa se presentaren varios reclamantes civiles, el Tribunal podrá ordenarles que procedan conjunta o separadamente, según haya o no comunidad de intereses.

Artículo 38: Cuando por haberse demandado en el curso de la causa la reparación del daño privado

del delito, deban seguirse y fallarse simultáneamente la acción penal y la civil, ellas deberán tramitarse en **LEGAJOS SEPARADOS**.

Artículo 102: La sentencia definitiva se formulará con los siguientes requisitos:

"... 6) El fallo, que debe contener la condenatoria o absolución de cada procesado, en relación con todos los hechos del cargo, el monto de lo debido a título de responsabilidad civil, con observancia de lo dispuesto en el Código Penal sobre el particular;..."

Artículo 135: Conocerán del reclamo relativo a la reparación civil del daño proveniente de un hecho punible, los Tribunales de Justicia represiva, siempre que la acción correspondiente se haya ejercido antes de dictarse el auto de enjuiciamiento, y ante los mismos Jueces que la acción penal.

Artículo 178: La intervención del actor civil en el sumario, se limitará a procurar la práctica de aquellas diligencias que puedan conducir al mejor éxito de su acción, apreciadas discrecionalmente por el Juez.

Artículo 381: Si hubiere actor civil, también se correrá a éste traslado por tres días para que pida lo que a su derecho convenga.

Al plantear dicha acción se expresará:

1) El hecho o hechos que dieron lugar a la restitución de la cosa o a la indemnización de perjuicios y el nombre de la persona o personas a quienes afecten;

2) La estimación de la cosa que haya de ser restituida y de los perjuicios que la reparación comprende.

Artículo 461: En cuanto a la reclamación del daño privado del delito, las partes litigantes presentarán sus interrogatorios dentro de los 3 días de la segunda mitad del término probatorio, y el Juez procederá a hacer los señalamientos, cuidando de que las partes acusadoras y acusadas dispongan de un plazo igual para el examen de sus testigos.

(Del recurso de CASACION)

Artículo 611: "...El actor civil no podrá interponer el recurso, sino en cuanto la sentencia pueda afectar las restituciones, reparaciones e indemnizaciones que hubiere reclamado".

Artículo 702: Las responsabilidades pecuniarias declaradas en un fallo a título de indemnización del daño privado de un delito y de costas, se harán efectivas según las reglas del procedimiento civil para la ejecución de sentencia.

Este sistema que originariamente había instaurado el Código Procesal de 1910, respecto del ejercicio de la acción civil en sede penal, no dio buenos resultados, entre otras cosas porque —según se en el proceso penal de Reformas— la intervención se refería al reclamo de los perjudicados en lo que *plicaciones de procedimientos innecesarias. Si los ofendidos desean vigilar o gestionar la condenatoria para el efecto de obtener la indemnización correspondiente, el camino es el de constituirse*

partes acusadoras, lo que les garantiza su personalidad dentro del juicio" (4).

Con base en tales razones, entre las reformas introducidas por Ley No. 8 de 29 de noviembre de 1937, se incluyeron las referidas a la modificación de la acción civil en el proceso penal, instaurándose el sistema o teoría positiva, según la cual el Juez de oficio (aunque ninguna parte se lo solicitare) debía condenar en sentencia al pago de los daños y perjuicios en abstracto, producidos con la comisión del delito (artículos 6 y 24 del Código Procesal Penal de acuerdo con la reforma), para que después pudiese el ofendido, si ese era su deseo, recurrir a los tribunales civiles, quienes mediante el procedimiento de ejecución de sentencia debían fijar el monto de lo reclamado.

Esta misma teoría positivista fue trasladada posteriormente, al Código Penal del año de 1941, en el capítulo referido a la reparación civil (artículos 122 y siguientes) que aún hoy día se encuentra vigente.

Para efectuar la modificación de comentario respecto de la acción civil en sede penal que contenía el Código Procesal de 1910, no sólo fue necesario reformar o derogar diversos artículos de dicho Código, sino también reformar el artículo 7 del Código de Procedimientos Civiles, revisado y reformado para la misma fecha (año de 1937).

En la exposición que se hizo por parte de la Comisión de Magistrados encargados de las reformas al Código Procesal Civil, y concretamente respecto de la modificación que debía hacerse al artículo 7 mencionado, se dijo en forma expresa lo siguiente:

"Ese artículo ha venido a establecer de modo claro que la acción para reclamar daños y perjuicios contra los autores de hechos punibles o contra aquellos que sean civilmente responsables de esos daños y perjuicios, se ventilará ante los tribunales civiles por el trámite de ejecución de sentencia. Para que no haya discordancia entre esa disposición y las del Código de Procedimientos Penales que permiten ejercitar dentro de la causa criminal la acción civil, al aconsejar reformas al referido Código se recomendará la supresión o modificación de los artículos que autorizan el ejercicio conjunto de acciones.

La redacción actual del artículo 7 tiene el inconveniente de establecer que deben seguirse los procedimientos de ejecución de sentencia para cobrar daños y perjuicios, cuando la acción se intente

contra los herederos del delincuente y no se hubiere declarado la responsabilidad de éste en la vía represiva; es evidente que en ese caso tiene que seguirse un juicio ordinario para discutir la responsabilidad penal de la persona a quien se atribuía el delito, desde luego que esa responsabilidad penal es el antecedente forzoso de la responsabilidad civil. Los procedimientos de ejecución de sentencia han sido creados para hacer efectivo un derecho ya declarado, y tratándose de daños y perjuicios, esos procedimientos sólo dan lugar a establecer el monto de ellos y no la circunstancia de si se deben o no" (5).

Respecto de las reformas que debían sufrir los artículos 6 y 24 del Código de Procedimientos Penales, la misma Comisión de Magistrados (encargada de ambas tareas: revisar y reformar el Código Procesal Civil y el Procesal Penal, entre otros Proyectos) consideró lo siguiente:

"Artículo 6: Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 7 del Código de Procedimientos Civiles, según el cual, la acción civil proveniente de hechos punibles debe ejercitarse ante los tribunales civiles por los procedimientos de ejecución de sentencia, se establece lo conveniente en el artículo 6, armonizándolo también con el artículo 703. Resultado de esa reforma es la derogatoria de los artículos 7, 37, 38, 135, 178, 381, y 461" (6).

Como puede observarse, fueron derogados todos los artículos que permitían el ejercicio conjunto de acciones.

Respecto de la reforma del artículo 24 se expuso este criterio:

"Artículo 24: Deslindadas por entero la acción civil y la penal en cuanto al modo de ejercitarlas, la reforma niega toda intervención en el proceso a los perjudicados en lo que se refiere al reclamo civil, ya que tal intervención sólo produce complicaciones de procedimientos innecesarias. Si los ofendidos desean vigilar o gestionar la condenatoria para el efecto de obtener indemnización correspondiente, el camino es el de constituirse partes acusadoras, lo que les garantiza su personalidad dentro del juicio.

(4) PICADO GUERRERO, A. *Explicación de las Reformas al Código de Procedimientos Penales*. Imprenta Nacional, 1939, p. 17.

(5) PICADO GUERRERO, A. *Explicación de las Reformas al Código de Procedimientos Civiles*. Imprenta Nacional, 1937, p. 9.

(6) PICADO GUERRERO, A. Ob. cit., supra nota 4; p. 7.

Por la razón expuesta, se reduce el texto del artículo 24 a declarar que aunque los perjudicados no ejerciten la acción penal, no por eso se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor hubiere podido acordarse en sentencia" (7).

Otro de los aspectos que originó fuerte controversia en la Comisión de reformas, fue lo concerniente al hecho de si se podían seguir los procedimientos de ejecución de sentencia, contra personas que no aparecían condenadas de modo directo en la ejecutoria por no haber figurado como partes en el proceso penal, pero siendo responsables solidarias por ley, discusión ésta que se planteaba con cierta frecuencia ante los Tribunales de Justicia (como ejemplo de tales discusiones, la comisión citó la sentencia de Casación de las 3 horas y 40 minutos del 7 de agosto de 1935), llegándose a la conclusión de que no era en modo alguno conveniente permitirlo, motivo por el cual así se dispuso en la reforma del artículo 7 del Proceso Civil, porque *"los procedimientos de ejecución de sentencia han sido creados para hacer efectivo un derecho ya declarado, y, tratándose de daños y perjuicios, esos procedimientos sólo dan lugar a establecer el monto de ellos y no la circunstancia de si se deben o no"* (8).

Entre las observaciones hechas por la Comisión de Magistrados recomendando la modificación del citado artículo 7, se expresaba:

"El párrafo final del texto de la Comisión del Congreso va dirigido especialmente a autorizar el planteamiento de acciones ordinarias contra responsables civiles que aún en el caso de sobreseimiento o absolutoria podrían ser llamados a juicio, no ya invocando como fundamento de la acción un delito o cuasidelito penal, sino un delito o cuasidelito civil. Claro es que si después de planteada la acción ordinaria recae sentencia condenatoria en la vía penal que impone una responsabilidad civil solida-

ria, mayor razón hay para que prospere aquélla, por ser evidente entonces que existieron no sólo el dolo o la culpa civil sino el dolo o la culpa penal, de naturaleza más grave" (9).

De esta manera quedó reformado el sistema procesal en lo que se refería a la acción civil resarcitoria, incorporándose a partir del año de 1937 la teoría positiva, armonizándose para ello, según ya se explicó, el Código Penal de 1941 (artículos 122 y siguientes), así como el Código Penal de 1970 (artículos 103 y siguientes), dando paso el primero de julio de 1975, al entrar en vigencia el actual Código de Procedimientos Penales (Ley No. 5397 de 19 de octubre de 1973) nuevamente a la teoría Clásica, exigiendo al ofendido el ejercicio de la acción civil resarcitoria conjuntamente con la acción penal (artículos 9 a 12, en relación con el 56 y siguientes) si es que desea que la reparación le sea acordada por el mismo Tribunal Penal, ya que en caso contrario, éste de oficio no puede hacerlo. De esta manera se tutela el interés privado sólo a petición del propio ofendido, aunque excepcionalmente pueda el Ministerio Público ejercerla en su nombre, con base en lo dispuesto por el artículo 10 del Código de Procedimientos Penales vigente, cuyo inciso primero es, sin embargo, incongruente con lo postulado por la teoría Clásica, pues obliga al Ministerio Público a ejercer la acción civil cuando el titular de la acción, sin constituirse en actor civil, le delegue su ejercicio, con lo cual abre un amplio portillo para que cualquier persona que pretendiese obtener la reparación del daño pudiese recargar tal actividad en dicho instituto.

Finalmente debemos decir que pese a los defectos que pueda presentar el actual sistema, algunos de ellos producto de omisión legislativa al respecto, y otros por la redacción confusa de las normas vigentes, lo cierto es que la concepción de la acción civil en el proceso penal como la tenemos hoy día significa un paso adelante que debemos perfeccionar y no destruir, procurando armonizar la doctrina con la práctica, para que en última instancia se logre la seguridad jurídica que pretendemos.

(7) PICADO GUERRERO, A. Ob. cit., supra nota 4; p. 17.

(8) PICADO GUERRERO, A. Ob. cit., supra nota 5, ps. 11 y 12.

(9) PICADO GUERRERO, A. Ob. cit., supra nota 5, p. 11.

ASPECTOS CIVILES DE LA ACCION RESARCITORIA

Lic. Mario Ramírez Segura.

SECCION I. FASE TEORICA.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

La acción civil en sede penal pretende complementar en una sola sentencia la sanción al autor del delito y resarcir simultáneamente el daño provocado.

Es entonces un proceso para liquidar las consecuencias patrimoniales del acto criminal.

Involucra en síntesis el problema de la responsabilidad civil, por la que entendemos, en su sentido más lato, la obligación a cargo del causante de un acto ilícito de reparar sus consecuencias mediante la cancelación de los daños y perjuicios.

¿Cuál es la fuente de esa responsabilidad?

La fórmula tradicional dice que se deriva de la culpa contractual o de la extracontractual.

La primera surge del contrato incumplido maliciosamente. La segunda de cualquier hecho doloso, culposo, de impericia o negligencia. Ello ha llevado a ciertos tratadistas a definir la culpa extracontractual de manera negativa, es decir como aquella que no es contractual. Efectivamente, en la segunda se agrupan todos los hechos delictivos o culposos no convencionales que generen responsabilidad.

Hoy carece de importancia esta distinción ya que el objetivo en ambos supuestos es el mismo: la reparación del daño causado. Incluso se ha dicho que tratándose de responsabilidad contractual por servicios profesionales, la culpa se produce con el incumplimiento de un pacto cuyo substrato lo constituye la esencia misma de la culpa extracontractual. Así, si un cirujano conviene con su paciente en extirparle el apéndice por una suma determinada, haciendo luego un trabajo imperfecto, la culpa que surge es contractual pero la consubstancialidad de lo que se reclama al galeno es el haber sido negligente, imprudente o imperito, elementos que caracterizan la responsabilidad aquiliana. Lo anterior sin profundizar en otros problemas distintos cual ocurriría si al operar el apéndice se encuentra distinto órgano afectado y lo remueve causando la muerte del paciente. ¿Culpa contractual o extracontractual?

EL ACTO ILICITO.

Lo expuesto ha llevado a estudiar la responsabilidad civil no desde el ángulo un poco confuso de lo contractual y extraconvencional, sino de la idea más simple del acto ilícito, entendido como aquel que lesiona al derecho objetivo.

Este concepto cubre todos los aspectos del resarcimiento, pues resultan actos ilícitos no sólo los delitos y hechos culposos penales y civiles, sino el contrato incumplido o el enriquecimiento incausado.

El acto ilícito puede, en general, desarrollar una fase punitiva (ilícito penal) y una privada (ilícito civil) cuyas consecuencias serán en el primer caso la sanción penal y en el segundo la reparación del daño producido.

En ambas situaciones existe un elemento común que es la culpa del agente. Debe ser culpable para imponerle la pena; y debe ser culpable para exigirle la reparación civil.

¿Hay elementos que diferencien al ilícito penal del civil?

"Lo que los distingue y separa —dice Alfredo Orgaz— está dado por un tercer elemento particular a cada uno: lo ilícito penal requiere además, la tipicidad; lo ilícito civil, el daño privado".

La tipicidad resulta innecesaria para atender el reparo civil, lo cual no impide que demostrada la imputación al culpable surja su obligación de reparar; pero ello también es procedente cuando se produzca un acto ilícito cualquiera, sin requerirse que sea típicamente penal. Por tal razón lo desestimado como delito en vía punitiva puede ser revisado en lo civil para ver si genera sus propios efectos.

Se dice entonces que puede haber delito penal que no sea ilícito civil por no existir daño privado; o bien puede haber ilícito civil que no lo sea penalmente por falta de tipicidad. Ejemplo de lo primero sería el disparo de arma de fuego, sancionado por la legislación represiva pero sin secuelas privadas por no causar daño. Del segundo resultaría la pretendida estafa que la autoridad penal rechazara

por considerarla una relación civil, remitiendo al interesado a la vía ordinaria para lograr sus pretensiones indemnizatorias.

E L D A Ñ O

Es el elemento básico del resarcimiento. Se entiende que por sí solo es irreparable, siendo necesaria la existencia de un acto ilícito previo imputable al agente, según lo ya expuesto. De tal manera que si el acto dañoso existe pero no es ilícito por mediar una legítima defensa, un caso fortuito o un cumplimiento imposible, entonces aunque haya menoscabo éste no es indemnizable.

Entendido este antecedente imprescindible, nos cuestionamos: ¿Qué es el daño?

Podemos considerarlo como todo detrimento que un sujeto causa ilícitamente a otro en su persona o en su patrimonio material o moral.

¿Cuáles son los presupuestos para que el daño sea resarcible? Relación causal. Daño cierto. Daño Personal.

A) RELACION CAUSAL.

Es el vínculo entre el acto ilícito y el sujeto que lo provocó. Resulta un concepto que se presta a confusiones, por lo que trataremos de identificarlo con un ejemplo.

En un homicidio el nexo surge entre la persona que dispara el arma y el occiso.

Lo importante es recordar que el vínculo causal no involucra el concepto de la culpabilidad. El nexo es una relación objetiva entre el acto y quien lo ejecuta. Así, en el ejemplo, diríamos que A utilizando un revólver Colt calibre 38 disparó sobre B causándole la muerte. Es un simple hecho que no prejuzga sobre si A es o no culpable. Ello nos indica que para indemnizar, el solo nexo causal resulta insuficiente siendo necesario determinar si el actor es o no culpable. El elemento culpa es subjetivo y debe ser apreciado por el Juez en sentencia.

Concluiremos, como en una axioma, que si coinciden la relación causal y la culpa del agente, la reparación resulta innegable, situación que es la usual, pero puede ocurrir que excepcionalmente se separen ambos conceptos.

El modelo que da Orgaz es el de un marido que desea matar a su esposa administrándole un veneno de acción lenta, pero antes de que haga efecto resulta atropellada por un vehículo perdiendo la vida. Se concluye en que hay culpa de quien dio el veneno, pero no media vínculo causal entre el hecho ilícito y la muerte, por lo cual no cabe resarcimiento.

La culpa, sin buscar definirla, es toda actitud ilícita consecuencia de actos dolosos o culposos del agente provocador del daño.

a-1) Nexo causal indirecto.

Ocurre a veces que la obligación resarcitoria recae en un tercero que no participó en los hechos. ¿Por qué se le obliga a pagar? ¿Qué ocurrió con el vínculo causal?

Se trata de los padres, maestros o personas que erraron en su vigilancia personal o bien en una deficiente escogencia y cuidado de los encargados de llevar a cabo una obra o trabajo, debiendo entonces responder solidariamente por los daños que éstos ocasionen. Igualmente deben indemnizar por los causados con las cosas que les pertenezcan.

Ciertamente, en sentido estricto y real, no hay nexo sino más bien una disposición legal que califica desde ese ángulo su responsabilidad. La doctrina estima que en estos supuestos se produce una ficción legal y el vínculo se desplaza, por así decirlo, al tercero señalado.

a-2) El daño indirecto.

En similar línea argumentativa se entiende por tal el menoscabo que sufre, no la víctima —damnificado directo—, sino alguno de sus parientes —damnificados indirectos—, lo cual tiene mucha importancia para calificar la titularidad del reclamante. El damnificado indirecto sólo puede exigir en ausencia del directamente perjudicado.

B) DAÑO CIERTO.

Es el segundo presupuesto del resarcimiento. Implica que efectivamente se haya causado un detrimento patrimonial o moral a la víctima.

Cabe aquí insistir que aunque haya una figura penal tipificada y sancionada, si no existe un daño verdadero la indemnización es improcedente, cual dijimos en el ejemplo del disparo de arma.

¿Cuáles son los daños resarcibles?

b-1) Daño inmediato y mediato.

Supongamos que una persona colisiona su vehículo con el de otra en la autopista Bernardo Soto ocasionando daños materiales. Es claro que el menoscabo cierto sería el enderezado y pintura del vehículo. Sin embargo el perjudicado alega que iba al aeropuerto; que como consecuencia del accidente perdió su avión y al no llegar a tiempo a los Estados Unidos se le canceló un contrato, solicitando se indemnice el resultado de ese negocio perdido.

Se dice al respecto que el detrimento indemnizable es el inmediato, no el mediato. Sin embargo el punto puede ser muy complicado en la práctica si existe una línea divisoria difícil de fijar. Los tratadistas Mazeaud ponen al respecto un ejemplo ocurrido en Francia cuando al llevarse al hipódromo un caballo favorito, se colisionó el vehículo que lo transportaba, no llegando a tiempo a la carrera. ¿Habría ganado o no? No es posible decirlo. Nadie podría afirmar que ganaría pero tampoco que no lo haría. La decisión francesa fue indemnizar prudencialmente los daños producidos, fundamentándose en las posibilidades de triunfo, solución que es, cuando menos, discutible.

b-2) Daño Futuro.

Distintos son los daños futuros que, en principio y en tanto se demuestre una relación de causa a efecto, resultan resarcibles. Así, el lesionado en

una pierna puede reclamar, aún después de sentencia definitiva, los daños posteriores derivados, cual ocurrió al demostrarse que la víctima ya indemnizada en las consecuencias patrimoniales primeras desarrolló varios años después una osteomielitis como secuela del accidente.

C) DAÑO PERSONAL.

Es decir, que corresponda a quien lo reclama. Ninguna otra persona tiene titularidad para hacerlo en su nombre, lo que ciertamente no le impide ceder sus derechos en tanto se trate de aspectos puramente económicos. No hacemos aquí oposición a la tesis expuesta por el Dr. Enrique Castillo Barrantes quien considera que el articulado de nuestro Código Procesal Penal limita la acción resarcitoria expresamente a la víctima o sus causahabientes, resultando incedible e insubrogable, salvo en vía ordinaria. Lo que aquí exponemos es que, desde el punto de vista exclusivamente civil, no hay duda que como derecho patrimonial es transferible. Cabe eso sí adelantar que en tratándose de daño moral, éste no es personal sino personalísimo en virtud de los derechos que tutela, y por ello se le considera intrasmisible.

Sinteticemos la obligación de reparar el daño, recordando a Castán, quien expone:

"Para que haya obligación de responder de un daño es preciso que éste sea atribuible al agente, bien porque tuviera intención de causarlo o bien porque, pudiendo y debiendo preverlo, no lo previó por negligencia inexcusable".

Recordemos en todo caso que lo expuesto es en cuanto, como en nuestro sistema y salvo excepciones, se requiere la culpa del agente. Queda la llamada Teoría del Riesgo o responsabilidad sin culpa, en virtud de la cual la ley dispone la indemnización aun en el supuesto de que no exista culpabilidad del agente, circunstancia que se motiva usualmente en el ambiente de peligro en que se desenvuelven ciertas actividades en las que se provoca el daño, como ocurre en fábricas, líneas de transporte aéreo, marítimo o terrestre, etc.

EL DAÑO MATERIAL

Es el detrimento que afecta el patrimonio económico de una persona, tal como la pérdida del vehículo, gastos de curación, etc. Es un término que no presenta mayores complejidades por lo que nos disculpamos de no ahondarlo para sí hacerlo en cuanto al daño extrapatrimonial.

EL DAÑO MORAL

Resumiento al máximo podemos encontrar dos tendencias que pretenden explicar su procedencia:

a) Escuela del Derecho Lesionado. Se estima que hay derechos no patrimoniales tales como la Honestidad, la Honra, la Vida Humana, la Salud, etc. Cualesquier ataque a un derecho de esta índole, aunque tenga secuelas patrimoniales, se reputa daño moral en virtud del principio de que lo principal atrae a lo accesorio. Consecuentemente si una persona resulta lesionada en un accidente, como ello atenta contra su vida o salud, debe calificarse de daño moral aunque aparezca pagos de gastos de curación, sueldos impercibidos, etc.

Empero esta escuela considera que el daño moral propiamente dicho presenta dos facetas:

a-1) Daño moral puro, o aquel que afecta únicamente lo anímico de la víctima.

a-2) Daño moral con repercusión sobre el patrimonio o consecuencias materiales del acto lesivo. (Curación, sueldos, etc.).

Reiteramos que aun en este segundo supuesto se le califica daño moral por tener tal categoría el derecho afectado, que impone su mayor jerarquía valorativa.

b) Escuela de la consecuencia del acto ilícito.

Si ese hecho afecta el patrimonio el daño es material.

Si se limita a lo subjetivo-anímico es moral.

Entonces el daño moral es uno solo y equivale a lo que la anterior escuela considera daño moral puro.

Cualesquier repercusión sobre los bienes patrimoniales debe indemnizarse como perjuicio material.

Lo que debemos estimar como importante es que ambos vejámenes son indemnizables. Además la jurisprudencia nacional se ha inclinado en últimas fechas por resarcir el daño moral siempre que se produzca y no limitado a los delitos contra la honra, la dignidad y la honestidad o cuando dejen cicatrices deformantes.

Resarcimiento del daño moral

Aunque hoy día casi nadie objeta la procedencia y fundamento ético jurídico de su cancelación, se le hicieron en su momento muchas críticas, las que podemos sintetizar en las siguientes:

- Los tribunales serán arbitrarios en su concesión.
- La honra, vida y honor no pueden ser tasados.
- Aun aceptando que existe un daño extrapatrimonial, resulta inético pagarlo con dinero pues ello es poner precio al honor, la vida o la salud.

A lo primero se ha dicho que el juez será especialmente prudente al resarcir. Su labor será difícil pero ciertamente no imposible.

Respecto a que la vida, salud u honor son indemnizables o imposibles de tasar, se refuta argumentando que también la pérdida de un brazo o pierna resultan irreparables y sin embargo nadie objeta su indemnización.

También se dice que al resarcir el daño moral no se pone precio al honor, como tampoco se hace cuando se retribuye por el miembro mutilado. La indemnización no es el valor de tales atributos. Si lo espiritual refleja lo mejor del hombre ¿por qué ver tal agravio como irresarcible?

El profesor Henocho Aguiar considera que el escándalo que se crea no es por pagar el daño moral sino por la impunidad cuando se produce y no se remunera.

Infortunadamente el dinero es el único medio de atenuar la lesión psíquica, pero también lo es para reparar las consecuencias del daño material personal.

El quantum indemnizable.

Se estima por algunos que debe designarse un perito para determinar su monto, pero la doctrina y la jurisprudencia actual consideran que el juez debe hacer esa fijación directamente, en forma prudente, por ser 'peritum peritorum' de estos extremos, para lo cual tomará en consideración el cuadro de factores que rodean el caso. La prueba de la parte o la que el juez disponga, se orientará más bien a determinar ese cuadro fáctico y no pretender un informe cuantitativo del sufrimiento del reclamante. Así, si se tratare de injurias, cabrá hacer probanza sobre el oficio o profesión del ofensor y ofendido; lugar donde se produjo el agravio; medio utilizado para su difusión, etc. No hay duda que el criterio de la jurisprudencia en casos similares será un factor de guía para una adecuación de lo que se conceda.

La prueba no necesita orientarse a determinar si la persona apareció o no abatida y llorosa. Igualmente impropio sería nombrar un psiquiatra, pues éste no se encuentra en condiciones de tasar el renglón de sufrimiento —el precio de las lágrimas de que hablan los franceses—. Ese especialista podrá establecer que se ha producido un cuadro de trastorno de la personalidad como resultado del acto ilícito y ello puede orientar al juez, pero no

puede decir el tantum resarcible pues ello sale de su pericia. En una violación, su informe podrá demostrar la existencia de una neurosis que requiera tratamiento y, desde este ángulo, ya no estamos ante daño moral sino material pues exige pago de consultas, supervisión técnica, internamiento en una clínica especializada, etc.

Insistimos entonces que el tanto indemnizable sólo cabe fijarlo al juez que por su inmediatez al proceso resulta el más calificado para ello.

Los presupuestos de la indemnización moral.

Son los ya expuestos: relación causal, daño cierto y personal. Aquí lo determinante es que el daño moral es, como expusimos, personalísimo y por ende intransmisible.

* * *

Corolario y advertencia.

Hoy día se indemniza el daño moral incluso en los contratos incumplidos, poniéndose como ejemplo el de transporte de un hijo que deseando llegar al entierro de su padre no lo logra ante falla culposa del transportista, evento en el cual el reclamo parece sensato.

Sin embargo es conveniente resaltar que hay campos en los cuales el daño moral es prioritario y evidente como ocurre en las injurias o la violación, donde el agravio anímico surge con el acto ilícito sin necesitar de ninguna otra probanza. En estos supuestos la indemnización debe ser congruente con la gravedad de la afrenta sufrida.

Pero cuando se trata de figuras que no tienen esa carga emotiva es evidente que el daño moral debe ser mirado con reservas a fin de evitar reclamos puramente artificiosos. De resultar procedente una petición de esta índole en situaciones menos definidas que las expuestas, es conveniente que el resarcimiento que conceda el juez sea parco, cuando no simbólico, a fin de no crear una falsa fuente indemnizatoria.

SECCION II. ASPECTOS PRACTICOS

Preámbulo. Las críticas que más se oyen, fundadas o no, consisten en el desconocimiento por parte del juez penal de los elementos civiles necesarios para resolver los aspectos resarcitorios; o bien su repulsa a aplicar una ciencia ajena a su disciplina.

Crítica al juez.

En mi criterio la condición del juzgador se ha complicado pues debe dominar un sistema punitivopretación. Sobre tal cometido se le impone la carga civil que, para algunos, no le corresponde. Sin embargo en tanto así lo disponga nuestra legislación resulta indispensable profundizar los elementos de la responsabilidad civil, los que en principio son

bastante sencillos aunque tal simplicidad surge quizás de la experiencia y no necesariamente de la codificación.

Si el juez no hace un esfuerzo por identificarse con esas orientaciones, si opone resistencia a resolver los aspectos privados remitiendo a la vía civil por condena abstracta; si no armoniza las disposiciones de la prueba para rematar con una sentencia bien elaborada, cualquier intento que se patrocine para ampliar conceptos resultará nugatorio.

Crítica al abogado litigante.

Resulta que en las diligencias de ejecución de sentencia es muy frecuente que el letrado presente con imperfección su demanda, por abulia o por carecer de una noción clara de cómo se liquidan las

partidas. Confunde el daño moral con el material. Reclama menoscabos definitivamente mediatos. Desconoce las pruebas oportunas para demostrar sus pretensiones. No es extraño también que en lugar de reclamar concretamente el daño moral, solicite imprecisamente que se le indemnice "el valor de una cicatriz". Liquidada las partidas, mas no se preocupa en probarlas.

Si el abogado no es responsable en su apostolado deberá sufrir dilatorias y posibles fallos igualmente imperfectos.

Debe hacerse conciencia sobre estos aspectos entre jueces y litigantes para mutuo beneficio y plena satisfacción de las partes involucradas en el proceso.

Esquema de la demanda resarcitoria.

Sin entrar en el formalismo innecesario de una acción ordinaria, el actor debe cumplir con un enlistado de hechos que fundamenten su reclamo, según lo requiere bajo inadmisibilidad el numeral 57 del Código de Procedimientos Penales.

Ahora, para efectos meramente expositivos vamos a suponer el siguiente caso:

Un automóvil circula por la autopista a Puntarenas en horas de la noche colisionando con un camión mal estacionado, de lo que resulta con lesiones graves el conductor.

Al intentar la acción resarcitoria debe hacer una relación somera de los hechos, los que convendría planteara debidamente separados para su mejor estudio, defensa y fallo.

Recuérdese que el actor civil está facultado para acreditar en juicio el acto delictuoso, lo que se logra con la demostración de los hechos acaecidos. Artículo 67 *ibidem*.

Procederá a la enunciación de las partidas que comprenden sus pretensiones. El artículo recién mencionado también hace referencia a este punto al exponer que el actor civil está obligado a probar la existencia y extensión del menoscabo. (Daño cierto).

Como hay cierta jerarquía y lógica en las cuotas involucradas en un reclamo de este tipo, y aunque algunos tratadistas estiman que no hay diferencia entre daños y perjuicios, la verdad es que los primeros se refieren al detrimento sufrido en la persona (daño corporal) o en los bienes (daño material, *sensu strictu*), en tanto los segundos se relacionan con un problema de ganancias no percibidas o lucro cesante, lo que resulta conveniente separar en una demanda bien concebida.

El esquema puede ser el siguiente:

a) **Daño moral.** Lesión que reclama la víctima —o el damnificado indirecto si la primera falleció—, como reparación por el sufrimiento o dolor, según lo comentado. Se tasaré el tanto pretendido.

b) **Daño corporal.** Se detallarán aquí los gastos médicos necesarios para reparar la salud, tales como hospital, costo de medicinas, etc. Se pueden aglutinar en una sola suma de reclamo.

c) **Daño material.** Costo de reparación del vehículo, refacciones, mano de obra, etc.

Recuérdese que conforme al estado actual del Código de Procedimientos Penales la pretensión monetaria no es necesario precisarla al accionar, pero el Dr. Castillo opina que siempre existe un momento para ello el que, por aplicación del principio de defensa deberá hacerse, en los asuntos de tribunal colegiado e incluso en los de citación directa, al contestar la citación a juicio. Respecto a los de acción privada debe ser con el planteamiento de la acusación, aunque se haga en escrito separado. Artículos 349 y 412 de Procesal Penal.

Perjuicios.

d) Incapacidad temporal.

Comprende el plazo en que la víctima resulta imposibilitada de trabajar no percibiendo salarios o recibéndolos disminuidos. Usualmente es el término de internamiento en una clínica u hospital, finalizando en el instante que se le da de alta. No debe confundirse con alguna secuela que afecte la capacidad general del perjudicado, a lo que nos referiremos de inmediato.

e) Incapacidad parcial permanente.

Si como corolario del accidente se ha sufrido, por ejemplo, una fractura expuesta en la pierna que produce un andar claudicante, ello aparea una incapacidad que puede aquejar de por vida a la víctima. Desde luego que la incapacidad puede también ser total como en el evento de una fractura de cráneo que deje al ofendido en un estado vegetativo.

PRUEBA.

Al reclamante corresponde la carga demostrativa de sus partidas y al demandado, si las niega o limita, probar su defensa.

En el orden de ideas expuesto, analicemos las probanzas idóneas, según mi personal criterio.

a) **Del daño moral.** Como expusimos, incumba al juez determinar el quantum. Otras justificaciones serían para crear el cuadro de sucesos que lo enmarca. Un perito médico podría indicar si hay consecuencias psicológicas, lo cual será daño material en cuanto a su curación. Sin embargo su criterio puede orientar al juez en el bastanteo de la profundidad del daño. Lo que no atañe al médico o al abogado es peritar sobre el monto indemnizable.

b) **Del daño corporal.** Facturas médicas, drogas, cuenta del hospital, alimentación especial, arriendo de aparatos o necesidad de prótesis, etc.

c) Del daño material.

Certificaciones de propiedad y registro que indiquen modelo, valor de compra, inspección ocular con fotografías que detallen cuidadosamente los daños sufridos. Facturas pagadas o proforma por refacciones, mano de obra, enderezado, pintura, etc. El juez o tribunal puede para mejor resolver, si

duda de la bondad de los documentos, designar un perito para que informe sobre los reclamos pretendidos. Es conveniente que la factura especifique el tiempo que estuvo el automotor en el taller para alguna exigencia derivada de ese extremo.

d) De la incapacidad temporal.

Dictamen médico que señale el tiempo de internamiento y fecha en que fue dado de alta. Como hay aquí un problema de jornales impercibidos, certificación del lugar de trabajo y sueldo devengado normalmente. En su defecto documento de la Caja de Seguro Social u Oficina Técnica Mecanizada.

e) De la incapacidad parcial permanente.

El trámite que la experiencia en los tribunales recomienda es el siguiente: un peritaje médico especializado —ortopedista, neurocirujano—, que determine con vista de la gravedad de la lesión, el porcentaje de incapacidad que afecta a la persona y la forma en que se perjudica la capacidad general. Si la lesionada fuera una pierna, el médico podría establecer un 20 por ciento de pérdida de la agilidad de ese miembro, que representaría, digamos, un 5 por ciento de disminución de la capacidad general.

Con ese antecedente y certificaciones que cubran aspectos tales como edad del reclamante, o bien relación familiar en caso de damnificados indirectos, salarios percibidos, profesión u oficio desempeñados, procederá un perito actuario matemático a hacer una proyección que dará el tanto indemnizable acorde al grado de incapacidad.

Evidentemente que en estos casos se trata de cálculos objetivos sobre eventualidades, no realidades, porque sería factible que la persona, como resultado de su fortaleza espiritual pudiera ganar más en el futuro, pero también podría ser menos. Como el cálculo cubre contingencias, puede la víctima ser indemnizada hoy y fallecer mañana. Esta ficción legal se justifica porque no sería posible esperar hasta que el agraviado fenezca para considerar sus entradas reales.

SENTENCIA.

Evacuada la prueba y en la etapa procesal respectiva, una vez establecido y sancionado en sentencia el ilícito penal, se aprobarán, en mismo acto, las partidas en reclamo.

El fallo debe hacer una relación de hechos probados que armónicamente resuelva, primero, sobre la fase punitiva y luego, en segundo consideras civiles. En uno y otro supuesto cada hecho debe tener su correspondiente elemento probatorio y no involucrarlos en uno solo pues ello contraría la lógica procesal dificultando el planteamiento de un recurso de Casación.

Luego, conforme a la prueba pertinente, concluirá en conceder el daño moral en el tanto prudente que lo estime, y en renglones aparte califica-

rará el corporal, el material y los perjuicios liquidados. Lógicamente como lo aquí expuesto es un esquema sencillo, puede haber partidas a localizar en el área que se estime oportuna, cual ocurriría con la depreciación del vehículo; la necesidad de utilizar otro durante la reparación, o bien la pérdida de algún año de estudio como consecuencia del accidente, etc.

En la parte dispositiva, una vez imputada la figura culposa con imposición de la pena al responsable, se declarará la procedencia de la acción resarcitoria indicando someramente el tanto concedido a cada partida concreta.

Resolverá sobre costas personales y procesales.

En principio la fórmula es simple no existiendo motivo para estimar que la aplicación de la fase civil contenga complejidades específicas, salvo lo casuístico que debe resolverse acorde a las circunstancias, pero que no se aleja mucho del plan esbozado.

En síntesis, una demanda bien planteada; una defensa sensata; una prueba correctamente ordenada y concreta sobre los puntos en debate y un juez que actúe conforme a sus poderes, producirán necesariamente el silogismo de una sentencia que resuelva, con economía de tiempo, procedimiento y esfuerzo, los fenómenos conjuntos de la responsabilidad penal y civil.

Prueba para mejor resolver.

No quiero terminar esta exposición sin hacer referencia a este importantísimo aspecto que algunos mal interpretan.

Si las partes han sido omisas en la demostración de los hechos o el Juzgado estima que debe hacerse luz específica sobre determinada partida, tiene en la prueba para mejor resolver un elemento de máxima trascendencia.

Si la sagrada misión del juez es hacer justicia, sólo logrará un fallo ajustado al derecho y la equidad cuando no desampare al reclamante o al demandado que hayan tenido una mala asistencia profesional. Si bien el artículo 719 del Código Civil expone que todo el que intenta una acción o excepción debe probarlas, ello refleja el exclusivo interés de las partes. Pero el artículo 387 del Código Procesal Penal concede al juez la probanza para mejor resolución que coloca en sus manos el proceso, pudiendo recibir las que estime oportuna y conveniente. El procedimiento penal contiene incluso otras normas especiales sobre prueba, que dan mayor amplitud al tribunal para acoger la sujeción. Artículo 353 *ibídem*.

Convertido el juzgado en parte con interés en sentencia, se aleja de este modo de la concepción obsoleta de mero espectador. Posee en esta etapa un poder extraordinario que debe usar con la amplitud que merece y desde luego no como un medio dilatorio para justificar atrasos en su fallo, motivo por el que la Ley Orgánica del Poder Judicial establece en el transitorio al artículo 216, inci-

so g, que el plazo para sentencia se suspende durante la recepción de la probanza pero corre de inmediato una vez evacuada.

Quienes se apoyan en el principio de la carga de la prueba, estiman que si la parte la abandona la demanda debe desecharse, pero ello apareja una posición pasiva del juez totalmente ajena a su función moderna.

No olvidemos que las partes en litigio están en un verdadero combate judicial y de ahí que la intención de su prueba resulte parcializada. El juez no debe ofuscarse ante argumentos matizados pues como encargado de dictar fallo, razonable es que tenga todos los elementos de convicción necesarios para que éste sea equitativo.

No es el proceso una partida de ajedrez en que la mayor habilidad o astucia se imponen, sino un status jurídico en el que el juzgador debe demostrar no sólo sus conocimientos legales, sino su

esencia humana. De ahí que el juez está moralmente obligado a determinar la existencia del daño aunque la parte interesada no logre hacer prueba directa.

Si no se obtiene la prueba ordenada para mejor resolver por falta de medios económicos o alguna otra circunstancia, procede solucionar el asunto conforme a la prudencia. Empero resulta claro que si el punto en discusión requiere realmente conocimientos técnicos profundos, quizás el juez debe abstenerse a fin de no pecar, precisamente, de imprudente.

Según expresa Botein: "*El dominio de los hechos es más importante para el juez que el de la ley*", aforismo que, bien entendido, enfatiza precisamente la prevalencia del buen discernimiento del juzgador en la apreciación del conjunto de los hechos a fin de lograr una sentencia que sea más justa que legal.

BIBLIOGRAFIA BASICA UTILIZADA

AGUILAR C., Henoch. *Hechos y Actos Jurídicos, en la Doctrina y en la Ley*. Tomo IV. Edición 1951.

CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español. Común y Foral*. Tomo IV. Instituto Editorial Reus. 1961.

CASTILLO BARRANTES, J. Enrique. *Ensayo sobre la nueva legislación procesal penal*. Talleres Gráficos Trejos Hnos. Suc. Costa Rica, 1975.

MAZEAUD, León, Henry y Juan. *Lecciones de*

Derecho Civil. Tomo II. Parte II. Ediciones Europa América. Argentina, 1962.

MAZEAUD, (Henry, León Tunc André). *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*. Tomo I. Volumen I. Tomo II. Volumen II. Ediciones Jurídicas Europa América. Argentina, 1961.

ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible*. Acto ilícito. Editorial Bibliográfica Argentina. 1952.

SENTENCIAS SOBRE LA MATERIA.

Casación No. 25 de 15 horas del 26 de marzo de 1969.
Casación No. 145 de 10 horas del 26 de noviembre de 1975.



EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO (O LA IGUALDAD DE LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL)

*Lic. Diego Baudrit Carrillo, profesor de la
Facultad de Derecho. Universidad de
Costa Rica.*

SUMARIO:

I. LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO Y SU ALCANCE ADMITIDO	48
A. La noción del contradictorio	48
a) La doctrina	48
b) Los textos	48
B. El alcance del contradictorio	49
a) Aplicación del principio a las partes	49
b) El juez, autoridad del contradictorio	49
II. ¿DEBE EL JUEZ OBSERVAR, EL MISMO, EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO? . . .	50
A. Presentación del problema	50
a) La situación en Francia	50
b) La situación en Costa Rica	50
B. Las soluciones propuestas al problema	50
a) La sujeción del juez al contradictorio	50
b) La independencia del juez en la aplicación del derecho	51

El proceso civil está regido por diversos principios. Algunos son de aplicación general —el de igualdad, el de disposición, el de economía, el de probidad, el de publicidad, el de preclusión—, otros de alcance más o menos restringido —el de concentración, el de intermediación, el de oralidad— (1). De todos ellos es fundamental el de la igualdad de las partes, el principio de la instancia contradictoria (2), recogido en el precepto "*audiatur altera pars*" (3).

Ese principio, reconocido en todas partes y siempre presente en los códigos procesales (4), recibe diferentes denominaciones: principio de igualdad (5), de bilateralidad (6), o principio del contradictorio (7). En este trabajo emplearemos preferentemente esta última expresión, que no es extraña a autores de nuestra lengua (8).

Si bien el principio es admitido en general, su alcance o extensión se discute. Presentaremos en una primera parte su noción y su alcance aceptados, para referirnos en una segunda parte a la controversia sobre su extensión.

I. LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO Y SU ALCANCE ADMITIDO.

Puede decirse que la noción del contradictorio es simple e indiscutida. También es admitido un cierto alcance suyo en forma absoluta y general.

A. La noción del contradictorio.

A un amplio desarrollo doctrinal del principio se agrega un cierto número de textos legales que lo consagran. Una síntesis del primero nos permitirá indicar el fundamento normativo en que se apoya.

a) La doctrina.

El principio del contradictorio exige que en el proceso civil cada una de las pretensiones de las partes y sus fundamentos de hecho y de derecho, sean puestas en conocimiento de las otras, para que ellas se encuentren en posibilidad de formular su oposición o dar su consentimiento (9).

Es tanto una garantía para las partes como para el juez, quien en ausencia del contradictorio podría verse sorprendido por una exposición unilateral de un aspecto de la instancia (10). Una verdadera contradicción implica, aparte de la posibilidad de expresarse las partes, que ellas lo hagan fundamentalmente, no en el vacío, y sobre todo que el juez pese efectivamente sus argumentaciones antes de formar su decisión (11).

Así entendido, el contradictorio representa para el litigante una de sus principales seguridades. Algunos autores consideran que el respeto a los derechos de la defensa —o sea la defensa de los intereses de cada una de las partes (12)— se deriva del contradictorio (13), para otros el principio es el de los derechos de la defensa, del que la facultad de contradicción no es sino una aplicación (14).

Cualquiera que sea la posición que se adopte, este principio se encuentra presente en el proceso de tal manera que sería imposible pensar en la legitimidad de una sentencia que no hubiera estado precedida de una instancia contradictoria, o por lo menos de su posibilidad. Así lo revela el análisis de los textos legales.

b) Los textos.

El principio del contradictorio aparece como una aplicación de la igualdad de los hombres ante la ley, que proclaman las diferentes constituciones (15). En los códigos procesales, el contradictorio

- (1) COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3a. ed., Depalma. Buenos Aires, 1973. Nos. 115 a 122, pp. 181 a 200.
- (2) CALAMANDREI, Piero, cit., por FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Les garanties constitutionnelles des parties dans le proces civil en Amerique Latine*, artículo de *Les garanties fondamentales des parties dans le proces civil*, obra colectiva bajo la dirección de CAPPELLETTI, Mauro y TALLON, Denis. Milan. Giuffrè, 1973, p. 68. COUTURE, op. cit., No. 116, p. 183.
- (3) COUTURE, ídem.
- (4) VESCOVI, Enrique y VAZ-FERREIRA, Eduardo, "*Les garanties fondamentales des parties dans la procedure civile en Amerique Latine*", in CAPPELLETTI y TALLON, op. cit., p. 114.
- (5) Por ejemplo en COUTURE, op. cit., p. 183, y FIX-ZAMUDIO, art. cit. p. 83.
- (6) VESCOVI y VAZ-FERREIRA, art. cit., p. 113.
- (7) CALAMANDREI, FIX-ZAMUDIO, VESCOVI y VAZ-FERRERIA, arts. cit.
- (8) COUTURE, op. cit., p. 253. FIX-ZAMUDIO; VESCOVI y VAZ-FERREIRA, arts. cit.
- (9) TUNC André, *Procedure civile et voies d'exécution*, Les cours de droit. París, 1961-1962, p. 237. COUTURE, op. cit., No. 116, p. 183.
- (10) TUNC, ídem.
- (11) WIEDERKEHR, Georges, "*Droits de la defense et procedure civile*". Recueil Dalloz 1977. Crónica, p. 36.
- (12) MOTULSKY, Henry, "*Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la defense en procedure civile*", in *Ecrits. Etudes et notes de procedure civile*, Dalloz. París. 1973 p. 68.
- (13) Por ejemplo VINCENT, Jean, *Procedure civile*, 18a. ed. Précis Dalloz. París. 1976, No. 390, p. 500 MOREL, René.
- (14) MOTULSKY, loc. cit. WIEDERKEHR, crón. cit.
- (15) FIX-ZAMUDIO, art. cit., p. 68.

está más o menos regulado en forma expresa (16). Nos interesa la legislación costarricense al respecto, para referirnos a manera de comparación, a los textos legales franceses, por integrar un sistema procesal distinto al nuestro.

En Costa Rica, con fundamento en el precepto de la igualdad de todo hombre ante la ley, que establece el artículo 33 de la Constitución Política, el Código de Procedimientos Civiles regula en varias disposiciones situaciones que se refieren al contradictorio (17). Los artículos 77 a 80 ordenan la presentación de copias de todo escrito y documento que se entregue a los tribunales para serles comunicados a las partes contrarias; el artículo 84 consagra especialmente el principio al mandar que la sentencia debe resolver todos y cada uno de los puntos que hayan sido objeto de debate —entendiéndose éste necesariamente como contradictorio—; el artículo 209 regula el traslado de la demanda a las partes interesadas, para que sea contestado en los términos establecidos en los artículos 210 y siguientes y en la forma señalada por el artículo 222; el artículo 226 prevé el traslado de la reconvencción o de los hechos alegados por el demandado y no mencionados por el actor; el artículo 240 dispone el traslado del escrito de ampliación de hechos nuevos; y, en fin, el artículo 243 ordena la previa notificación a las partes de toda diligencia de prueba, de donde se deriva la facultad de las partes de asistir a esas diligencias —como lo dispone el propio cuerpo de leyes para cada prueba en particular: artículo 260 para la confesión, artículo 298 para la comunicación de la prueba pericial, artículo 302 para la llamada inspección ocular y artículo 307 para la prueba testimonial—.

El principio del contradictorio tiene un destacado lugar en los textos legales que rigen el proceso civil francés. El nuevo Código de Procedimientos Civiles (18), que contiene un libro primero, con "disposiciones comunes a todas las jurisdicciones" regula la contradicción en los artículos 14 a 17, dentro de las "disposiciones liminares", como uno de los "*principios directores del proceso*" (19). Presentado el principio en esa forma en la legislación francesa, se destaca su característica de ser de aplicación a todos los tribunales

judiciales y a todo caso. El alcance del principio debe estudiarse, en nuestra opinión, dentro de esa perspectiva.

B. El alcance del contradictorio.

De la rápida revisión de los textos legales, se deduce que la contradicción incumbe a todos los sujetos del proceso. De un lado a las partes y de otro al juez.

a) Aplicación del principio a las partes.

Con relación al contradictorio las partes tienen derechos y obligaciones. Así, ellas tienen la facultad de presentar la defensa efectiva de sus intereses y pueden exigir que se les ponga en conocimiento de todas las alegaciones y documentos que presente la contraria, con la oportunidad debida, para hacer conocer sus observaciones al juez.

Sus obligaciones, en nuestro derecho, se concretan a presentar sus argumentaciones y documentos de tal manera que puedan ser conocidas útilmente por la parte contraria (20).

En derecho francés, esas obligaciones tienen una extensión más amplia, ya que las partes deben, ellas mismas, hacer conocer a la contraria esos alegatos y documentos a la hora de presentarlos al juez. Así, la llamada comunicación de piezas es obligación de las partes y no de los tribunales (21).

El juez, en todo caso, tiene a su cargo la aplicación de la contradicción, ya sea velando porque ella se produzca, como en el derecho francés, o produciéndola él mismo, como es nuestro caso.

b) El juez, autoridad del contradictorio.

Antes de formar su decisión el juez debe haber sido instruido por el debate de las partes (22). De ese debate surgen los elementos de hecho que permitirán la aplicación del derecho. Es exigido que el debate se realice en absolutas condiciones de igualdad, falta de lo cual sería nulo —aún en ausencia de texto expreso, señalan los autores— (23).

Al provocar el debate —entendido en forma amplia— el juez debe velar porque exista la posibilidad de una verdadera confrontación. Los tribunales se revelan particularmente cuidadosos de ese equilibrio (24).

(16) VESCOVI y VAZ-FERREIRA, art. cit., p. 113.

(17) Nos limitaremos a las principales disposiciones del juicio ordinario.

(18) Decreto No. 75—1123 del 5 nov. 1975, que codifica las reglas de los decretos 71—740 de 9 set. 1971, 72—684 de 20 jul. 1972, 72—788 de 20 de agosto 1972 y 73—1122 de 17 dic. 1973, que reformaron totalmente el proceso civil francés.

(19) Cf. ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, "*Bases de trabajo para redactar el articulado del proyecto de Código Procesal Civil costarricense*". Rev. Jud. No. 7, p. 32.

(20) Cf. MOREL, loc. cit., y VINCENT, loc. cit.

(21) MOTULSKY, "*Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allegation des faits*", in ETUDES, op. cit., p. 39.

(22) Art. 84 CPC C.R.

(23) COUTURE, op. cit., No. 162, p. 254.

(24) La jurisprudencia de nuestra Sala de Casación es formal en ese extremo, V. sent. No. 21 de las 10:15 hrs. 12 marzo 1976, reportada en la Rev. Jud. No. 4, jurisprudencia, Nos. 345, 432 y 433. V. también de la Sala 1a. Civil, sent. 554 de 8:10 hrs. 10 dic. 1975. Rev. Jud. 3, jurisp. No. 2753; sent. 435 de 8:35 hrs. 10 oct. 1975. Idem. No. 2896; sent. 278 de 8:10 hrs. 13 jul. 1976. Rev. Jud. 6, jurisp. No. 1902.

A partir de esta constatación cabe preguntarse si el juez debe observar, él mismo, el principio del contradictorio, ya que él debe hacerlo observar a las partes.

II. ¿DEBE EL JUEZ OBSERVAR, EL MISMO, EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO?

La pregunta puede formularse en otro sentido: ¿está el juez autorizado a fundar su decisión en elementos de hecho y de derecho ajenos a los debatidos por las partes? El problema es presentado diferentemente según se conciba la función del juzgador, lo que lleva a soluciones igualmente matizadas.

A. Presentación del problema.

El papel del juez en el proceso varía de una legislación a otra: considerándolo ya como un sujeto estático totalmente, o como un sujeto radicalmente activo. Entre esas dos posiciones se encuentran las regulaciones procesales de Costa Rica y de Francia. El problema se presenta en forma diversa en ellas, con las mismas consecuencias.

a) La situación en Francia.

Los diferentes decretos que reformaron el proceso civil, antes de su codificación definitiva, dejaron claro el asunto: en toda circunstancia el juez debía hacer observar y observar él mismo el principio de la contradicción. Los textos prohibían al juez fundar su decisión en elementos de derecho —aparte de los de orden público— que él hubiera relevado de oficio sin haber invitado previamente a las partes a presentar sus observaciones (25).

Al promulgarse las normas procesales en forma de código, fueron eliminadas esas disposiciones (26), estableciéndose siempre que el juez debe en todas circunstancias hacer observar el principio del contradictorio, pero con un cambio: sólo puede retener en su decisión los fundamentos, explicaciones y documentos invocados o producidos por las partes si éstas han podido debatirlos contradictoriamente, pero no se exige ello al juez (27).

Esas disposiciones son definitivas en un punto: tratándose de elementos de hecho, sólo un

debate contradictorio puede hacerlos llegar a una decisión judicial (28). El problema se limita a preguntarse si el juez puede aplicar fundamentos de derecho que no hayan sido objeto de debate, salvo el caso de las normas de orden público, que siempre pueden relevarse de oficio.

La descripción de la situación en Costa Rica aporta otros elementos de la cuestión.

b) La situación en Costa Rica.

El legislador costarricense emplea un lenguaje terminante: las sentencias deben resolver todos y cada uno de los puntos que hayan sido objeto de debate (29). El debate previo de toda la controversia es un requisito de fondo de la sentencia. Sin embargo, el juez puede hacer llegar al proceso elementos de prueba una vez concluido el debate, para mejor proveer (30), en cuyo recibimiento las partes no tienen otra intervención que la que el juez, les conceda, sin recurso posible.

Así, se admite que el juez puede fundar su sentencia en pruebas no debatidas. El texto es formal y la jurisprudencia lo confirma (31). La situación puede no ser tan clara en lo que toca a los fundamentos de derecho, si se toma al pie de la letra al artículo 84, inciso 3, aparte c), que parece ordenar al juzgador —¿limitándolo?, dicho sea con toda reserva— analizar en su fallo "las cuestiones de derecho fijadas por las partes".

El problema, pues, se reduce a la determinación del papel del juez en la escogencia de los fundamentos de derecho de la sentencia.

B. Las soluciones propuestas al problema.

Son dos claramente definidas: una que sujeta al juez al contradictorio y otra que señala la independencia del juez en la aplicación del derecho.

a) La sujeción del juez al contradictorio.

Esa fue la solución consagrada en los textos franceses ya derogados (32) el juez debía someter al debate de las partes toda circunstancia de hecho o de derecho que pudiera influir en su decisión. Se admitía que el juez pudiera aplicar de oficio el derecho no invocado por las partes, pero siempre que hubiera provocado una explicación previa de ellas (33).

Una corriente doctrinal (34) propone que el

(25) Art. 16, párrafos 1 y 2 del decreto de 9 set. 1971. VINCENT, op. cit., p. 518.

(26) Decreto del 5 nov. 1975.

(27) Art. 16 —actual— del Código Procesal Civil francés, adicionado por decreto 76—714 de 29 jul. 1976.

(28) Con la aclaración que en la instrucción el juez "de la mise en état" tiene amplias facultades para hacer llegar todo tipo de prueba, que se debate contradictoriamente.

(29) Art. 84, Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica.

(30) Art. 335, ídem.

(31) Sala de Casación, sent. No. 4 de 16:15 hrs. del 7 enero 1976. Rev. Jud. No. 4, jurisp. No. 496. Sala Primera Civil, sent. No. 435 de 8:25 hrs. 10 oct. 1975. Rev. Jud. No. 3, jurisp. No. 2894.

(32) V. Supra "La situación en Francia".

(33) WIEDERKEHR, art. cit., MOTULSKY, "Le droit naturel," art. cit.

(34) WEIDERKEHR, art. cit.

contradictorio debe ser aplicado siempre en esa forma, ya que constituye un principio general de derecho de un valor normativo superior al de un decreto —como son las reglas de procedimientos franceses en lo civil—. Según tal principio una sentencia no sería valedera si sus elementos no han sido ofrecidos en debate a todos los sujetos del proceso: las partes y el juez (35).

Sin embargo la autoridad de los textos recoge una solución basada también en un principio general de derecho procesal: "iura novit curia".

b) La independencia del juez en la aplicación del derecho.

Según los textos franceses (36) el juez falla el litigio conforme a las reglas de derecho que le son aplicables; debe dar o restituir su exacta calificación a los hechos y actos litigiosos sin detenerse en la denominación que las partes les hubieren propuesto; él puede aplicar de oficio los fundamentos de puro derecho, cualquiera que sean los que hayan alegado las partes; sin embargo, él no puede cambiar la denominación o el fundamento jurídico cuando las partes en virtud de un acuerdo expreso y sobre derechos de libre disposición, lo hayan ligado por una decisión de limitar el debate. No es

imperativo que el juez invite a las partes a dar explicaciones de derecho, pero los textos lo facultan para ello (37).

Está consagrada, como se nota, una amplia libertad del juzgador para aplicar el derecho, en desarrollo del principio "iura novit curia".

En nuestro país la ausencia de textos expesos en uno u otro sentido impide, en nuestro criterio, fundar una opinión concluyente.

No pretendemos, por supuesto, haber abarcado la totalidad de las cuestiones que suscita el asunto planteado. Nos conformamos con llamar la atención sobre determinados aspectos del proceso civil que ameritan una reflexión. Pensamos, a manera de conclusión, que debe afirmarse la utilidad de disposiciones legales concretas que expresen el principio del contradictorio en su contenido más lógico: las partes deben estar sometidas a él, lo mismo que el juez, salvando la independencia de éste en la aplicación libre de la regla de derecho. Debe pensarse, en consecuencia, en procurar a las partes la oportunidad de debatir siempre los elementos de prueba, aun cuando hayan sido llevados al proceso por iniciativa del juez, para mejor proveer.

Strasbourg, marzo de 1979.

(35) Tal era la solución antes del nuevo Código Procesal Civil. La Corte de Casación anuló en varias ocasiones sentencias de las Cortes de apelación por haber aplicado fundamentos de derecho no alegados por las partes y sin haberlas invitado a presentar sus observaciones. V. Civ. 29 oct. 1973, Dalloz 1974, som. p. 7; Soc. 10 dic. 1975, Dalloz 1976, IR 17; Civ. 23 abril 1976, Dalloz 1976, IR 203; y Civ. 23 marzo 1977, Com. 22 junio 1977, ambas en Dalloz 1977, IR 411 y nota de JULIEN, Pierre.

(36) Art. 12 del Código Procesal Civil francés.

(37) Art. 13 ídem.

En ese sentido opinan PARODI, Claude, *L'esprit general et les innovations du nouveau code de procédure civile*. Ed. Rep. Not. Défrenois. París. 1976, No. 48, p. 82, con la autoridad que le da el haber integrado la comisión de redacción del último texto. JULIEN, Pierre, Dalloz 1977, IR 411. Admiten esas razones, con amplias protestas PERROT, Roger, en la crónica de la Revue trimestrielle de droit civil 1976, p. 826, y NORMAND, misma revista 1977, crónica, p. 181.

INEMBARGABILIDAD DEL MENAJE DE CASA

(Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Superior Civil)

Licda. Marina Ramírez A.

Mediante Ley No. 6159 de 25 de noviembre de 1977, se reformó el artículo 984 del Código Civil relativo a los bienes inembargables, entre los cuales se incluye el menaje de casa del deudor. En este punto la reforma consistió en eliminar en el inciso tercero, relativo al menaje dicho, la limitación en cuanto a su valor, que existía anteriormente, ya que solamente aquel que no excediere de cinco mil colones estaba fuera de la persecución de los acreedores. Se cambió además la redacción de ese inciso, con consecuencias importantes.

Decía el inciso 3 del artículo 984 del Código Civil antes de la reforma:

"Art. 984: No pueden perseguirse por ningún acreedor, y en consecuencia no podrán ser embargados ni secuestrados en forma alguna:

3) El menaje de casa del deudor, en cuanto su valor no exceda de cinco mil colones y la ropa necesaria para el uso de él, de su cónyuge y de los hijos que con él vivan;"

El mismo quedó de la manera siguiente, luego de la reforma:

"3) El menaje de casa del deudor, artículos de uso doméstico y ropa necesaria para el uso personal de él, de su cónyuge y de los hijos o dependientes que con él vivan".

La promulgación de esta nueva disposición dio lugar a una serie de situaciones de gran interés, tanto para el abogado como para el ciudadano común, a quien directamente viene a beneficiar. En primer lugar se planteó la duda respecto a qué bienes habrían de considerarse propiamente menaje de casa, dado que si se entendía por tal todos los muebles y utensilios de una casa, prácticamente no quedaban bienes embargables por parte de los acreedores quirografarios. La reforma planteaba la necesidad inmediata de delimitar con claridad el concepto de "menaje de casa".

Por otra parte, se suscitó, ya que en el aspecto práctico, la discusión respecto a la aplicabilidad de la nueva ley a los casos en que se hubiera decre-

tado embargo y secuestro sobre bienes que pudieran considerarse menaje de casa. ¿Procedía o no el levantamiento del embargo con base en la reforma dicha? ¿Qué otros efectos prácticos podría tener en los juicios ya en trámite?

Todos estos eran problemas que debía resolver la jurisprudencia, y en efecto, a los pocos meses de la promulgación de la ley empezaron a aparecer los pronunciamientos que clarificaban y delimitaban los alcances de la reforma. Esta jurisprudencia se concreta fundamentalmente en las resoluciones del Tribunal Superior Civil, encargado de conocer las apelaciones presentadas en los Juzgados en esta clase de juicios.

En el transcurso del presente año, se ha llegado así, mediante estos pronunciamientos, a obtener una serie de conclusiones relativas a este tema, que comentaremos brevemente.

NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LA DISPOSICION SOBRE LA INEMBARGABILIDAD DEL MENAJE DE CASA.

Es indudable que la norma del Código Civil que señala los bienes inembargables es protectorista del deudor, a quien intenta resguardar, al menos en sus aspectos básicos, de la desmedida persecución de sus acreedores. Tiene tal disposición el propósito de vigilar la seguridad mínima de las personas, protegiendo su ingreso y los utensilios indispensables requeridos para la satisfacción de sus necesidades primarias.

No podía pretenderse entonces que la misma, en cuanto se refiere concretamente al menaje de casa, se propusiera excluir del embargo todos los muebles que forman parte de los haberes del deudor, sin reparar en su valor y características.

La eliminación del tope respondía a una necesidad de actualizar la norma, de acuerdo a los nuevos índices de precios y al nivel promedio de ingresos y modos de vida en nuestro país. Evidentemente el límite de cinco mil colones era ya muy bajo, pues el menaje de casa más elemental y sencillo, en conjunto, excedía tal suma. Sin embargo, al no fijarse ningún tope en la nueva ley, la determinación del mismo ha quedado en manos de los jueces.

Sobre el fundamento de la disposición se pronunció el Tribunal Superior Civil de la siguiente forma:

"La legislación de comentario se inspiró en la idea de proteger a las personas de escasos recursos económicos creando una esfera económica inviolable en la familia o en el simple ciudadano, a salvo de la persecución de sus acreedores. Aquellos que por alguna razón no habían podido cumplir con su obligación, recibían así la seguridad de que todos los haberes de su casa, necesarios e indispensables para su subsistencia y la de su familia, no serían embargados por terceras personas. Y era explicable y natural que así fuera, porque si por falta de recursos precisamente no habían podido pagar un préstamo, verbi-gracia, y perdía la familia por esa razón la cama de dormir, la cocina de preparar los alimentos, los muebles del comedor, etc., ¿cómo habían de conseguirlos luego?" (Res. No. 322 de 21 de abril de 1978).

Señalado el fundamento proteccionista de la norma, ello permitió afirmar que si bien no se había puesto limitación alguna expresa a efecto de determinar qué parte del menaje de casa era inembargable, esta limitación podía establecerse diferenciando los muebles que llenaban las necesidades básicas del deudor y su familia, de aquellos que podrían considerarse suntuarios o superfluos.

Con ello pasamos al punto más importante del tema: ¿qué debemos entender por menaje de casa para efectos de la inembargabilidad?

CONCEPTO DE MENAJE DE CASA.

El Diccionario de la Real Academia, es parco en la definición: por menaje de casa se entiende *"los muebles de una casa"*.

Estos sin embargo, varían en sus características y valor dependiendo de las preferencias del adquirente y además, y fundamentalmente, de su capacidad económica. Tomando en consideración estos aspectos dijo nuestra jurisprudencia:

"Por menaje de casa se entiende el conjunto de bienes muebles que el grupo familiar ha hecho llevar a su casa para servirse de ellos, -llenando así las necesidades más urgentes- o para su confort y bienestar en general. La variedad del mismo, su calidad y cantidad va en función no solo del gusto de la familia, de la variedad de sus integrantes y de sus costumbres, sino y principalmente de su capacidad económica". (Tribunal Superior Civil, No. 573 de 14 de julio de 1976).

Esta distinción entre bienes necesarios y no

necesarios o suntuarios, sirve de base para la delimitación de los bienes que pueden considerarse inembargables al amparo de la disposición del Código Civil que comentamos.

"La mente del legislador no podía ser la de declarar inembargables todos los bienes existentes en una casa, cualquiera que fuere su valor, y a los que se podría aplicar bien el concepto amplio de menaje de casa. . ." Interpretarlo así sería desnaturalizar el sano propósito que se tuvo. Si muchos de esos enseres son de sobrestimado valor, a los que podría atribuírseles la cualidad de suntuarios, como podrían serlo las secadoras de platos, frigoríficos de varios cuerpos, juegos de muebles finísimos, cubiertos de plata repujada, entre otros, ¿a título de qué -habría que preguntar- se va a poner a salvo del alcance de los acreedores?

Y agregaba: *"Los mismos textos legales que contemplan el punto abren la puerta para una interpretación razonable. El artículo 984 establecía que no serían embargados: 3 el menaje de casa del deudor, en cuanto su valor no excediera de cinco mil colones, "Y la ropa necesaria para el uso de él, de su cónyuge y de los hijos que con él vivan". La reforma a esa norma eliminó aquel tope, pero cambió la redacción por la siguiente: "el menaje de casa del deudor, artículos de uso doméstico y ropa necesarios. . .". El adverbio 'necesario' que aquí se refiere no solo a la ropa y a los artículos de uso doméstico, sino al menaje de casa también a diferencia de la concepción anterior que hacía alusión a la ropa únicamente, significa: que precisa, forzosa e inevitablemente ha de ser o suceder. Que es menester indispensable, o hace falta para un fin. En ese sentido se contrapone a superfluo"*.

Valga decir entonces que si necesaria es una cocina modesta, de dos o tres mil colones en nuestra moneda de hoy, no lo sería una de treinta mil y más, con plantilla oculta y apenas un simpático diagrama, u otras en donde no hay cambio de temperatura allí, pero sí, y grande, en el trasto que va encima. A estos artículos se les puede aplicar con rectitud la calificación de superfluos; bienes suntuos que adquieren las personas de grandes recursos para su mayor "confort" pero también para dar a su casa más lucidez y distinción".

Y concluía afirmando: *"Todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas"* (art. 981).

El caso sometido a la consideración de los Tribunales no es sino una excepción a esa regla; Y como tal ha de aplicársele restrictivamente". (Tribunal Superior Civil, No. 322 de 21 de abril de 1978).

En aplicación de este criterio se han considerado inembargables *"un refrigerador marca General Electric de dos cuerpos, dos juegos de comedor, uno de vinil y el otro en damasco; un juego de sala en damasco y un equipo de sonido con dos baffles medianos"*, los cuales en criterio del Tribunal no pueden considerarse suntuarios. (Tribunal Superior Civil, No. 673 de 1 de agosto de 1978); igualmente se consideró inembargable una refrigeradora de

modestas condiciones *"porque el artefacto es punto menos que imprescindible para la conservación de los alimentos, y principalmente para mantener en buenas condiciones la leche y algunos otros alimentos de los niños"*. (Tribunal Superior Civil, No. 431 de 31 de mayo de 1978), y en otro caso *"por tratarse indudablemente de un mueble que forma parte del menaje de casa de la parte demandada"*. (Tribunal Superior Civil, No. 639 de 19 de julio de 1978).

Respecto a los artículos destinados a la recreación, tales como consolas, equipos de sonido, televisores, etc., parece haber todavía alguna duda. Un equipo de sonido fue considerado menaje de casa inembargable, en resolución del mismo Tribunal No. 872 de 7 de octubre de 1975. Sin embargo, jurisprudencia más reciente ha dicho que estos aparatos *"...no entran propiamente en lo que el legislador entiende por menaje de casa, artículos de uso doméstico, libros, máquinas y útiles necesarios para la profesión u oficio del deudor, etc. Trátase de artículos suntuosos, o para ser más benignos, de bienes que la familia adquiere para su sano esparcimiento y hacer más placentera la existencia"*. (No. 165 de 15 de marzo de 1978). Lo mismo se dijo respecto a una consola. (No. 584 de 7 de julio de 1978).

Pero *"un equipo de sonido con dos bafles medianos, marca Panayet"* fue considerado, como vimos anteriormente, menaje de casa, para efectos de la inembargabilidad (No. 639 de 19 de julio de 1978).

En cuanto a un televisor se consideró en un caso que no era un bien suntuario y por tanto podía tenerse como inembargable, por tratarse de uno de tipo corriente, no de colores, y de tamaño normal. (No. 639 de 19 de julio de 1978).

En este aspecto creemos que estas últimas consideraciones relativas a la naturaleza y calidad del bien en cuestión, son acertadas, ya que el requisito consistente en la calificación de *"necesario"* del mismo, debe ser observado con criterio amplio a efecto de no encasillar los artefactos destinados a simple recreación en una sola clase y llamarlos suntuarios. La naturaleza del bien en cada caso concreto debe tomarse en cuenta, como lo ha hecho la jurisprudencia en comentario en algunos casos, pues si bien es cierto que un televisor, un equipo de sonido, un radio, etc., no son absolutamente indispensables para la supervivencia del individuo, sí lo son para mantener un buen estado de salud mental y espiritual. Así pues, en principio podrían considerarse menaje de casa inembargable, excluyendo del privilegio únicamente aquellos cuyo valor y calidad, así como su número, indiquen claramente que exceden lo necesario para pasar a lo suntuario.

Por otra parte, como punto importante, se establece que para la determinación de lo que es menaje de casa es aplicable por analogía la disposición del art. 10 del CAUCA y la sección 13:05 de su Reglamento (RECAUCA), que al respecto señalan:

CAUCA - art. 10:

"Toda persona que arrije a los puertos o puestos fronterizos habilitados, podrá internar al país su equipaje sin que cause derechos aduaneros ni impuesto alguno. No se considerará parte del equipaje el menaje de casa."

El reglamento determinará las mercancías que se consideren como equipaje y como menaje de casa. ..."

Por su parte el Reglamento dice:

RECAUCA - Sección 13:05:

1.- Para los efectos del artículo 10 del CAUCA, se considera como menaje, todos los bienes usados que no siendo equipaje. ..., sirven para comodidad o adorno de una casa, tales como: mobiliario de casa, aparatos para facilitar las labores domésticas y para distracción de la familia; vajilla y batería de cocina; tapicería; alfombras, ropa de cama y de baño y los objetos que se cuelgan de los techos o paredes y los que se colocan sobre otros por razones prácticas, artísticas o afectivas, como retratos, floreros, ceniceros, almohadas, cojines y demás similares. ..."

(No. 639 de 18 de julio de 1978).

Sin embargo, como se observa, la definición de menaje de casa en este caso es demasiado amplia, y aunque en el fondo, realmente, todos los artículos a que se hace referencia responden a lo que se entiende por tal, no es posible considerar que todos ellos son inembargables. Siempre se hace imperativa la distinción entre los necesarios y los superfluos, que es en nuestro criterio el aspecto fundamental para efectos de la inembargabilidad, como bien lo ha sentado muy acertadamente la jurisprudencia transcrita anteriormente.

APLICACION DE LA LEY A LOS EMBARGOS DECRETADOS Y PRACTICADOS.

Sobre la aplicabilidad de la ley a los casos ya en trámite, nuestros jueces se han pronunciado en forma favorable al criterio de que como consecuencia de ella, los embargos decretados sobre bienes que puedan considerarse menaje de casa, incluso habiéndose ya practicado el secuestro, son nulos por contrariar la ley, que por considerarse de orden público, es de aplicación inmediata. En consecuencia, en esos casos procede el levantamiento de los embargos decretados.

"No hay derechos adquiridos con un embargo, ni en la resolución que ordena sacar a remate esos bienes. Potencialmente existe la posibilidad de adquirirlos en pago de lo que se debe, nada más. Pero si al momento de celebrarse la subasta se dicta una ley que declara absolutamente inembargables determinados bienes, entre los cuales se incluyen

esos, nadie puede alegar derechos adquiridos, porque en su aplicación inmediata está de por medio el interés público. Y en efecto, interesa a la sociedad que una familia de escasos recursos económicos no sea despojada absolutamente de todos sus haberes por acción de sus acreedores, porque la pondría en estado de no sobrevivir; y eso lo reprueba la lógica, lo reprueba la moral y lo reprueba el derecho". (Tribunal Superior Civil, No. 474 de 9 de junio de 1978).

Se ha dicho también, en otros términos, que *"siendo la materia de evidente interés público, la nueva ley afecta a los particulares de inmediato, sin que en este caso pueda hablarse de 'derechos adquiridos', porque el acto material del embargo no tiene esas características; no es una realidad sino una esperanza, un derecho potencial que puede cristalizar mediante el remate del bien y la adjudicación subsiguiente".* (Tribunal Superior Civil, No. 165 de 15 de marzo de 1978).

"El embargo de menaje de casa no le concede derecho alguno a las partes, sino que el mismo es una expectativa de poderlos adquirir en pago de la obligación que se cobra. De manera que si esos bienes por la naturaleza que tienen de menaje de casa, no pueden ser rematados, no tiene objeto que los mismos se encuentren ligados a la traba de un embargo, por lo que su levantamiento resulta de rigor". (Tribunal Superior Civil, No. 584 de 7 de julio de 1978).

Finalmente, se ha establecido que aun cuando la reforma al Código Civil sea posterior a la fecha en que se realizó el embargo, siendo la misma de aplicación inmediata, hace improcedente el incidente de remoción de depositario judicial por care-

cer de interés, pues si el actor no puede pretender derecho alguno sobre los bienes embargados, y si este secuestro deviene en absolutamente ineficaz, no tiene ningún sentido obligar al deudor a que exhiba los bienes para efectos de su avalúo. (Tribunal Superior Civil, No. 525 de 21 de junio de 1978).

CONCLUSIONES.

A la luz de la jurisprudencia reseñada, podemos sacar las siguientes conclusiones, relativas a la trascendencia y aplicación de la reforma al artículo 984 inc. 3 del Código Civil:

1.— No obstante que mediante tal reforma se declaró la inembargabilidad del menaje de casa del deudor sin límite en su valor, tal norma no debe entenderse en sentido absoluto, pues siempre debe hacerse una distinción entre los bienes, dado que por ser la ley de naturaleza proteccionista, es aplicable solo a los bienes que son necesarios para la satisfacción de las necesidades vitales del individuo y su familia.

2.— En consecuencia, solo son inembargables los muebles necesarios y útiles para la satisfacción de necesidades primarias, no así los bienes superfluos o suntuarios, adquiridos por el deudor para simple recreo o mayor comodidad y mejor apariencia de su hogar.

3.— La ley es de orden público y de aplicación inmediata, incluso tratándose de embargos prácticos, y aun mediando resolución que ordena el levantamiento del embargo.

ELEMENTOS DEL NEGOCIO JURIDICO

Ana Lorena Umaña Rojas.
Víctor Pérez Vargas.

C O N T E N I D O

NEGOCIO JURIDICO Y CONTRATO.	61
--------------------------------------	----

PARTE I

ELEMENTOS DEL NEGOCIO JURIDICO:	62
1. DESARROLLO HISTORICO.	62
a. Derecho Romano.	62
b. La posición tradicional.	62
c. La moderna crítica.	62
2. ELEMENTOS ESENCIALES.	64
3. ESTRUCTURA DEL NEGOCIO JURIDICO.	64
A. Análisis de la figura causal.	64
a. Figura causal del negocio jurídico.	64
1. Clasificación de acuerdo a la eficacia.	65
2. Clasificación de acuerdo a la validez.	65
B. Componentes del supuesto de hecho negocial.	65
a. Presupuestos.	66
b. Elementos.	66
c. Requisitos.	66
4. ELEMENTOS, PRESUPUESTOS Y REQUISITOS DEL NEGOCIO EN RELACION A LA FORMACION, VALIDEZ Y EFICACIA.	68
5. ELEMENTOS DEL NEGOCIO JURIDICO EN EL CODIGO CIVIL COSTARRICENSE.	70

PARTE II SECCION I

1. EL SUJETO Y LOS PRESUPUESTOS SUBJETIVOS.	70
A. Sujetos y partes del negocio.	71
a. Función del sujeto como punto de vinculación entre hecho y efecto.	72
b. La persona o sujeto de derecho.	72
B. Presupuestos subjetivos.	72
a. La capacidad.	73
1) Capacidad y negocio jurídico.	73
2) Incapacidad.	74
b. Legitimación.	74
c. Titularidad.	74
d. Compatibilidad.	74

2. EL OBJETO Y LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS.	74
A. Diversas concepciones del término "objeto".	74
a. Objeto del negocio y objeto de la obligación.	74
b. El objeto como interés.	75
c. El objeto como contenido del negocio.	75
d. El objeto como fin.	75
e. El objeto como bien o materia.	75
f. El objeto como cosa o hecho.	75
g. El objeto como prestación.	75
B. El objeto como fenómeno espacial, punto de vinculación posible entre hecho y efecto jurídico.	76
C. Los presupuestos objetivos.	76
a. Existencia del objeto.	76
b. Posibilidad del objeto.	77
1) Posibilidad física.	77
2) Posibilidad jurídica o licitud.	77
c. Determinación o determinabilidad del objeto.	77
d. Valor exigible.	78
1) Doctrina que exige la patrimonialidad.	78
2) Doctrina que niega la patrimonialidad como requisito esencial.	78
3) Doctrinas intermedias.	78
i) Distinción entre valor de la prestación e interés.	78
ii) Distinción entre deuda y responsabilidad.	78

SECCION II

ELEMENTOS ESENCIALES ESTRUCTURALES DEL NEGOCIO JURIDICO.

1. LA VOLUNTAD.	79
A. Generalidades.	79
B. Desarrollo del papel de la voluntad.	79
C. El principio de autonomía de la voluntad.	79
a. Autonomía de la voluntad y negocio jurídico.	80
b. Límites.	80
D. Dirección de la voluntad.	80
E. El papel de la voluntad.	81
a. Causa de los efectos.	81
b. Relación voluntad-norma.	81
c. La voluntad, elemento sustancial del negocio.	81
d. El papel de la voluntad en nuestro derecho civil.	81
F. Voluntad de la manifestación y voluntad del contenido.	81
G. El consentimiento.	82
a. Generalidades.	82
b. La oferta y la aceptación.	82
c. Momento en que se forma el consentimiento.	83
d. Importancia del consentimiento.	83
2. LA MANIFESTACION DE VOLUNTAD.	84
A. El negocio como comportamiento humano. Necesidad de la objetividad en el derecho. La manifestación.	84
a. El comportamiento.	84
b. La manifestación.	85
c. Manifestación significativa y manifestación simbólica.	85
d. Tipos de manifestación.	85
B. Manifestación de voluntad como elemento del negocio jurídico.	85
a. La manifestación como elemento formal del negocio.	85
b. Naturaleza y sentido de la manifestación.	85
c. La manifestación como elemento esencial del negocio.	86
d. La manifestación de voluntad en el contrato.	86
C. Clases de manifestaciones.	86
a. 1) Declaraciones expresas y tácitas.	86
2) Crítica a la distinción entre declaraciones expresas y tácitas.	87
b. Declaración y manifestación en sentido estricto.	87
c. Manifestaciones presuntas.	87
d. Manifestaciones recepticias y no recepticias.	88
e. Manifestaciones directas e indirectas.	88
f. Manifestaciones mediatas e inmediatas.	88
g. Negocios declarativos. Negocios de voluntad o de actuación.	88
h. El silencio.	89
1) Como manifestación de voluntad.	89
2) Como omisión de una manifestación.	89
i. Protesta y reserva.	89
j. Perfección de la manifestación.	89

k. Reproducción de la manifestación.	89
D. FORMALIDADES DEL NEGOCIO JURIDICO.	90
a. Manifestación forma y formalidad.	90
b. Forma en sentido estricto. Las formalidades del negocio.	90
1) La forma en el Derecho romano.	91
2) Posibilidades formales del negocio.	91
i. Formalidades ad substantiam.	91
ii. Formalidades ad probationem.	92
3) Formalidades convencionales.	92
4) Manifestación, documento y documentación.	92
5) La forma y los negocios conexos.	92
c. Función y finalidad del formalismo en el negocio.	93
3. RELACIONES ENTRE VOLUNTAD Y MANIFESTACION.	93
A. El conflicto entre voluntad y manifestación.	93
a. Teoría de la voluntad.	93
b. Teoría de la declaración.	94
c. Teorías intermedias.	94
4. AUSENCIA Y VICIOS DE LA VOLUNTAD.	95
A. Hipótesis de falta de voluntad de la manifestación y consecuente falta de la voluntad del contenido.	95
a. Falsedad.	95
b. Violencia física.	96
c. Incapacidad natural.	96
B. Falta de voluntad por error. El error obstativo.	96
a. Error.	96
b. Clases de error.	97
c. Error en los motivos.	97
d. Error obstativo.	97
e. Error de cálculo o escritura.	98
C. Falta de voluntad por manifestación consciente de lo no querido.	98
a. Falta de seriedad en la manifestación.	98
b. Reserva Mental.	98
c. Simulación.	99
D. Vicios de la voluntad.	99
a. Error vicio.	100
b. Violencia moral.	100
c. Dolo.	100
d. Lesión.	101
e. El miedo grave.	101

SECCION III

EL ELEMENTO ESENCIAL FUNCIONAL DEL NEGOCIO JURIDICO.	102
1. LA CAUSA.	102
A. Acepciones jurídicas de la palabra causa.	102
B. Evolución del concepto de causa.	102
a. Derecho romano.	102
b. Edad Media.	102
c. Causalismo clásico.	103
d. Anticausalismo.	103
e. Neocausalismo.	103
1) Teorías subjetivas.	104
2) Teorías objetivas.	105
f. Crítica a las doctrinas objetivistas de la causa.	105
C. La función del negocio y el concepto de causa.	106
D. La causa y los motivos.	106
E. Relevancia genética y funcional de la causa.	107
F. Clases de causas.	107
a. Causa iuris.	107
b. Causa natural y accidental.	107
c. Causa próxima y remota.	107
d. Causa solvendi, donandi y credendi.	107
G. Negocios causales y abstractos, típicos y atípicos.	108
H. Falta e ilicitud de la causa.	108
I. La causa en la jurisprudencia.	108

SECCION IV

ELEMENTOS NATURALES DEL NEGOCIO JURIDICO.	109
---	-----

SECCION V

ELEMENTOS ACCIDENTALES DEL NEGOCIO JURIDICO. 111

1. GENERALIDADES. 111

 A. Los llamados elementos accidentales. 111

 B. Los elementos del negocio y la eficacia negocial. 111

 C. Distinciones conceptuales. 111

2. LA CONDICION. 112

 A. Concepto, caracteres, naturaleza jurídica. 113

 a. Concepto. 113

 b. Características. 113

 c. Naturaleza jurídica. 113

 B. Clases de condiciones. 113

 a. Conditio iuris o condiciones legales. 114

 b. Condiciones impropias. 114

 c. Clasificación de acuerdo a la naturaleza del hecho condicionante: condiciones potestativas, causales y mixtas. 114

 d. Clasificación de acuerdo a la naturaleza del hecho: condiciones positivas y negativas. 114

 e. Clasificación de acuerdo a la influencia en la eficacia del negocio: condiciones suspensivas y resolutorias. 115

 f. La llamada condición resolutoria implícita. 115

 C. Requisitos de la condición. Condiciones imposibles, ilícitas y perplejas. 115

 a. Condiciones ilícitas. 115

 b. Condiciones imposibles. 115

 c. Condiciones perplejas. 116

 D. Negocios condicionables. 116

 E. Efectos de la condición. 116

 a. Pendencia. 116

 b. Cumplimiento, Retroactividad. 116

 c. Ficción de verificación. 117

 d. Falta de condición. 117

3. EL TERMINO: 117

 A. Concepto. 117

 B. Clases. 117

 a. Término inicial y final. 118

 b. Término de eficacia y de cumplimiento. 118

 c. Término esencial y accidental. 118

 d. Clases de término según su designación. 118

 C. Efectos. 118

4. EL MODO. 118

BIBLIOGRAFIA. 119

. 120

NEGOCIO JURIDICO Y CONTRATO

El negocio jurídico es una programación (1) objetiva de intereses. Tradicionalmente se la define como una manifestación de voluntad dirigida a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico (2).

Modernamente, la doctrina distingue la figura del negocio jurídico, como categoría más amplia que comprende todos los actos de autonomía privada, como tales relevantes para el derecho, y la figura del contrato, que representa una especie de negocio; el bilateral o plurilateral de contenido patrimonial (3).

El contrato se caracteriza por su patrimonialidad y su bilateralidad. El negocio jurídico supera esas limitaciones, constituyendo un género amplio, donde encuentran cabida convenios, contratos, actos no patrimoniales, testamentos, etc.; todos tienen en común que hay una voluntad exteriorizada, y un fin al que se tiende. Estos caracteres pueden darse también en los actos. Lo propio del negocio es que el ordenamiento adecúa la eficacia a la programación de intereses.

Nuestro Código Civil se mantiene dentro del sistema tradicional, dictando en el libro de las obligaciones la disciplina de los contratos en general, y regulando los diferentes tipos de negocios en forma específica, aunque se hace la extensión de ciertas normas a los actos unilaterales, en lo que sean compatibles (4).

La figura del contrato constituye la categoría más difusa y representativa del negocio. Al limitarse a la teoría del contrato debe tenerse presente la noción y la teoría del negocio, pues solo en esta figura más comprensiva pueden encontrar solución ciertos problemas.

La teoría del negocio debe resolver tres problemas básicos: la estructura, la función y la eficacia (5). En el campo de la eficacia, se trata de completar la posición clásica, que mira la relevancia del negocio respecto al verificarse de los efectos queridos, configurándolo como especie causal, comprensiva de todos los elementos necesarios. Se

busca fundamentalmente, considerarlo en una perspectiva diversa, que se refiere a la relevancia del reconocimiento que efectúa el derecho a un acto de autorregulación de intereses privados (6) atribuyéndoles efectos correspondientes, e imponiendo límites y cargas.

En este estudio se enfocan aspectos de los otros dos problemas. Respecto a la estructura, la voluntad viene a constituir la esencia del negocio, exteriorizada a través de una manifestación, que es el otro elemento negocial, de tipo formal. En este punto se dan arduas discusiones en las hipótesis de divergencia entre voluntad y manifestación, y sobre el valor y significado del elemento voluntad como factor esencial de la figura. Se plantean además otros llamados elementos del negocio, que pueden ser considerados más correctamente como requisitos o presupuestos suyos.

En lo que respecta a la función, sólo constituye negocio jurídico aquel acto de voluntad que corresponde a una causa adecuada según el ordenamiento. Viene así a delinearse otro elemento esencial (funcional) que se suele añadir a la voluntad y la manifestación.

De todos los negocios jurídicos es el contrato el que encuentra más amplio tratamiento en las leyes civiles y comerciales; las reglas que rigen otros negocios son muchas veces una extensión de los principios legislativos contractuales (7). Pero modernamente se considera "*que la Teoría del Negocio Jurídico ha absorbido la del contrato, que viene a regularse en sus aspectos principales por las normas genéricas de la primera en cuanto le sean singularmente aplicables*" (8).

En cuanto negocio, el contrato es expresión de autonomía privada, comportamiento de programación de intereses (9). Puede considerarse como "*el acuerdo entre dos o más partes para producir efectos jurídicos de carácter patrimonial*" (10).

El Código Civil no contiene una definición expresa del contrato.

Nuestra jurisprudencia lo ha conceptualizado en

- (1) Sobre el negocio como programación, CAMPAGNA, L. *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*. Milano, 1958, pág. 55. PANUCCIO, Vincenzo. *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*. Giuffrè-ed. Milano 1966, pág. 313. BARCELONA, Pietro. *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*. Milano, 1966, pág. 150. BUCCISANO. *La novazione oggettiva, e i contratti estintivi onerosi*. Milano, 1968, pág. 116. Cit. por PEREZ VARGAS, Víctor. *La interpretación de los contratos en la jurisprudencia nacional y en la doctrina*. Revista Judicial No. 4. Corte Suprema de Justicia. San José, C.R. junio 1977, pág. 59.
- (2) CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Morano Editore. Págs. 73-74. Añade "Mirando la responsabilidad del sujeto y la confianza de los otros."
- (3) SCOGNAMIGLIO. *Contratti in generale*. Ed. Vallardi, 1972, PEREZ VARGAS, op. cit., supra nota 1, pág. 58.
- (4) V. art. 579 Cód. Civil. Extiende al testamento las reglas relativas a las obligaciones.
- (5) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, pág. 5.
- (6) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, pág. 8.
- (7) PEREZ, op. cit., supra nota 1, pág. 60.
- (8) RAMIREZ SEGURA, Mario. "*Nociones sobre la teoría del contrato*". En: Revista Judicial No. 5. Año II. Corte Suprema de Justicia. San José, C.R. Set. 1977. Pág. 60.
- (9) PEREZ, op. cit., supra nota 1, pág. 59.
- (10) PEREZ, op. cit., supra nota 1, pág. 59.

este sentido: "El contrato es una relación jurídica nacida del acuerdo de los contratantes, que crea obligaciones, sea a cargo de cada uno de ellos, sea a cargo de uno solo. . ." (11).

"En esencia la naturaleza y contenido del contrato consiste en una promesa, generalmente recíproca y aceptada por las partes sobre un futuro comportamiento" (12).

El carácter distintivo del contrato, respecto a otros tipos de acuerdos relevantes para el derecho, es su patrimonialidad. Se tutelan intereses jurídicos patrimoniales, y esa es la peculiaridad de los convenios que a ellos se refieren. Tradicionalmente

se ha hecho la distinción entre derechos reales y personales. De acuerdo a la clase de derecho cuya existencia determinen, pueden los contratos distinguirse en dos subgrupos: los que tienen eficacia obligatoria (o sea, fuente de obligaciones), y aquellos cuya eficacia es real (son constitutivos o traslativos de derechos reales) (14).

El análisis de los elementos del negocio jurídico, es por tanto, conducente al contrato. Este es el negocio por excelencia, y su regulación positiva da las pautas generales para la elaboración de aquella más amplia y moderna categoría.

P A R T E I

ELEMENTOS DEL NEGOCIO JURIDICO

1. DESARROLLO HISTORICO:

- a. **Derecho Romano:** Con referencia al Derecho Romano es erróneo hablar de elementos constitutivos fundamentales del negocio jurídico, identificándolos como se hace hoy en día, con la declaración de voluntad y la causa. Sería más correcto referirse a elementos constitutivos de los singulares tipos negociales, elementos que por su disparidad, no son susceptibles de ser insertos en un esquema general, y mucho menos, de ser clasificados (15).
- b. **La posición tradicional:** Con la Pandectística se inició la clasificación, que se ha venido repitiendo en la mayor parte de la doctrina, en elementos esenciales, naturales y accidentales. Originariamente se refería a los actos jurídicos, y luego se extendió a la categoría del negocio.
- c. **La moderna crítica a la posición tradicional:** En tiempos más recientes la doctrina asume una posición heterogénea pero en general, crítica de la clasificación enunciada, que resulta insuficiente e inadecuada para explicar el fenómeno negocial.

2. ELEMENTOS ESENCIALES.

Se llaman elementos esenciales a los que integran el negocio a los que hacen de él un negocio de una especie determinada, y sin los cuales o no habría negocio, o este sería de otra especie (16).

Son aquellos elementos que deben existir para dar vida a un negocio jurídico en general, o a uno determinado en particular (17); para que una situación de hecho venga calificada por el Derecho como negocio jurídico (18).

Así, se distinguen estos elementos de los accidentales, que se incorporan al negocio por voluntad de las partes, y afectan, normalmente, su eficacia (19), y de los llamados elementos naturales, que se insertan automáticamente en el negocio de modo que la voluntad de las partes solo es necesaria para excluirllos, con lo que vienen a ser más bien "efectos" del negocio (20).

Se observa fácilmente que la teoría se forma clasificando bajo un mismo perfil, ideas por completo heterogéneas (21). Falta en esta tripartición categorías en forma lógicamente aceptable.

Cuando la doctrina habla de elementos naturales, se refiere a efectos negociales que funcionan a falta de pacto en contrario. Los elementos acci-

(11) Cas: 10:20 hrs. 10 dic. 1940 No. 173 II sem. tomo II pág. 1 del apéndice.

(12) SALA PRIMERA CIVIL, No. 219 de 9:00 hrs. de 27 de julio, 1973.

(14) PEREZ, op. cit., supra nota 1, pág. 60.

(15) FRANCESCHELLI, Bruno. *Nozioni di diritto privato*. Casa Molisana del Libro Editrice. Napoli, 1962. Pág. 81.

(16) ENNECERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. Bosch Casa Editorial Barcelona. Undécima Edición, 1950. Tomo I. Volumen II; pág. 299.

(17) STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negozio giuridico*. Casa Edditrici dott. Antonio Milani. Padova. Cedam. 1961, pág. 13.

(18) RUSSO, Ennio. *Il termine del negozio giuridico*. Giuffrè-ed. Milano 1973, págs. 97-98. V. también CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 35.

(19) FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, pág. 100.

(20) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 115.

(21) DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Editorial Fechos. Madrid, 1972. Volumen I, pág. 226.

dentales son maneras de configurar el negocio o su eficacia. Y cuando se habla de elementos esenciales, no se da a tal calificación un significado unívoco, porque de una parte quiere designarse el carácter de los elementos que resultan necesarios para la existencia y la validez del negocio y de otra, el carácter de aquellos elementos que configuran la esencia del esquema negocial típico (22).

Mayor es la confusión cuando se entra a considerar qué elementos deben pertenecer a cada categoría. No se distingue entre elementos y requisitos de estos, ni hay consenso respecto a su incidencia en la validez, la eficacia, o la existencia del negocio. Si a ello se suman las diversidades terminológicas, el resultado es un verdadero desconcierto en la materia.

Algunos autores prefieren hablar de "requisitos" (23).

- a. La mayor parte de la doctrina los sitúa en la esfera de la validez del negocio (24).
- b. Otros hablan de elementos o requisitos de existencia o de formación del negocio (25).
- c. Algunos se refieren únicamente a "elementos" (26).
- d. Finalmente, no falta quien se refiera a dos aspectos indistintamente: existencia y validez (27).

Las clasificaciones varían de un autor a otro. Las más corrientes que se realizan, considerando los elementos o requisitos son:

a. Una posición tradicional, según la cual: los elementos esenciales se dividen en dos grandes grupos: generales, que deben estar presentes en todo negocio, y son: voluntad, manifestación y este es presupuesto subjetivo y no elemento; específicos, que deben estar presentes en algunos negocios determinados, pudiendo faltar en otros; la forma está en todos (en los negocios solemnes), la legitimación, el objeto (al menos en los negocios de derecho patrimonial) y la causa (excepto en los negocios abstractos) (28). En un sentido similar, se distinguen los elementos en comunes, que son propios de todos los negocios: especiales, que existen solo en algunas clases o grupos; y especialísimos, necesarios para algunos determinados (29).

b. Los elementos esenciales pueden ser comunes a todos los negocios, o especiales, que son los típicos de una determinada especie de negocio, como el precio en la compraventa (30). Los esenciales y comunes son la declaración de voluntad y la causa. El objeto sólo forma parte de los negocios patrimoniales, como los reales. La forma solo es esencial en los negocios solemnes (31).

c. Los elementos o requisitos son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita (32). Algunos añaden la forma (33), o eliminan la capacidad por referirla al consentimiento (34).

Como se ha observado, las clasificaciones y los elementos varían de un autor a otro, y ello demuestra la inconsistencia de la elaboración teórica,

(22) FALZEA, Angelo. *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Giuffrè. Milano 1941, pág. 66.

(23) En este sentido, ESPIN CANOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil español*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1968. Volumen I, Parte General, pág. 380, define los elementos esenciales, y dice que sólo ellos pueden llamarse requisitos del negocio.

STOLFI, op. cit., supra nota 17, pág. 13, usa indistintamente "elementos" o "requisitos".

RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato italiano*. Jovene Editore. Napoli, 1973. Pág. 277, prefiere hablar de elementos esenciales y no de requisitos. Nuestro Código Civil habla de "condiciones" (art. 1007).

(24) Entre otros: JOSSERAND, Luis. *Derecho Civil*. Tomo II. Vol. I. Teoría general de las obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires, 1951. Pág. 38. PIRAS, Salvatore. *Osservazioni in materia di teoria generale del contratto*. Giuffrè-ed. Milano, 1952. Pág. 26.

(25) Por ejemplo, BRENES CORDOBA, Alberto. *Contratos*. San José, Costa Rica. 100 págs. Edición mimeografiada. Pág. 3. ALVAREZ, Teodoberto. *Derecho Civil. Teoría de los actos jurídicos*. Ed. Nascimento. Santiago de Chile, 1949. Pág. 24. ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. *Curso de Derecho Civil*. Tomo I. Vol. I. Parte general. Ed. Nascimento. Santiago de Chile. 3a. Edición, 1961, pág. 300.

(26) STOLFI: op. cit., supra nota 17, pág. 14.

(27) DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II. Vol. I. Instituto Editorial Reus. Madrid. Traducción de la 4a. Edición italiana por SERRANO y SANTA CRUZ; págs. 271-272.

(28) CARIOTA FERRARA. Op. cit., supra nota 2, pág. 115. Tal es una posición tradicional, que resulta inaceptable si se estudia la función y estructura del negocio desde el punto de vista del derecho como fenómeno real objetivo. V. FALZEA, Angelo. *Efficacia Giuridica. Voci di Teoria Generale del Diritto*. Giuffrè-ed. Milano, 1970. Págs. 190 y ss.

(29) CASTAN TOBENAS, José. *Derecho Civil Español Común Floral*. Instituto Editorial Reus. Madrid. Novena Edición, 1958. Tomo III, pág. 373.

(30) Véase, por ej.: Cas. No. 68 de las 10:10 hrs. del 16 de agosto de 1961, semestre II, tomo I, pág. 892. Cas. No. 116 de 16:45 hrs. del 20 de diciembre de 1966, sem. II, tomo II, pág. 789.

(31) ESPIN CANOVAS. Op. cit., supra nota 23, pág. 380. BRANCA, Giuseppe. *Istituzione de Diritto Privato*. 5a. Edizione. Zanichelli Bologna 1973. Pág. 60.

(32) VENZI, Giulio. *Manuale di Diritto Civile italiano*. 7a. Edizione Torino Unione tipografico-Editrice. Torinese, 1933. Pág. 391. STOLFI. Op. cit., supra nota 17, pág. 14. JOSSERAND. Op. cit., supra nota 24, pág. 38. ALVAREZ. Op. cit., supra nota 25, pág. 24. "... los tres requisitos básicos para el perfeccionamiento del contrato, consentimiento, causa y objeto. ...". Sala Primera Civil, No. 382, 9:00 hrs. 10 set. 1976.

(33) TORRENTE, Andrea. *Manuale di diritto privato*. Dott. A. Giuffrè-ed. Milano, 7a. Edizione 1968, pág. 444. ALESSANDRI. Op. cit., supra nota 25, pág. 300. BRENES CORDOBA. Op. cit., supra nota 25, pág. 3.

(34) DIEZ PICAZO. Op. cit., supra nota 21, pág. 100. MAZEUD HENRI, LEON Y JEAN. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda, Volumen I. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1969. Pág. 127.

que proviene, en gran parte, de una inexacta comprensión de lo que se va a entender por "elemento", y de lo que constituye una cualidad de este. Se requiere también precisar la relación entre elementos, formación, validez y eficacia del negocio.

3. ESTRUCTURA DEL NEGOCIO JURIDICO.

El negocio jurídico es un acto humano que expresa un interés de la vida, relevante para el Derecho, y al que este otorga consecuencias jurídicas. El efecto jurídico es un valor jurídico condicionado, es decir, asumido por el derecho bajo la condición de que se produzca una situación de hecho precedente (35), una "especie fáctica" concreta, que es "causa" de aquel efecto (36).

Se distinguen así dos figuras en el negocio: una causal, que es siempre un fenómeno temporal, un acto; y otra efectual, que es el valor atribuido al hecho (37).

A. ANALISIS DE LA FIGURA CAUSAL.

En la "especie fáctica" causal hay dos categorías de elementos: los esenciales o principales (causas de la eficacia) y los inesenciales o marginales (concausas de la eficacia). A estas dos categorías corresponden dos órdenes de calificaciones jurídicas de la "fattispecie", que se expresan en los institutos de la relevancia jurídica y de la eficacia jurídica (38). Los elementos esenciales constituyen un esquema jurídico; hay además una zona marginal o periférica, a la que permanecen confinados todos los elementos que, por representar notas accidentales o variables lógicas respecto a la esencia conceptual expresa de aquel esquema, determinan los límites y la extensión de su eficacia (39).

Jurídicamente relevante es la situación de hecho concreta cuando está constituida por todos los elementos requeridos para que el acto sea reconocido por el derecho, y sea capaz, potencialmente, de producir efectos jurídicos. Algunos

elementos son indispensables para que se dé la actitud a provocar cambios en la esfera de los efectos jurídicos (elementos existenciales); otros son necesarios para que los cambios tengan lugar actualmente (elementos marginales) (40).

a. Figura causal del negocio jurídico:

1. Clasificación de acuerdo a la eficacia.

Para el surgir de un fenómeno temporal en el ámbito del Derecho, es necesario que se realicen los elementos constitutivos que representan sus presupuestos exclusivos; para que se produzca la situación efectual, puede no ser suficiente la existencia de ese núcleo central, requiriéndose ulteriores elementos, cuya función causativa no puede ser igual, porque de ellos depende solo el "sí" o el "cuando" se produzca la situación efectual (41).

Para lograr una distinción aceptable, debe hablarse de elementos esenciales para indicar los elementos jurídicamente necesarios para que se dé un negocio jurídico en el ámbito del Derecho, es decir, los componentes típicos del esquema negocial, indeclinables por las partes, que constituyen el núcleo mínimo y común para que un fenómeno temporal sea relevante en el mundo jurídico como negocio.

Al grupo de los elementos esenciales se debe contraponer el grupo de los elementos no esenciales, que son aquellos componentes de los cuales el negocio se enriquece, pero puede ser existente y válido en su mínimum indefectible también sin ellos (42).

Así, la clasificación se hace no con respecto a un concreto negocio, sino respecto al concepto de negocio. Se refiere al mínimo de elementos necesarios para el surgir de un negocio, que puede venir enriquecido por determinaciones accidentales. Estos vendrían a ser caracterizados en forma negativa, por no pertenecer al núcleo indispensable, a tales elementos conviene por ello la calificación de "inesenciales" (43), aunque este término designaría una categoría más amplia: las llamadas concausas, elementos marginales o coelementos (44), dentro de los cuales la doctrina tradicional enmarca los elementos accidentales y naturales, aunque,

(35) FALZEA, Angelo. Op. cit., supra nota 28, págs. 282-283.

(36) Se trata de una causalidad que comprende todo condicionamiento real, aún no físico. V. FALZEA, op. cit., supra nota 28, págs. 211 y ss.

(37) Todo fenómeno jurídico comprende un aspecto causal, un antecedente de hecho, que es siempre un fenómeno temporal, un evento o un comportamiento; siendo el negocio jurídico un acto humano voluntario, su figura causal siempre está constituida por un comportamiento, significativo o simbólico. V. FALZEA, op. cit., supra nota 28, págs. 271-273, 283 y ss. PEREZ, Víctor. *Los hechos jurídicos. Ideas Básicas del Derecho Privado*. Publicación de la Facultad de Derecho, U. de C.R., 1973, págs. 8-11, 26-29, 48 y ss.

(38) FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 26.

(39) FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 53.

(40) FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 26-27.

(41) FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 35.

(42) RUSSO, op. cit., supra nota 18, pág. 103.

(43) RUSSO, op. cit., supra nota 18, pág. 104.

(44) FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 26, 36, 53, etc.

como se verá estos últimos pertenecen a la zona efectual del negocio. Causa es la fattispecie central; sólo el negocio jurídico es causa del efecto negocial, en sentido estricto (45).

El cumplimiento del término, por ejemplo, solo decide el momento en el cual el efecto ya prefijado debe encontrar realización (46); en igual forma la condición suspensiva interviene para determinar si (y cuando) se debe realizar la situación efectual de un acto ya perfeccionado en todos sus elementos constitutivos.

Resulta así una distinción de los componentes de la figura causal, de acuerdo a la eficacia.

2. Clasificación de acuerdo a la validez.

Distinta es la situación en orden a la validez del negocio. En esta perspectiva serían esenciales aquellos componentes del hecho negocial cuya falta no permite atribuir al hecho la calificación de un negocio válido, y comporta así su invalidez. Accidentales serían en cambio aquellos componentes de los cuales el hecho negocial se enriquece, pudiendo ser válido sin ellos (47). Pero el añadido de un elemento accidental a un negocio singular no deja de reflejarse sobre su validez; en efecto, es posible que un elemento accidental inserto en la regulación negocial provoque la invalidez de la especie fáctica completa. (Por ejemplo, la condición imposible o ilícita en los negocios ínter vivos) (48). En este sentido se daría una descomposición del esquema negocial en tantas secciones cuantas son las funciones que la norma reconoce a los varios elementos que prevé (49).

Una clasificación de este tipo consideraría el mínimo indispensable de elementos necesarios para la validez de un negocio. Si hay determinaciones accidentales presentes en concreto, es evidente que el concepto de elemento esencial o accidental a los fines de la validez cambia completamente, pudiendo esta depender también de los elementos accidentales que se inserten concretamente (50).

B. COMPONENTES DEL SUPUESTO DE HECHO NEGOCIAL.

Se impone entrar a considerar cuáles son esos elementos que constituyen la figura causal negocial, para pasar luego al estudio de su posición respecto a la validez del negocio.

Es necesario previamente realizar algunas precisiones terminológicas.

a. Presupuestos.

Una parte de la doctrina distingue los "presupuestos", que son circunstancias extrínsecas al negocio, a su esquema o estructura, que constituyen verdaderos requisitos de validez (por ejemplo la apertura de la sucesión respecto a la aceptación de la herencia), y a veces, de eficacia (51). Tal vez en este caso sería más conveniente hablar de antecedentes lógicos y jurídicos del negocio.

Una segunda acepción, más difundida y aceptable, llama presupuesto a ciertas circunstancias extrínsecas al negocio considerado en sí mismo, pero que tienen una función integradora respecto de él, pues sin ellos el negocio no es válido; vienen a formar parte de él en el seno de la compleja situación de hecho inicial, a la que pertenecen, y en la que el negocio se inserta (52).

El sujeto es el punto de conexión necesario entre el hecho jurídico y el efecto jurídico. El objeto (como fenómeno espacial) es un punto de vinculación posible pero no necesario entre hecho y efecto (53). Se le ha llamado también "términos de referencia" (54).

Los presupuestos del negocio están referidos a ellos precisamente, y es por eso que se distinguen en subjetivos y objetivos.

Los subjetivos se refieren a la potencialidad del sujeto de expresar mediante un comportamiento propio intereses jurídicamente relevantes (55); capacidad de actuar (que supone a la vez la capacidad jurídica), legitimación y titularidad, que reunidas dan la facultad de disposición (56). Estos

(45) FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 35-36.

(46) Puede haber realización anticipada del interés en dos hipótesis: a) Plena validez del pago anticipado, cuando el plazo solo se establece en beneficio del deudor (art. 773 C.C.) y que se traduce en la irrepitibilidad de dicho pago. b) Decadencia del beneficio del término (art. 777 C.C.).

(47) RUSSO, op. cit., supra nota 18, pág. 103.

(48) Artículo 678 C.C.

(49) FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 66-67.

(50) RUSSO, op. cit., supra nota 18, pág. 103.

(51) CARIOTA FERRARA. Op. cit., supra nota 2, pág. 118.

(52) CANDIAN, Aurelio. *Instituciones de Derecho Privado*. Primera Edición en español. UTEHA México 1961, pág. 146. TORRENTE, op. cit., supra nota 33, pág. 151. PIRAS, op. cit., supra nota 24, pág. 9.

(53) FALZEA, op. cit., supra nota 35, págs. 29 y ss.

(54) MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1954. Tomo II, pág. 357.

(55) PEREZ, Víctor. *Ideas Básicas del Derecho Privado*. Apuntes para el curso de Derecho Privado II. Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 1973. Pág. 2, tema 4, ideas generales.

(56) candian, op. cit., supra nota 52, pág. 146 se refiere a la capacidad. MESSINEO menciona la capacidad de obrar y el poder de disponer pero aclara que la capacidad es considerada por la mayoría como elemento del negocio. Op. cit., supra nota 54, pág. 357.

presupuestos deben existir en el momento en que el negocio se forma (57). Los presupuestos objetivos se refieren a la idoneidad del objeto (58) para servir como materia del negocio, y operar como posible punto de conexión entre hecho y efecto: existencia, licitud, posibilidad (material y jurídica) y determinabilidad del objeto. Debe existir, y ser conforme con los intereses del ordenamiento (59).

b. Elementos.

Habiendo distinguido los presupuestos y requisitos (en sentido estricto) del negocio, se impone considerar cuáles son los elementos que lo configuran. La doctrina tradicional, como se vio, carece de un criterio lógico de identificación, pues llama "elementos" a los componentes más diversos, mezclando incluso la zona causal y la efectual.

Con el término "elementos" se hace referencia a los requisitos funcionales y estructurales, que tienen un sentido actual, dinámico (60), y son concomitantes a la formación del negocio, en lo que divergen de los presupuestos, que son más bien requisitos previos. Pertenecen a la zona causal, es decir, al hecho negocial (61).

La discusión ha girado alrededor del objeto, el sujeto, la causa, la capacidad, la legitimación, la voluntad y la manifestación y la forma. Dentro de ellos es preciso determinar cuáles son la esencia, el común denominador de todo hecho que venga considerado como negocio por el derecho (62).

El sujeto y el objeto quedan excluidos del número de los elementos del negocio; ellos son puntos de vinculación entre hecho y efecto (63). Conviene llamarlos por ello "*términos de referencia, coeficientes de la relación jurídica*" (64). Ello es aplicable al objeto cuando se lo considera como fenómeno temporal. No así si se le toma como

"prestación", como ha hecho gran parte de la doctrina. En este sentido, el objeto es una conducta; escapa de la zona causal, y se configura dentro de la zona efectual, como "*componente de hecho del efecto jurídico*" (65).

Todo negocio presupone un sujeto del comportamiento (o sujeto de la manifestación) y un sujeto de la voluntad, que generalmente son coincidentes, salvo el caso de la representación (66). La capacidad y la legitimación se configuran como presupuestos subjetivos: el sujeto del comportamiento debe ser siempre capaz de actuar (67); tal es el único presupuesto realmente subjetivo y absoluto, aunque hay otros que consideran al sujeto en relación con determinado objeto o situación jurídica: la legitimación, la titularidad, las incompatibilidades.

Los elementos esenciales estructurales del negocio jurídico son de dos tipos: uno subjetivo interno y material: la voluntad, y el otro objetivo externo y formal: la manifestación o forma (que puede tener una particular configuración: forma en sentido estricto o formalidad) de esa voluntad (68). Funcionalmente, el negocio tiene lo que se denomina una "causa", que es la conformidad de los intereses programados, con el resto de intereses o valores acogidos por el ordenamiento. Cuando se da esta relación de conformidad, el negocio deviene eficaz, y por ende, puede cumplir su función (69). La causa se configura así como elemento esencial funcional del negocio (70).

c. Requisitos.

Como se ha observado, buena parte de la doctrina utiliza indistintamente los términos "elemento" y "requisito". Pero en un sentido más estricto es conveniente reservar el uso de "requisitos" para

(57) MESSINEO, op. cit., supra nota 54, pág. 357.

(58) CANDIAN, op. cit., supra nota 52, págs. 146-147. Se refiere a que haya un interés susceptible de ser involucrado en el negocio a través de la declaración. PIRAS, op. cit., supra nota 24, pág. 9, identifica el presupuesto "en el interés o en los intereses que el contrato está, en concreto, destinado a regular".

(59) MESSINEO, op. cit., supra nota 54, pág. 357, señala que es suficiente que estos presupuestos existan en el momento en que el negocio debe ser realizado, pues se da la posibilidad de que sobrevengan, es decir, se realicen en tiempo posterior a la formación del negocio, en favor de su validez.

(60) PEREZ, V., op. cit., supra nota 55, pág. 1, tema 4 (Ideas Generales).

(61) Aunque la causa elemento funcional, como se verá luego, para ser "justa" implica una concordancia entre el hecho negocial, el interés que encierra, y los intereses tutelados por el ordenamiento.

(62) El análisis de cada uno de estos aspectos se hará en forma detallada en la segunda parte de este trabajo.

(63) PIRAS, op. cit., supra nota 24, considera al sujeto como presupuesto.

(64) MESSINEO, op. cit., supra nota 54, pág. 357.

(65) V. FALZEA, op. cit., supra nota 28, págs. 286 y ss.

(66) PEREZ, V., op. cit., supra nota 55, "*Noción de negocio jurídico*", pág. 24.

(67) Salvo los casos de excepción, de capacidad especial de actuar, por ej. arts. 132 y 142 Cód. de Familia.

(68) En el ámbito del contrato, y por la naturaleza de este, la voluntad adquiere una particular configuración: es el "consentimiento", es decir, el acuerdo de dos o más voluntades.

(69) PEREZ, op. cit., supra nota 1, pág. 59.

(70) En un sentido similar BONFANTE distinguió dos elementos en los negocios jurídicos: la voluntad del sujeto y el estado de hecho o condición objetiva llamada causa. Pedro BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano* Instituto Editorial Reus. Madrid. Traducción de la octava edición italiana por BACCI Y LARROSA, pág. 49.

denominar las cualidades de los elementos del negocio (71), (y aun de sus presupuestos). Así por ejemplo, el elemento voluntad debe tener el requisito de no estar viciado. El elemento causa debe tener el requisito de ser lícito. En un negocio con-

creto un elemento puede existir, pero este puede carecer de los requisitos necesarios. En forma esquemática podría presentarse el negocio jurídico de la siguiente manera:

NEGOCIO JURIDICO		
	Subjetivo	Objetivo
Puntos de conexión entre hecho y efecto	SUJETO	OBJETO
	(Subjetivos)	(Objetivos)
Presupuestos	capacidad legitimación titularidad (facultad de disposición)	existencia física posibilidad jurídica (licitud) determinabilidad certeza
	Subjetivo, interno o material.	Objetivo, externo o formal.
Elementos ESTRUCTURALES	VOLUNTAD	MANIFESTACION (o forma)
Elemento Funcional	CAUSA	

Voluntad y manifestación resultan ser los elementos esenciales de la estructura del negocio jurídico. La causa es elemento funcional.

Al lado de este núcleo mínimo para que surja en el mundo jurídico un hecho relevante como el negocio, existe un amplio margen de acción de la voluntad de los sujetos en la esfera de los ya mencionados elementos no esenciales, marginales o concausas, dentro de los cuales sobresalen los llamados tradicionalmente elementos accidentales; la condición, el término y el modo (que serán objeto

de atención más adelante, y entran además toda clase de determinaciones accesorias, autolimitaciones y cláusulas que las partes quieran introducir (y que pueden tener un diverso relieve desde el punto de vista de la validez).

Desde una perspectiva distinta, algunos autores hablan de elementos esenciales desde el punto de vista de las partes, que son aquellos sin cuya concurrencia alguna de las partes no hubiese concluido el negocio, o sea, de los que este depende definitivamente (72).

(71) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, págs. 116-117.
(72) LEHMANN, Heinrich. *Tratado de Derecho Civil*. Ed. Revista de Derecho Privado Madrid, 1956. Vol. I. Pág. 243.
ENNECERUS, op. cit., supra nota 16, Tomo I. Volumen II 1950, pág. 300. Se trata de aspectos previamente subjetivos de las partes.

4. ELEMENTOS, PRESUPUESTOS Y REQUISITOS DEL NEGOCIO EN RELACION A LA FORMACION, LA VALIDEZ Y LA EFICACIA.

Diversa función asumen los componentes del hecho negocial desde esta nueva perspectiva.

La voluntad y la manifestación son el mínimo necesario para la existencia jurídica del negocio, para que un hecho concreto sea relevante como hecho negocial. Puede hablarse en relación a ellas de elementos existenciales (73). No puede existir un negocio jurídico si no existe al menos una voluntad exteriorizada (74). Faltaría un supuesto potencialmente eficaz. Así, hay inexistencia en el negocio realizado en representación teatral, con fines didácticos, en broma, por cortesía, etc., pues falta en estos casos la voluntad negocial, y lo que hay es una declaración objetivamente dirigida a otros fines.

Ahora bien, los elementos voluntad y manifestación tienen a su vez una serie de requisitos, con una diferente ingerencia en la vida negocial: la voluntad debe ser libre y claramente manifestada (art. 1008 C.C.); la manifestación requiere a veces una dirección determinada (formalidad). La voluntad viciada por error, violencia psíquica, etc., hace anulable el negocio; que sea libre es requisito de validez (arts. 1008, 1014 y 1015 C.C.). Las formalidades pueden tener importancia para la prueba del negocio (75) o bien para su validez (76) según el caso.

Debe recordarse que la validez o invalidez de un acto es un juicio que solo puede hacerse partiendo del supuesto de que el acto exista. Cuando no se cumple una formalidad *ad substantiam*, el negocio deviene absolutamente nulo (77). También es diversa la situación cuando la validez es nulidad o anulabilidad.

En el primer caso el acto tiene un defecto tal que prácticamente desaparece del mundo del Derecho, con lo que las consecuencias son semejantes a las de la inexistencia (78).

En el segundo caso, en cambio, el negocio tiene un vicio en uno de sus elementos esenciales o presupuestos consecutivos, de modo que puede ser impugnado, pero puede convalidarse (79). Otros aspectos son exigidos para la eficacia *erga omnes* del negocio, como la publicidad declarativa (80).

En cuanto a los presupuestos, su falta o defecto da lugar a diversas situaciones. La ausencia de capacidad de actuar incide en la validez del negocio, dando lugar a nulidad (incapacidad absoluta: menores de quince años, personas en estado de interdicción, el sordomudo que no sabe leer ni escribir) o a anulabilidad (incapacidad relativa, incapacidad natural).

La facultad de disposición, en general, es presupuesto de validez de los negocios jurídicos.

Aspectos relativos al sujeto pueden tener incidencia en la eficacia del negocio. Así es ineficaz el negocio con sujeto futuro, o a designar por un tercero, o cuya decisión debe esperarse (81).

En cuanto a los presupuestos objetivos la existencia, la posibilidad, la licitud, y el valor exigible, son requisitos de validez (82). Por supuesto tampoco puede ser eficaz el negocio en que ellos falten, y sobre todo es requisito de eficacia la determinación cuando el objeto es futuro, o se designa en forma genérica, o se espera su indicación por un tercero (83).

La causa tiene relevancia con respecto a la validez cuando falta o es ilícita.

La invalidez derivada de ilicitud del objeto o de la causa no tiene efecto restitutorio. (arts. 756 y 844 C.C.).

Puede intentarse resumir lo que se ha dicho hasta ahora en el siguiente esquema, cuyo análisis se hará posteriormente.

-
- (73) PUGLIATTI, Salvatore. *Diritto Civile. Método. Teoria. Pratica*. Giuffrè-ed. Milano 1951. págs. 71-72. Se refiere a la voluntad, únicamente.
- (74) En algunos casos la voluntad se configura como requisito de validez.
- (75) Por ejemplo el artículo 752 del Código Civil.
- (76) Por ejemplo el artículo 1397 del Código Civil.
- (77) De acuerdo al artículo 835 inciso 2) C.C. hay nulidad absoluta del acto cuando falta una formalidad exigida por la ley. Nuestro Código configura las formalidades como requisitos de validez del negocio.
- (78) De allí que parece adecuada la observación de Messineo, que llama elementos (esenciales) constitutivos del negocio aquellos cuyo defecto implique nulidad; y elementos para la validez del negocio aquellos que dan anulabilidad. Op. cit., supra nota 54, pág. 356. Pero en realidad, como se vio, ambos presuponen la existencia de un acto al que se califica con una diferencia de grado entre los dos juicios de validez.
- (79) Véase, sobre este tema PEREZ V. Víctor y CERTAD M. Gastón. *Estudios sobre el Negocio Jurídico*. San José, Costa Rica. Primera Edición, agosto 1978, pág. 83.
- (80) MESSINEO, op. cit., supra nota 54, pág. 356.
- (81) PIRAS, op. cit., supra nota 24, pág. 84.
- (82) Relación del art. 627 inc. 7 con el art. 835 inc. 1), todos del Código Civil.
- (83) PIRAS, op. cit., supra nota 24, pág. 86.

R E L E V A N C I A			R E Q U I S I T O S			
NEGOCIO JURIDICO	ELEMENTOS	ESTRUCTURALES		VOLUNTAD	DE VALIDEZ	DE EFICACIA
		MATERIAL	FORMAL			
		ESENCIALES (De existencia)				
	FUN- CIO- NAL		C A U S A	EXISTENCIA LICITUD		
PRESUPUESTOS	S U B J E T I V O S		Punto de vinculación subjetivo entre hecho y efecto.	S U J E T O	capacidad legitimación titularidad Facultad de disposición	determinación si se trata de: — destinatario ajeno cuya decisión debe esperarse. — sujeto futuro — destinatario que debe ser indicado por un tercero
	O B J E T I V O S		punto de vinculación objetivo entre hecho y efecto.			Posibilidad física y jurídica (licitud) certeza valor exigible determinación o determinabilidad

5. ELEMENTOS DEL NEGOCIO JURIDICO EN EL CODIGO CIVIL COSTARRICENSE.

Nuestro Código Civil no contiene la categoría sistemática del negocio jurídico propia de los códigos modernos. Deben, por ello, considerarse, las disposiciones generales en materia de obligaciones y contratos.

Si el contrato es en acuerdo de voluntades que genera obligaciones entre las partes, la teoría de las obligaciones resulta el antecedente de la contractual (84).

Siendo el contrato una de las fuentes y formas de la obligación, todas las condiciones esenciales relativas a esta, deben existir respecto a él. A partir de esta premisa es posible intentar construir teorías del negocio jurídico en nuestro derecho civil.

El artículo 627 del Código Civil expresa que *"Para la validez de la obligación es esencialmente indispensable: 1) Capacidad de parte de quien se obliga. 2) Objeto de cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación. 3) Causa justa"*.

El artículo 1007 declara que *"Además de las condiciones indispensables para la validez de las obligaciones en general, para las que nacen de contrato se requiere el consentimiento, y que se cumplan las solemnidades que la ley exija"*.

A la vista de estas disposiciones se deduce que en la sistemática del Código, consentimiento, causa, capacidad, objeto y forma se configuran, más que como elementos, como requisitos necesarios para la validez del negocio (o contrato).

Dentro de una imperfección técnica, el Código confunde en esos preceptos los conceptos de existencia y validez, cuando sólo el negocio existente puede ser válido o inválido.

Pero el hecho de que los llamados elementos esenciales se califiquen como requisitos de validez no deja de tener importancia en el sistema legal. De esa forma se explica que, excepcionalmente, el acuerdo puede faltar, y aun así subsistir el negocio, mientras no sea impugnado; o que haya inexistencia de la causa, y el negocio perdura mientras la parte interesada no pruebe lo correspondiente.

PARTE II

1. EL SUJETO Y LOS PRESUPUESTOS SUBJETIVOS.

A. SUJETOS Y PARTES DEL NEGOCIO.

El negocio jurídico, en tanto que comportamientos humanos, presupone necesariamente un sujeto del que emane.

El acto de autonomía privada requiere al menos un sujeto que lo ponga en existencia; puede ser operado por uno, dos o más sujetos, según se refiera a la autonomía de uno o más individuos (85).

El sujeto se haya como respuesta a la pregunta *quién...?*, independientemente de su identidad, cualidades, o posición.

Si su presencia es imprescindible en toda relación jurídica, también lo es en la obligación, y con ella en el negocio (86).

Si suelo considerar que el sujeto es un elemento extrínseco al negocio (87). A reserva puede afirmarse que él es quien lo celebra, la persona o personas que emiten la manifestación de voluntad. Pero debe mirarse en un doble aspecto: un sujeto del comportamiento o manifestación, y un sujeto

de la intención o voluntad (88). Generalmente son coincidentes, excepto en el caso de la representación. Este concepto comprende desde, luego, los sujetos respecto de los cuales deben producirse los efectos (tercero, público, sucesor, etc.), los destinatarios, si los hay.

Mayor relieve asume el concepto de "partes del negocio". Por parte se entiende cada uno de los centros de intereses que participan en el negocio, (esto en los contratos conmutativos, no en los asociativos) y que pueden calificarse, en sentido lato, como antagónicos (89).

A cada parte así concebida pueden corresponder una o más personas (sujetos del ordenamiento jurídico).

El negocio se articula en concreto diversamente, según el número de las partes. El contrato se resuelve estructuralmente en el acuerdo de dos o más partes.

Interesa la diferencia entre parte en sentido material como centro de intereses; y parte en sentido formal, o sujeto contractual (90). El sujeto del negocio o parte en sentido formal es aquel, según la valoración de la conciencia social, que la ley

(84) RAMIREZ, op. cit., supra nota 8, pág. 53.

(85) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Seconda Edizione. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli, 1969, págs. 104-105.

(86) ALTERINI, Attilio Aníbal y otros. *Curso de Obligaciones*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1975. Vol. I, pág. 43.

(87) PEREZ, V., op. cit., supra nota 22, pág. 24.

(88) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, pág. 21.

(90) PIRAS, op. cit., supra nota 24, págs. 28-30.

5. ELEMENTOS DEL NEGOCIO JURIDICO EN EL CODIGO CIVIL COSTARRICENSE.

Nuestro Código Civil no contiene la categoría sistemática del negocio jurídico propia de los códigos modernos. Deben, por ello, considerarse, las disposiciones generales en materia de obligaciones y contratos.

Si el contrato es en acuerdo de voluntades que genera obligaciones entre las partes, la teoría de las obligaciones resulta el antecedente de la contractual (84).

Siendo el contrato una de las fuentes y formas de la obligación, todas las condiciones esenciales relativas a esta, deben existir respecto a él. A partir de esta premisa es posible intentar construir teorías del negocio jurídico en nuestro derecho civil.

El artículo 627 del Código Civil expresa que *"Para la validez de la obligación es esencialmente indispensable: 1) Capacidad de parte de quien se obliga. 2) Objeto de cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación. 3) Causa justa"*.

El artículo 1007 declara que *"Además de las condiciones indispensables para la validez de las obligaciones en general, para las que nacen de contrato se requiere el consentimiento, y que se cumplan las solemnidades que la ley exija"*.

A la vista de estas disposiciones se deduce que en la sistemática del Código, consentimiento, causa, capacidad, objeto y forma se configuran, más que como elementos, como requisitos necesarios para la validez del negocio (o contrato).

Dentro de una imperfección técnica, el Código confunde en esos preceptos los conceptos de existencia y validez, cuando sólo el negocio existente puede ser válido o inválido.

Pero el hecho de que los llamados elementos esenciales se califiquen como requisitos de validez no deja de tener importancia en el sistema legal. De esa forma se explica que, excepcionalmente, el acuerdo puede faltar, y aun así subsistir el negocio, mientras no sea impugnado; o que haya inexistencia de la causa, y el negocio perdura mientras la parte interesada no pruebe lo correspondiente.

PARTE II

1. EL SUJETO Y LOS PRESUPUESTOS SUBJETIVOS.

A. SUJETOS Y PARTES DEL NEGOCIO.

El negocio jurídico, en tanto que comportamientos humanos, presupone necesariamente un sujeto del que emane.

El acto de autonomía privada requiere al menos un sujeto que lo ponga en existencia; puede ser operado por uno, dos o más sujetos, según se refiera a la autonomía de uno o más individuos (85).

El sujeto se haya como respuesta a la pregunta quién...?; independientemente de su identidad, cualidades, o posición.

Si su presencia es imprescindible en toda relación jurídica, también lo es en la obligación, y con ella en el negocio (86).

Si suelo considerar que el sujeto es un elemento extrínseco al negocio (87). A reserva puede afirmarse que él es quien lo celebra, la persona o personas que emiten la manifestación de voluntad. Pero debe mirarse en un doble aspecto: un sujeto del comportamiento o manifestación, y un sujeto

de la intención o voluntad (88). Generalmente son coincidentes, excepto en el caso de la representación. Este concepto comprende desde, luego, los sujetos respecto de los cuales deben producirse los efectos (tercero, público, sucesor, etc.), los destinatarios, si los hay.

Mayor relieve asume el concepto de "partes del negocio". Por parte se entiende cada uno de los centros de intereses que participan en el negocio, (esto en los contratos conmutativos, no en los asociativos) y que pueden calificarse, en sentido lato, como antagónicos (89).

A cada parte así concebida pueden corresponder una o más personas (sujetos del ordenamiento jurídico).

El negocio se articula en concreto diversamente, según el número de las partes. El contrato se resuelve estructuralmente en el acuerdo de dos o más partes.

Interesa la diferencia entre parte en sentido material como centro de intereses; y parte en sentido formal, o sujeto contractual (90). El sujeto del negocio o parte en sentido formal es aquel, según la valoración de la conciencia social, que la ley

(84) RAMIREZ, op. cit., supra nota 8, pág. 53.

(85) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Seconda Edizione. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli, 1969, págs. 104-105.

(86) ALTERINI, Atilio Anibal y otros. *Curso de Obligaciones*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1975. Vol. I, pág. 43.

(87) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, pág. 104.

(88) PEREZ, V., op. cit., supra nota 22, pág. 24.

(89) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, pág. 21.

(90) PIRAS, op. cit., supra nota 24, págs. 28-30.

hace propia, a quien corresponde su paternidad, y al que debe referirse no solo la forma del comportamiento, sino también su contenido (91).

Generalmente en la estipulación de un contrato participan al menos dos sujetos. Pero la distinción señalada permite admitir la plena validez de un contrato que el representante concluya consigo mismo, como él y representante, o como representante de dos sujetos diversos. En tal hipótesis del llamado "autocontrato", se da la presencia de un solo sujeto que interviene en la formación del contrato en una doble forma, concentrando en sí mismo las posiciones de parte y contraparte en sentido formal, pero manteniéndose la necesaria presencia de dos sujetos en sentido material, como centros de intereses (92). En sustancia, para que exista un contrato es necesaria la presencia de al menos dos partes entendidas en sentido substancial, o partes contractuales, en cuya esfera patrimonial recaigan los efectos del acto. En cambio no es necesaria la presencia de dos o más sujetos en sentido formal, como autores de las respectivas manifestaciones de voluntad.

Explicación del reconocimiento jurídico es por principio la identidad entre sujeto del negocio y sujeto del interés regulado por el mismo, identidad en la que se expresa la esencia de la autonomía privada: solo respecto a sus intereses puede normalmente tener valor decisivo la disposición del sujeto; *"puede ordenar en casa propia, pero solo excepcionalmente en casa ajena"* (93).

Así entendido el negocio bajo su aspecto subjetivo, surge el problema de su tratamiento de acuerdo a las condiciones del sujeto, en tanto que portador potencial de intereses. La cualidad de sujeto no es suficiente para que el negocio pueda surgir válidamente (94).

El autorregulamiento de intereses asume frente a la conciencia social un valor diverso según la edad y la madurez del sujeto, según que sea o no portador de una voluntad consciente (95). Es necesario que este sea capaz. Pero como el sujeto consustituye un factor externo al negocio, sus condiciones permanecen también fuera (96) y se

constituyen por tanto como presupuestos subjetivos de aquel.

a. Función del sujeto como punto de vinculación entre hecho y efecto.

En el cuádrinomio fundamental de la fenomenología la jurídica se encuentran los fenómenos espaciales, los objetos, dentro de los cuales figuran los sujetos humanos.

Se caracterizan por ser capaces de permanecer indefinidamente en el tiempo, manteniendo su identidad y su unidad por una duración más o menos larga, y en consecuencia se prestan para ligar entre ellos hechos sucesivos y a veces distantes.

Los hechos se desarrollan siempre entre objetos y su importancia depende y varía de acuerdo a los objetos sobre los que recaen, paralelamente, los actos están ligados a los sujetos (97).

No es posible que el sujeto cuya actividad viene a realizar el efecto jurídico, sea extraño a la situación condicionante (98). Hay además una razón axiológica: *"El sujeto al que se confía la futura actividad de realización, para poder ser razonablemente llamado en causa debe tener también una relación práctica, directa o indirecta, particular o general, con la situación originaria de intereses definida en el hecho jurídico. . . Existe al menos un sujeto jurídico que aparece y debe aparecer tanto en el hecho como en el efecto"* (99).

Toda situación que es considerada por el Derecho asume relevancia en cuanto manifiesta la existencia de intereses subjetivos; incluso cuando el Derecho toma en cuenta los llamados hechos naturales, lo hace porque ellos inciden sobre intereses humanos relevantes (100).

A la vez, los efectos jurídicos tienen siempre un elemento subjetivo al cual se atribuye la valoración de necesidad o posibilidad que el efecto encierra (101), de modo que el sujeto se presenta como necesario punto de referencia de los efectos jurídicos.

El efecto jurídico siempre comprende un acto (102), un comportamiento humano, y por tanto está necesariamente referido a un sujeto.

(91) BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. Segunda edición, pág. 60.

(92) PIRAS, op. cit., supra nota 24, págs. 18-19, 30-31. Se refiere a la parte en sentido substancial como presupuesto de existencia del contrato, y en sentido formal, como requisito de validez.

(93) BETTI, op. cit., supra nota 91, pág. 69.

(94) FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, pág. 79.

(95) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, pág. 105.

(96) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, pág. 105.

(97) FALZEA, op. cit., supra nota 28, págs. 271-273.

(98) FALZEA, op. cit., supra nota 28, pág. 292.

(99) FALZEA, op. cit., supra nota 28, págs. 292-293.

(100) PEREZ, Víctor. *Existencia y Capacidad de las Personas*. Instituto de Derecho Privado. Edición provisional. San José, Costa Rica, 1974. Pág. 52.

(101) FALZEA, op. cit., supra nota 28, págs. 294 y ss.

(102) El componente de hecho del efecto jurídico es siempre un acto, aunque el hecho jurídico puede o no ser un acto. V. FALZEA, op. cit., supra nota 28, págs. 286-290.

Por estas razones se habla del sujeto como punto de vinculación entre causa y efecto.

b. La persona o sujeto de derecho:

El sujeto es un fenómeno jurídico y como tal tiene un elemento material y un elemento formal.

El elemento material o sustancial es siempre el interés de la comunidad frente a un determinado problema social. *"El fondo del Derecho es el interés. Un ordenamiento jurídico positivo no es otra cosa que un sistema de intereses derivado de una vida común, y hecho objetivamente constatable por una común experiencia y cultura"* (103).

El elemento formal viene constituido por el reconocimiento que el Derecho hace de esa materialidad (104).

Cuando esa materialidad es reconocida por el Derecho el sujeto asume una especial cualidad jurídica: la personalidad jurídica; esta viene a ser por tanto la cualidad que tiene un ente de ser sujeto de Derecho, centro de imputación normativa.

De acuerdo al substrato material se distinguen personas físicas y jurídicas: en las primeras el Derecho reconoce como sujeto al organismo humano viviente; en las segundas, a un conjunto de hombres o bienes, agrupados para conseguir un interés común. Persona es, por tanto, *"todo substrato de hecho al cual el Derecho le reconoce el carácter de potencial portador de intereses jurídicos. Tal carácter es, precisamente, la personalidad jurídica"* (105).

Nuestro Código Civil no contiene una definición de lo que debe entenderse por persona o sujeto de Derecho. Sólo reconoce la existencia de las dos categorías mencionadas, distinguiéndolas porque la existencia de las personas físicas comienza desde su nacimiento, y la de las personas jurídicas proviene de la ley (106). Sin embargo, también el hombre es persona por el reconocimiento que el Derecho le confiere.

En el negocio jurídico, como se ha visto, la función del sujeto es conectar necesariamente el hecho y el efecto. Pero él permanece fuera de la estructura negocial, aunque es su productor, preci-

samente por la posición activa que tiene frente a la figura jurídica primaria, en tanto coopera en el proceso de producción de los hechos jurídicos (107). No puede existir un negocio sin un sujeto que le dé vida; pero una vez creado, estructuralmente, permanece fuera de la figura causal (108), en tanto fenómeno lógicamente antecedente.

B. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS.

a. La capacidad.

No basta que el negocio tenga un sujeto del que emane, es necesario que se trate de un sujeto capaz de actuar.

La capacidad se ha definido generalmente como la aptitud para adquirir derechos y ejercitarlos (109), para ser sujeto de derechos y deberes (110), es decir, sujeto activo o pasivo en una relación jurídica, capaz de derechos y obligaciones (111).

Sin embargo, observando estas mismas definiciones tradicionales, se desprende la imposibilidad de un concepto unitario de "capacidad", pues se refiere a las dos manifestaciones fundamentales de la subjetividad: capacidad jurídica y capacidad de actuar; la primera hace relación a un carácter pasivo del sujeto en tanto que destinatario de consecuencias jurídicas. La segunda, en cambio designa una posición activa, de colaborador en la formación de figuras jurídicas primarias (112).

Así lo ha considerado la doctrina francesa, que distingue entre capacidad de goce o disfrute, como aptitud para ser titular de derechos, y capacidad de ejercicio, o poder para utilizarlos y transmitirlos (113). Pero este criterio de distinción ha sido criticado (114), prefiriéndose distinguir capacidad jurídica y capacidad de actuar, según se designe la posición del sujeto en cuanto posible destinatario de efectos jurídicos, o bien su posición en cuanto posible autor de figuras jurídicas primarias, a las que el Derecho conecta consecuencias jurídicas, como aptitud activa (115).

(103) FALZEA, op. cit., supra nota 28, pág. 236.

(104) Sobre estos temas y los siguientes, ver PEREZ V., op. cit., supra nota 100.

(105) PEREZ, V., op. cit., supra nota 100, págs. 85-86.

(106) Arts. 13 y 15 C.C.

(107) PEREZ, V., op. cit., supra nota 100, págs. 57-58.

(108) Algunos autores han ubicado como requisito de validez del contrato la pluralidad de las partes. Por ej. PIRAS, op. cit., supra nota 24, pág. 27. Otros lo ubican como un elemento extrínseco al concepto de negocio. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, pág. 104.

(109) COLIN Y CAPITANT. *Curso Elemental de Derecho Civil*. E. Reus, S.A. Madrid 1975. Tomo I, pág. 221.

(110) ESPIN C., op. cit., supra nota 23, pág. 182.

(111) DE COSSIO, Alfonso. *Instituciones de Derecho Civil*. Alianza Editorial S.A. Madrid 1975, pág. 8.

(112) PEREZ, V., op. cit., supra nota 100, págs. 59-61.

(113) Así por ej., COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra nota 109, pág. 221. En el mismo sentido, ESPIN, op. cit., supra nota 23, pág. 182. ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 351.

(114) PEREZ, V., op. cit., supra nota 100, págs. 38-39.

(115) PEREZ, V., op. cit., supra nota 100, págs. 98-99.

La capacidad jurídica se refiere a la abstracta cualidad del sujeto, prescindiendo de cualquier posición específica, y no va puesta en relación a ninguna consecuencia jurídica particular. Frente a ella está la capacidad concreta de destinación (capacidad de actuar) y la causa que provoca la concretización de la primera en la segunda es la imputación funcional de una especie fáctica singular al sujeto, entendida como atribución a una persona de la cualidad de ser punto de destinación de los efectos de aquella especie fáctica (116).

1. Capacidad y negocio jurídico.

Todo negocio jurídico contiene una manifestación de voluntad por tanto sólo puede ser concluido por sujetos que estén en una situación de poder expresar una voluntad independiente y con seriedad, y de disponer conscientemente sobre sus relaciones jurídicas (117). Es preciso tener la correspondiente capacidad de actuar, ya que esta es una cualidad reconocida a los sujetos, desde el punto de vista de su madurez intelectual y volitiva, para poner válidamente en existencia un negocio, esto es, para querer conscientemente y, en correspondencia, para recibir declaraciones de voluntad (118).

El negocio requiere la capacidad de los sujetos, no solo en el sentido de posibilidad de entender y querer, sino también en el de capacidad legal, de modo que pueda efectuarse con arreglo a las leyes un negocio válido y eficaz.

El artículo 627 C.C. exige la capacidad como esencialmente indispensable para la validez de la obligación. Hace referencia a la capacidad de actuar, la cual, según el 628 se presume siempre mientras no se pruebe lo contrario.

Se trata así de proteger a los menores, enfermos mentales, en vista de su debilidad de juicio, inexperiencia o falta de aptitudes.

La capacidad de actuar se ha considerado como requisito de la voluntad, pues esta implica la conciencia del negocio que se efectúa (119).

Ello es correcto respecto a la capacidad natural, pues sólo puede formar una voluntad negocial quien es capaz de entender y querer, y puede afirmarse también respecto de la capacidad legal, en tanto tiene como presupuesto a aquella.

Algunos autores no comparten esta idea; suponen que no se trata de que el consentimiento pueda o no ser prestado, sino de si el negocio generado por este consentimiento es o no válido y eficaz. La capacidad no sería presupuesto de la validez y de la eficacia del negocio (120). Sin embargo se ha visto que el presupuesto "capacidad" es un requisito de validez del negocio (art. 627 C.C.). Tal disposición de la ley deriva precisamente de que se considera irregular la voluntad formada en un incapaz, si es que llega a formarse, en tanto que carece precisamente de la posibilidad de entender y querer (121).

2. Incapacidad.

Se distinguen la incapacidad natural, que consiste en la ineptitud de un sujeto para entender y querer, y la incapacidad legal, que es una condición objetiva y formal en que viene a encontrarse el sujeto. La incapacidad natural es el presupuesto para la declaración de interdicción.

Hay capacidad natural cuando el sujeto tiene facultades suficientes para manejar sus intereses. Puede suceder que alguien tenga la capacidad legal pero no la natural (por ejemplo un anciano) (122) o bien lo contrario (por ejemplo un menor de gran desarrollo mental).

La incapacidad legal es una valoración de no posibilidad de realizar ciertos comportamientos que provoquen efectos jurídicos.

Según el artículo 18 C.C., se modifica o limita por el estado civil, la edad y la incapacidad física, respecto de las personas físicas, y por la ley que las regula, respecto de las jurídicas.

La mayoría de edad se adquiere a los 18 años (art. 19 C.C.). El menor de edad no puede realizar por sí negocios jurídicos, pero sí es portador de intereses que el Derecho contempla, y por ello debe estar representado, por sus padres, o por un tutor cuando aquellos no puedan ejercer la patria potestad, o bien por un curador especial en los casos de opuesto interés entre representante y representado o entre incapaces bajo una misma representación (art. 127 C. Fam.).

Los actos de los menores de 15 años son absolutamente nulos, y de los menores mayores de 15 años son relativamente nulos (arts. 20 y 21 C.C.). Sin embargo pueden realizar algunos actos que son

(116) V. FALZEA, loc. cit., supra nota 28.

(117) JÖRS-KUNKEL. *Derecho Privado Romano*. Ed. Labor S.A. Barcelona, 1965, págs. 124-125.

(118) PIRAS, op. cit., supra nota 24, págs. 35-36.

(119) En este sentido, BONFANTE, op. cit., supra nota 70 págs. 76-77. Este criterio es aplicable en nuestro derecho: "El requisito de la capacidad es necesario para la validez de las obligaciones nacidas de los convenios, más no de aquellas que proceden de los cuasicontratos, de los hechos ilícitos o de la ley, en cuanto ellas graven el patrimonio de los obligados, porque entonces la obligación se produce independientemente de la voluntad de la persona a quien afecta la necesidad jurídica del rescancimiento o del pago...". BRENES CORDOBA, Alberto. *Tratado de las Obligaciones*. Ed. Juriscentro, San José, Costa Rica, 1977, pág. 15.

(120) En este sentido, DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 100.

(121) Algunos autores consideran la capacidad como requisito de eficacia. V. por ej. LEHMANN, op. cit., supra nota 72, pág. 269. Pero ineficaz es un negocio donde están en regla todos los elementos y presupuestos exigidos por el ordenamiento, pero otras circunstancias determinan la suspensión, eliminación, o impedimento de la eficacia. En cambio es inválido el negocio en que falta o está viciado un elemento esencial o un presupuesto necesario.

(122) V. PIAZZA, Gabriello. *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*. Jovene-ed. Napoli, 1968, Pág. 25 y PUGLIATTI, Salvatore. *Gli Istituti del Diritto Civile*. Vol. I, Giuffrè-ed. Milano 1943, pág. 134.

considerados figuras jurídicas primarias, y cuyos efectos son imputables al menor; respecto a ellos existe la llamada "capacidad especial de actuar", por ejemplo, el caso de la madre menor y soltera que puede actuar a nombre de su hijo pero no por sí misma (art. 142 C. Fam.), la posibilidad del menor de contraer matrimonio (art. 15, inc. 3, 16 y 19 C. Fam., arts. 65, 21 inc. 1 y 17 C. Fam.); el art. 132 C. Fam. establece que el menor administrará y dispondrá de los bienes que adquiera por su trabajo.

Los actos del incapaz mental son relativamente nulos, pero si su incapacidad ha sido declarada judicialmente, son absolutamente nulos (art. 23 C.C.), y en este caso se le designa un representante, llamado curador.

La incapacidad puede tener causas físicas; así, los actos del sordomudo que no sabe leer ni escribir son absolutamente nulos (art. 24 C.C.), y debe dotársele de un curador.

b. Legitimación:

La capacidad hace referencia a cualidades intrínsecas y abstractas del sujeto pues se presenta como potencial productor de hechos jurídicos. Pero a veces no es suficiente para la conclusión válida de un negocio, sino que se exige un ulterior requisito subjetivo: la legitimación, que designa una determinada posición del sujeto, relevante respecto a ciertos presupuestos de hecho, más concretamente, respecto al objeto o al sujeto de la relación jurídica (123).

El concepto ha asumido significados diversos, según los autores; el más corriente es el que lo hace coincidir con el poder de disponer, es decir la relación entre el sujeto y la materia en que el acto incide, el bien o relación sobre los que cae (124). Generalmente se hace referencia a la relación del sujeto con el objeto (125) del negocio, reservándose el término "incapacidad jurídica relativa" para designar la posición frente al sujeto. Pero en realidad debe distinguirse entre legitimación activa y pasiva, según se designe la particular relación que existe o puede existir entre el sujeto y el objeto, o entre el sujeto y el otro sujeto, (por ej. arts. 14, 101, 174 C. Fam. respecto a la legitimación activa; arts. 25 C.C. y 204 C. Fam. respecto a la pasiva).

c. Titularidad:

En algunos negocios se requiere también que el sujeto tenga la titularidad. Esta señala su posición como destinatario actual, ya no potencial, de efectos jurídicos; es la concretización de la genérica capacidad jurídica respecto a determinadas consecuencias jurídicas (126).

Por ejemplo, el sujeto debe ser titular del derecho de propiedad para poder transmitir el dominio a otro.

No se requiere la titularidad en el sujeto autor del negocio cuando actúa en ejercicio de una representación (legal o voluntaria).

d. Compatibilidad:

En ocasiones el sujeto se encuentra en una particular situación por tener ciertos cargos o funciones, que constituyen un obstáculo para realizar algunos actos. Puede operar en sentido contrario: ciertos cargos o funciones no pueden ser desempeñados por determinados sujetos.

2. EL OBJETO Y LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS.

A. DIVERSAS CONCEPCIONES DEL TÉRMINO "OBJETO":

a. Objeto del negocio y objeto de la obligación:

Una buena parte de la doctrina distingue entre objeto del contrato (en general, del negocio) y objeto de la obligación. El contrato crea obligaciones; se dice que el objeto del acto es el conjunto de derechos y obligaciones que crea, modifica o extingue (127). A su vez las obligaciones y derechos tienen un objeto, cuya concepción varía de un autor a otro: las cosas o servicios; un dar, hacer o no hacer; un bien apetecible para el sujeto; las prestaciones prometidas.

Algunos autores han llegado a afirmar que un contrato no tiene objeto, sino efectos que consisten en la producción de obligaciones, y son estas las que tienen un objeto. De allí que solo de un modo "elíptico" puede hablarse de objeto del contrato (128).

(123) PEREZ, V., op. cit., supra nota 100, págs. 136-137.

(124) RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, págs. 274-275.

(125) CARNELUTTI, citado por FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, pág. 80. ESPIN, op. cit., supra nota 23, pág. 184, cita en igual sentido a BETTI y CARIOTA FERRARA.

(126) PEREZ, V., op. cit., supra nota 100, págs. 142-143.

(127) JOSSERAND, op. cit., supra nota 24, pág. 82. CASTAN T., op. cit., supra nota 29, pág. 393. ALTERINI, op. cit., supra nota 86 pág. 48. ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 359.

(128) COLIN Y CAPITANT, citado por DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21 pág. 133. RIPERT, citado por LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Vol. 2. Librería Bosch, Barcelona, 1977, pág. 111.
En este sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia: "El contrato es una relación jurídica nacida del acuerdo de los contratantes, que crea obligaciones, sea a cargo de cada uno de ellos, sea a cargo de uno solo, y es cada una de las obligaciones que de él se derivan la que ha de tener un objeto o cosa cierta y posible que le sirva de materia". Cas. 10:20 hrs. 10 de dic. 1940, No. 173 II sem. tomo II pág. 1 del apéndice.

Estas posiciones son insostenibles. A ellas cabe objetar que la relación jurídica, las obligaciones y derechos, no son objeto del contrato sino su efecto, en cuanto él las produce y de él emanan (129). Esas obligaciones, que corresponden a la figura efectiva van a su vez referidas a un objeto, que es el mismo de la figura causal, en tanto que, como se verá, es posible punto de conexión entre hecho y efecto, y además todo presupuesto del negocio lo es a la vez del efecto que él genera.

b. El objeto como interés.

Para Betti objeto del negocio son los intereses que según la organización social consienten ser regulados directamente por obra de los mismos interesados en sus relaciones recíprocas; con ello incluye también los bienes (130). Scognamiglio se refiere a los intereses y relaciones privadas de las que el sujeto dispone y en las que el acto incide, como presupuesto externo del mismo, es decir, los intereses que el negocio regula (131). En relación al contrato, Piras habla de un interés relevante patrimonial, a cuya satisfacción y tutela jurídica económica tiende el contrato (132).

La idea del interés es difusa, puede entenderse objetivamente como la relación del hombre con la realidad que se presenta como útil, o bien como el móvil que la impulsa (133).

c. El objeto como contenido del negocio:

Según una opinión, el objeto del negocio no es otro que su contenido.

Ello implicaría que se identifique en sustancia el objeto con el negocio mismo, con lo cual no puede hablar de él como elemento (134).

d. El objeto como fin.

Todo negocio persigue un fin, según la terminología de otros se propone un objeto, usándose conscientemente a veces el término en sentido tecnológico (135).

e. El objeto como bien o materia:

El objeto de todo negocio jurídico es un bien, entendido, como realidad positiva para un ser humano, útil para la satisfacción de sus necesidades jurídicamente relevantes, como la utilidad que cae bajo el querer de los contratantes (136).

DE CASTRO define el objeto del contrato como "*la materia social afectada, la realidad social acotada como base*" (137).

CARIOTA FERRARA ve en él "*la materia, o los bienes, a las utilidades, o las relaciones que caen bajo la voluntad de las partes*" (138).

f. El objeto como cosa o hecho:

Una corriente doctrinal muy difundida ve en el objeto del negocio (o bien de la obligación) la cosa material, o el hecho o la omisión, es decir la materia a la que se refiere, por lo que otros prefieren hablar de cosas o servicios (139).

Sin embargo, hay tipos contractuales a los que no cabe aplicar esta idea. Por otra parte se unifican en un solo concepto dos ideas por completo diversas, como son una conducta y una cosa, que corresponden a categorías de fenómenos distintas: temporales la primera, espaciales la segunda, y lógicamente irreductibles.

g. El objeto como prestación.

Para una amplia corriente doctrinal el verdadero objeto del negocio es una prestación, es decir, un determinado comportamiento, la conducta exigible al deudor, que puede ser positiva o negativa, según consista en el dar, hacer o no hacer algo. De este modo las cosas o hechos vendrán a ser el objeto no de la obligación o del negocio, sino de la prestación (140). Esta dirección es la tesis seguida por nuestro Código Civil, combinada con la que se ve en el objeto la materia, y que fue ya analizada, y aunque el artículo 631 parece referirse a la acepción de objeto como cosa o hecho (141).

El artículo 627 exige en su inciso 2 un "*obje-*

(129) DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 133.

(130) BETTI, op. cit., supra nota 91, pág. 68.

(131) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, pág. 108.

(132) PIRAS, op. cit., supra nota 24, págs. 23-24.

(133) DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 134.

(134) Cit. por ALBALADEJO, Manuel. *Compendio de Derecho Civil*. Librería Bosch, Barcelona, 1970, pág. 124.

(135) PEREZ, V., op. cit., supra nota 55, págs. 27-30.

(136) ALTERINI, op. cit., supra nota 86, págs. 46-48.

(137) Cit. por GUILLON BALLESTEROS, Antonio. *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico*. Ed. Tecnos, Madrid, 1969. Pág. 103.

(138) Cit. por DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 134, quien en igual sentido ve en el objeto la unidad pasiva de referencia, la realidad sobre la cual el contrato incide, con lo que admite la más diversa variedad de objetos, en tanto que bienes susceptibles de una valoración económica que corresponde a un interés de las partes.

(139) ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 359; VENZI, op. cit., supra nota 32, págs. 144-145; CASTAN TOBENAS, op. cit., supra nota 29, pág. 394; RESCIGNO, op. cit., supra nota 23 pág. 283.

(140) DE CASSIO, op. cit., supra nota 111, págs. 225-226. JOSSERAND, op. cit., supra nota 24, pág. 83; RIPERT, cit. por LA CRUZ BERDEJO, op. cit., supra nota 128, pág. 111; BRENES CORDOBA, op. cit., supra nota 119, pág. 15; PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil español*. Tomo IV. Volumen I. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1951, pág. 26. PIRAS, op. cit., supra nota 24, pág. 75.

(141) En este sentido CERTAD, Gastón. "*La teoría del negocio jurídico frente a la legislación civil costarricense*". Revista de Ciencias Jurídicas No. 29, San José, Costa Rica. Mayo-agosto 1976, pág. 209.

to de cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación".

Con ello parece confundirse el objeto con cosa en sentido material; pero el artículo 629 dice *"Toda obligación tiene por objeto dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa. . ."*, con lo que se acepta el más amplio sentido de prestación, y es a esta acepción a la que deben referirse los requisitos del objeto exigidos por el Código. Objeto podría ser cualquier prestación que revista determinados requisitos legislativamente establecidos; a su vez, punto de referencia de la prestación podrían ser eventualmente una o más cosas o complejos de cosas.

En este sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia:

"...Tomemos el objeto y digamos que este consiste en las prestaciones mutuas a las que están obligados. . . pues de todos es sabido que por objeto de la obligación se entiende aquello que el acreedor puede exigir del deudor, lo que forma la materia del compromiso, el dar, hacer o no hacer alguna cosa. . ." (143).

Tal concepción del objeto sólo es aceptable referida a la obligación. La prestación es una conducta, un comportamiento humano, y como tal viene a constituir el componente de hecho de un efecto jurídico, del efecto del negocio, que puede ser la obligación.

El componente de hecho del efecto jurídico es siempre y necesariamente un acto (144), el dar, hacer o no hacer una cosa, y está necesariamente referido a un sujeto. Así entendido el objeto, en un sentido amplio, como prestación, sería un presupuesto necesario para todos los negocios jurídicos, cuya ausencia produciría nulidad absoluta (145).

B. EL OBJETO COMO FENOMENO ESPACIAL, PUNTO DE VINCULACION POSIBLE ENTRE HECHO Y EFECTO JURIDICO:

En un sentido estricto el objeto no puede ser sino sinónimo de cosa, materialmente entendida, lo que no obsta para admitir la categoría de las

cosas materiales (bienes culturales) que también requieren de un soporte material.

Dentro del cuádrinomio fundamental de la fenomenología jurídica se encuentran los fenómenos espaciales, que se configuran como cuerpo, cosa, objeto (y dentro de ellos, los sujetos, ya analizados como presupuestos subjetivos), que en tanto entidad permanente mantiene su identidad a través del tiempo, y se presta para ligar hechos sucesivos o distantes (146).

La función fundamental de puntos de vinculación solo puede ser desempeñada por el sujeto; pero lógicamente, por su capacidad de permanencia indefinida en el tiempo, el objeto viene a ser punto de conexión, ya no necesario, pero sí al menos posible entre el hecho jurídico y el efecto jurídico.

Por regla general las dos situaciones (causal y efectual) deben presentar no solo los mismos sujetos sino también los mismos objetos (147).

Cuando el hecho jurídico está referido a objeto, puede ocurrir que este hecho se vincule objetivamente al efecto.

Entendido en este sentido estricto, el objeto sólo será esencialmente necesario en los negocios patrimoniales.

C. LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS.

Los presupuestos objetivos hacen referencia a particulares requisitos que debe reunir un objeto, para que se constituya un negocio válido y eficaz.

La concurrencia de estos requisitos precisa fundamentalmente en las obligaciones de dar (es decir, en el objeto como cosa) pero algunos corresponden a cualquier tipo de Obligación (es decir, al objeto como prestación) que se genere con el negocio (148).

El Código Civil habla de "objeto de cosa cierta y posible" (art. 627), que pueda reducirse a un valor exigible, que esté determinado o pueda determinarse (art. 630), y que sea física o legalmente posible (art. 631). De esta forma se configuran los presupuestos objetivos, que pueden reducirse a los siguientes:

a) Existencia del objeto.

La existencia del objeto se configura como

(143) Cas. No. 109 de 13:30 hrs. del 20 nov. 1952; sem. II, tomo único, pág. 1346. Añade que en la compraventa el vendedor está obligado a entregar la cosa y el comprador a pagar el precio y tales son los objetos del contrato. "El objeto está constituido por las concesiones recíprocas que se hacen las partes". Sala Civil 10:55 hrs. 11 junio 1940, pág. 46.

"Un contrato no tiene un objeto común a los contratantes". Cas. 10:20 hrs. 10 dic. 1940, No. 173 II sem., II tomo, pág. 1 del apéndice.

(144) FALZEA, op. cit., supra nota 35, pág. 63.

(145) Arts. 1007, 627 inc. 2, y 835 inc. 1. C.C.

(146) V. FALZEA, op. cit., supra nota 35, págs. 49-50.

(147) FALZEA, op. cit., supra nota 35, pág. 65.

"...es de aprobar la opinión tendiente a calificar como términos del contrato tanto los sujetos cuando el objeto..." PIRAS, op. cit., supra nota 24, pág. 25.

"El objeto del derecho es, o puede ser, uno de los puntos, o términos de referencia, de la relación jurídica, o sea, del deber jurídico y del derecho subjetivo". MESSINEO, op. cit., supra nota 54, pág. 256.

(148) V. BRENES CORDOBA, op. cit., supra nota 119, pág. 17.

requisito (arts. 627 inc. 2 y 629 C.C.), cuyo defecto produce la nulidad absoluta del negocio. Pero es posible que los sujetos, considerando la probabilidad de existencia de una cosa futura, hagan a ésta objeto del negocio, la existencia actual de la cosa se requiere para que surjan los efectos del negocio, y no para la existencia del mismo. Los efectos permanecen suspendidos y solo pueden realizarse cuando el objeto llegue a existir (149).

Puede acarrear nulidad la venta de un objeto vendido como existente; pero si existe parte de él, el comprador puede apartarse del contrato, o mantenerlo con disminución proporcional del precio (art. 1060 C.C.).

b) Posibilidad del objeto:

Un objeto imposible es igual a uno inexistente y debe por tanto tener la misma sanción, es decir nulidad absoluta (150) así se desprende de los artículos 627 inc. 2, y 835 inc. 1 C.C., aunque inexorablemente el artículo 631 sanciona la imposibilidad física o legal con la simple ineficacia.

1. Posibilidad Física: Si el objeto es físicamente imposible el negocio es absolutamente nulo. El objeto es posible cuando en la realidad física ya existe o pueda llegar a existir. Un comportamiento es posible si es compatible con las leyes naturales que señalan los límites a las obligaciones físicas e intelectuales de los hombres (151). Existen varias formas de imposibilidad (152): originaria y sobrevenida; total y parcial (por ej., destrucción de parte de la cosa); imposibilidad absoluta u objetiva, y relativa o subjetiva. La imposibilidad de esta última clase —personal—, debe ser absoluta y perpetua (art. 631 C.C.). Se refiere a que la prestación o servicio prometido es posible en términos generales, pero es imposible para el promitente. (153).

La imposibilidad absoluta se refiere a que la prestación no puede ser llevada a cabo por nadie en ningún momento, es decir, se da para todos.

Se distingue entre imposibilidad originaria y subsiguiente, según que se dé al constituirse la relación jurídica o aparezca con posterioridad. Puede

ser total o parcial según afecte a toda la prestación o parte de ella (154).

2. Licitud o posibilidad jurídica:

La licitud es la posibilidad jurídica del objeto del negocio, que debe valorarse a la luz no solo de la ley, sino de los principios de orden público y las reglas de las buenas costumbres (155). Así lo entiende el Código Civil que dice:

Artículo 631 ... La imposibilidad legal existe:

1.—Respecto de las cosas que estén fuera del comercio por disposición de ley.

2.—Respecto a los actos ilícitos como contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres.

La ilicitud del objeto acarrea nulidad del negocio, pero no se produce el efecto restitutorio de lo que fue pagado a sabiendas (arts. 756 y 844 C.C. (156)) al igual que ocurre con la licitud de la causa.

c) Determinación o determinabilidad del objeto:

El objeto debe ser determinado, o al menos determinable (art. 630 C.C.) (157). De lo contrario permanece incierta la cosa de que se pretende disponer, lo cual haría imposible un eventual cumplimiento forzoso:

La cosa puede estar designada solo por su especie, pero no es posible la designación solo por el género, pues no existiría un compromiso serio (158).

Deben estar determinadas también la cantidad y la calidad, si la cosa así lo amerita por su naturaleza. Si no se designa la calidad, no está obligado el deudor a darla de la mejor calidad ni el acreedor a recibirla de la peor (art. 770 C.C.).

No es necesaria la determinación precisa: basta la posibilidad de determinar el objeto a través de criterios objetivos. Al respecto pueden darse varias hipótesis; entre ellas (159):

1.—Las partes han tenido a la vista muestras,

(149) FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 313-315. V. SCALISI, Vincenzo, *Inefficacia, Diritto Privato*. Enciclopedia del Diritto, Giuffrè-ed, Milano, 1971. Págs. 332, 333, 336.

(150) CERTAD, op. cit., supra nota 141, págs. 209-210.

(151) RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 284.

(152) DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, págs. 137-138.

(153) Se habla de ineptitud del deudor para la prestación. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 138.

(154) PUIG PENA, op. cit., supra nota 140, pág. 27.

(155) RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 286. Ello se justifica por si la ley no procede a la especificación todas las veces que prevé la ilicitud de un elemento del entero negocio. "Para que los negocios jurídicos sean eficaces han de tener un contenido jurídico admisible. Para ello es preciso. . . III. Que el negocio no choque contra una prohibición legal. . . IV. Que no choque contra las buenas costumbres". LEHMANN, op. cit., supra nota 72, págs. 280 y ss.

(156) Cas. No. 72 de 15:30 hrs. del 23 de junio de 1972.

(157) LEHMANN, op. cit., supra nota 72, pág. 280.

(158) BRENES CORDOBA, op. cit., supra nota 119, pág. 20.

(159) PUIG PENA, op. cit., supra nota 140, págs. 29-30. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 142.

con las cuales ha de ser conforme la mercancía (venta sobre muestra, art. 455 C. Com.).

2.—Las partes se remiten a criterios exteriores para la fijación de la cuantía. Por ej. el precio que alcance en el mercado una cosa tal día (art. 446 C. Com.).

3.—La determinación del objeto se deja al arbitrio de un tercero C (art. 1057 C.C.).

4.—La determinación puede dejarse al señalamiento de una de las partes, previa fijación de ciertas bases para la determinación.

Si el objeto es indeterminado o indeterminable, el negocio es válido, pero ineficaz (art. 630 C.C., art. 1050 para la compraventa), y sólo puede adquirir eficacia cuando se determine o se den criterios para su determinación. Si el objeto es determinable hay ineficacia pendiente. Si es indeterminable, resulta absolutamente nulo.

d. Valor exigible.

El objeto del negocio debe tener un valor apreciable en dinero. Tal es la doctrina clásica que parte desde el derecho romano, pero a mediados del siglo pasado se produjo una reacción profunda por parte de la doctrina germánica, dándose un arduo debate.

1. Doctrina que exige la patrimonialidad: Savigni, partiendo de algunos textos romanos que no autorizaban al juez a pronunciar condenas que no fueran pecuniarias, entendió que la prestación debe tener valor pecuniario (160). Tal doctrina fue seguida por el Código francés.

2. Doctrina que niega la patrimonialidad como requisito esencial.

Se inicia a mediados del siglo pasado con Ihering y Windscheid. Para Ihering la obligación puede corresponder a un interés extrapatrimonial. Ambos niegan terminantemente que para la existencia de una relación obligatoria fuese necesario que el acreedor tuviere un interés patrimonial. Se extiende el concepto de patrimonio a bienes ideales, no solo materiales, y a todo interés digno de protección según la concepción cultural de un pueblo, que sea apto para engendrar un vínculo

obligatorio (161). Tal criterio fue seguido por el Código alemán. El Código japonés de 1896 establece de modo tajante que la prestación puede tener inclusive carácter no patrimonial (art. 399).

3. Doctrinas intermedias:

i) La que distingue entre el valor de la prestación y el interés del acreedor. La prestación debe ser patrimonial, debe tener contenido económico, para que haya posibilidad de hacerla efectiva en el patrimonio del deudor, pero el interés del acreedor puede tener mero alcance moral o afectivo (162). Es el criterio de SCIALOJA Y RUGGIERO, acogido en Código italiano de 1942 (art. 1174).

ii) Doctrina que distingue entre la deuda y la responsabilidad. El debitum puede ser extrapatrimonial, pero la responsabilidad debe tener un fondo económico. Es la tesis de PACCHIONI (163) y BRINZ.

Las doctrinas intermedias son más aceptables; el interés de las partes en un negocio puede ser de cualquier clase; bastando que sea lícito, digno de tutela por el ordenamiento; pero debe ser susceptible de una valoración económica, pues es la única posibilidad de hacer efectivo el derecho de un acreedor sobre el patrimonio del obligado, en caso de incumplimiento.

El artículo 630 C.C. exige que el objeto pueda reducirse a un valor exigible. De lo contrario el negocio resulta ineficaz: se trata de una ineficacia definitiva. El negocio es absolutamente nulo.

Sobre el valor económico del objeto, ha dicho la Sala de Casación:

"Existe discusión en doctrina acerca del momento en que debe atenderse al valor del objeto litigioso. . . Algunos autores sostienen que debe tomarse como base el reclamado en la demanda; otros por el contrario, se refieren al de la convención misma; y una tercera corriente se inclina por estimar tanto uno como otro" (164).

(160) Cit. por ALTERINI, op. cit., supra nota 86, pág. 51.

(161) Cit. por PUIG PEÑA, op. cit., supra nota 140, pág. 32.

(162) Cit. por PUIG PEÑA, op. cit., supra nota 140, pág. 32.

(163) Cit. por PUIG PEÑA, op. cit., supra nota 140, pág. 32.

(164) Cas. No. 119, 14:30 hrs. 4 dic. 1952, II sem., pág. 1496.

SECCION II

ELEMENTOS ESENCIALES ESTRUCTURALES DEL NEGOCIO JURIDICO

Esencia es necesidad; es no poder faltar en uno solo de los individuos de la especie sin que este deje de pertenecer a ella.

Desde un punto de vista lógico formal serán elementos esenciales aquellos que constituyen la definición, el concepto mismo del negocio jurídico, y que resultan de la descomposición analítica de la noción de negocio. Según las definiciones comunes, indudablemente, la voluntad, y su correspondiente manifestación, se configuran como los elementos esenciales de la estructura del negocio, sustancial el primero, formal el segundo.

Desde el punto de vista de la dogmática jurídica, que se limita al dato positivo constituido por la norma, se trata de identificar los elementos con base en los cuales puede existir (o sin los cuales no puede existir) el negocio jurídico. Se puede hablar de elementos necesarios para la existencia jurídica del negocio, o sea, existenciales (165).

Pero ambos puntos de vista van integrados. La noción más general del negocio jurídico se construye alrededor de la voluntad, convenientemente exteriorizada. Faltando ella, la noción de negocio se disuelve.

Voluntad y manifestación constituyen el núcleo conceptual del negocio. Otros elementos son necesarios para la existencia de determinados grupos, o de esquemas singulares del negocio, pero la voluntad y su manifestación deben considerarse necesarios para todos los negocios jurídicos.

1. LA VOLUNTAD.

A. Generalidades.

En un sentido ético, la voluntad es la actitud o disposición moral para querer algo (166).

"Se denomina normalmente 'voluntad' a aquella facultad que nos determina a actuar con conocimiento del fin y de los motivos de la acción. En cuanto facultad es un poder subjetivo, o, más bien, una aptitud propia del ser humano, con la cual puede condicionar su vida futura mediante decisiones relativamente autónomas. . . Se trata de un conocimiento de fines y motivos, propios solo de la esfera superior y por ellos propio solo del ser humano. . ."

"El acto que emana del ejercicio de esta voluntad de determinación de la acción con conoci-

miento de motivos y fines se denomina 'acto voluntario'. . .". "En este tipo de comportamiento encontramos tres momentos. . ."

"A) La deliberación que es el conocimiento y examen de los motivos y del fin que mueve a la acción; en toda deliberación encontramos tres fases: 1) el conocimiento del objeto, 2) el conocimiento del fin y los motivos, 3) el juicio práctico sobre estos. . . B) La determinación o elección. . . En función del juicio práctico formulado en la deliberación el sujeto toma una resolución o determinación de obrar en cierta dirección. Puede considerarse que en la determinación volitiva se encuentra el elemento esencial del acto voluntario. . . C) La ejecución. . . es la realización del acto determinado por la voluntad. La ejecución puede ser interna o externa. . . Solo la ejecución externa o manifestación de voluntad es relevante para el derecho. . ."(167).

La doctrina distingue entre el negocio y el acto jurídico por la referencia del primero a la voluntad de la conducta y del contenido, voluntad que representa el papel de protagonista del negocio. El negocio no es un simple hecho material. En él la ausencia de la voluntad, o sus vicios determinan la inexistencia o invalidez.

Cuando el negocio es unilateral solo hay una voluntad. Cuando es una convención, se requiere que las voluntades de los contratantes se pongan de acuerdo.

Este acuerdo se denomina consentimiento; pero la operación interna, psicológica, no basta: debe formularse exteriormente por una declaración en la cual se manifieste su existencia. (168).

B. DESARROLLO DEL PAPEL DE LA VOLUNTAD.

El excesivo formalismo del derecho romano primitivo privaba en gran parte de su trascendencia a la voluntad. La tendencia al espiritualismo fue progresiva, en el derecho civil, y más aún en el canónico.

El principio de la eficacia jurídica del consentimiento aparece afirmado por vez primera en el siglo XVI, gracias a la Escuela del Derecho Natural, y a las corrientes filosóficas de la Revolución Francesa.

(165) PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, pág. 71.

(166) ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 300.

(167) PEREZ, Víctor. *Voluntad y manifestación en el negocio jurídico*. Revista Judicial No. 5, Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica, 1977, pág. 99.

(168) COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra nota 109, págs. 208-209.

Fue Hugo Grocio quien elaboró el principio de la esencialidad del intento de obligarse. Para él el valor del contrato como fuente de obligaciones consiste en *"la libertad que tiene el hombre de disponer de sus actos"*, y como el poder del hombre sobre la propiedad le permite alienarla, *"así cada hombre tiene el poder de alienar a otro, que acepta, una parte o más bien una consecuencia de su libertad"* (169).

La idea se difundió, y llegó a aceptarse en forma generalizada. Se asimiló el ejercicio del poder de disponer de la propiedad u otro derecho, al ejercicio del poder de auto obligarse. El negocio sería un acto de ejercicio de un poder de la voluntad, o bien de un derecho subjetivo. La escuela liberal vería en la voluntad la fuente esencial de las obligaciones y pretende dejar a los individuos la mayor libertad (170).

DOMAT enunció el principio de que en el contrato *"el compromiso de uno es el fundamento del compromiso del otro"*. POTHIER definió la convención como *"el consentimiento de dos o más personas para formar entre ellas cualquier compromiso"*. Ambos enunciados fueron transcritos en el Código de Napoleón (art. 1134), equivalente al 1022 de nuestro Código Civil (171).

A partir de entonces se definieron las dos grandes perspectivas que delimitaron los debates doctrinales: el dogma de la voluntad, y la teoría de la declaración.

La Escuela Pandectista alemana colocó dentro del esquema del negocio jurídico todo acto consistente en una manifestación de voluntad. Con ello nació la teoría del negocio jurídico, y simultáneamente el concepto de "autonomía privada" se consolidó como su núcleo. La autonomía encuentra en el negocio su máxima expresión.

Contra esa concepción, las escuelas sociales han declarado que la voluntad es por sí misma impotente para ese papel; que la sociedad y no el individuo creaba el derecho, y que la voluntad debía ser controlada (172).

C. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

a. Autonomía de la voluntad y negocio jurídico:

En el negocio jurídico rige la regla de que el

sujeto tiene autonomía de voluntad. Puede o no celebrarlo, y, celebrándolo, puede regular mediante él sus relaciones jurídicas como deseé. Los particulares regulan sus relaciones recíprocas a la satisfacción de las necesidades propias según su libre apreciación; la autonomía privada es el mecanismo que mueve toda relación recíproca de intereses privados (173).

La iniciativa del sujeto no solo se dirige a la realización de fines prácticos, sino también a crear los medios para lograrlos; el negocio jurídico es instrumento por excelencia. Aplicando el principio de autonomía de la voluntad, la ley permite a los particulares crear negocios nuevos (atípicos), no regulados especialmente en ella, siempre y cuando los sujetos observen las normas genéricas establecidas; en otras ocasiones pone a disposición de los sujetos negocios establecidos de efectos inalterables en todo o en parte (174).

Generalmente la sanción del derecho se presenta como un reconocimiento de la autonomía, en virtud del cual del negocio adquiere efectos jurídicos y asume su función de instrumento de regulación de intereses privados.

La autonomía privada es el principio rector de nuestro Derecho Civil. Así lo ha reconocido la jurisprudencia:

"Nuestro sistema de contratación civil está regido por el principio de autonomía de la voluntad, sea en la intención de las partes al convenir" (175).

b. Límites:

La autonomía de la voluntad encuentra en su misma esencia los límites dentro de los cuales opera: solo puede disponerse de los propios intereses hasta la barrera constituida por la igual autonomía de los demás sujetos (176).

La voluntad solo vale en cuanto el negocio reúna los requisitos prescritos por la ley (capacidad del sujeto, aptitud del objeto, formalidades, etc.). Tal límite surge de las normas ordenativas.

En algunos sectores, como en el Derecho de Familia, los límites abundan hasta reducir en la práctica a un estrecho círculo al alcance del principio. En el Derecho de Obligaciones la autonomía alcanza su máxima extensión, particularmente a través de los contratos. Sin embargo han surgido cantidad de limitaciones que han restringido su

(169) PEREZ, V., op. cit., supra nota 55, Tema 5, págs. 4-5.

(170) MAZEUD y MAZEUD, op. cit., supra nota 34, pág. 124.

(171) CERTAD, op. cit., supra nota 141, pág. 195.

(172) Cit. por MAZEUD, op. cit., supra nota 34, pág. 124.

(173) BETTI, op. cit., supra nota 91, pág. 40.

(174) ALBALADEJO, op. cit., supra nota 134, págs. 111-112.

(175) Cas. 14:45 hrs. 10 jun. 1951, I sem., tomo único, pág. 515. "La autonomía de la voluntad que rige en la contratación civil, permite conforme a la doctrina y a la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación, que las partes puedan introducir, en una forma temporal o definitiva, variaciones o modificaciones a un contrato". Cas. No. 95 de 15:30 hrs. del 31 de agosto de 1961, semestre II, tomo I, pág. 296.

(176) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 55.

alcance práctico, y que son consecuencia por un lado, de la concentración de capitales, y por otro, por la intervención del Estado (177).

La expansión del llamado "contrato de adhesión" sólo deja al sujeto la libertad de contratar o no; toda modalidad del contenido del negocio le es sustraída.

La intervención del Estado se observa al determinar elementos del contrato, o bien, monopolizando ciertos bienes, con la consiguiente imposibilidad de libre contratación privada respecto a ellos.

Por otra parte, no todos los intereses pueden realizarse a través del negocio; es necesario que sean dignos de tutela por el ordenamiento jurídico, estableciéndose así un límite sustancial. Debe tratarse de intereses que no choquen contra la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Finalmente, un límite fundamental viene dado por los principios de autorresponsabilidad y de confianza, que luego se analizarán.

D. DIRECCION DE LA VOLUNTAD.

La voluntad tiende a la obtención de un fin o resultado práctico, que es tutelado por el ordenamiento. No puede sostenerse que ella pretenda la consecución de los efectos jurídicos, ya que estos se verifican aún cuando no fueron previstos, y los sujetos generalmente no los conocen ni los programan (178).

El criterio del fin práctico es compartido en la jurisprudencia:

"La aquiescencia en el contrato, que incluso puede ser verbal, resta y vincula a las partes, quienes con su actividad humana pretenden el logro de un fin propio, casi siempre económico, ya que después de haber manifestado y aceptado claramente las recíprocas actuaciones del interés en el objeto que las preocupa, quedan contractual y mutuamente obligados" (179).

E. EL PAPEL DE LA VOLUNTAD.

a. Causa de los efectos.

La ley es la que dota de eficacia la voluntad del hombre; no es la voluntad la que produce los efectos, ni el ordenamiento por sí solo, sino que la ley autoriza a la autonomía privada, dotando de

efectos jurídicos al negocio; *"el derecho pone los efectos correspondientes a la voluntad"* (180).

b. Relación voluntad-norma:

La voluntad, en tanto manifestación de la actividad de un sujeto, pertenece a la zona del hecho. En el ordenamiento jurídico es considerada como hecho cuya función es condicionar y hacer posible la actuación de la norma. De la norma proviene la calificación jurídica; un fenómeno es jurídico por y en función de ella. La norma se apoya en el hecho, que constituye la condición para su concreta actuación.

La voluntad es el presupuesto de hecho para la realización del efecto, para la actualización de la norma (181).

c. La voluntad, elemento sustancial del negocio.

La voluntad es elemento estructural del negocio, tiene un sentido actual, dinámico, y es el elemento de carácter interno, material, en tanto que es querer humano, por el cual los sujetos reglamentan sus intereses en tal forma que reciben protección del ordenamiento, en cuanto ha sido libremente querida; de allí que el ordenamiento declare por lo general ilícitos los negocios en que la voluntad de una parte o ambas haya sido violada.

d. El papel de la voluntad en nuestro derecho civil.

Nuestro derecho civil es un sistema voluntarista; sin embargo la voluntad no puede actuar instrictamente, sino que está atenuada por múltiples instituciones, que tienden a aumentar en los últimos años.

En el Código Civil no se habla de voluntad, pero se debe entender como referencia a ella cuando se habla de consentimiento (arts. 53, 579 C.C.). Se establece que el consentimiento libre y claramente manifestado es elemento esencial de los contratos (arts. 1007 y 1008 C.C.), pues solo entonces se revela la existencia de un núcleo de intereses jurídicamente relevantes, y se ha afirmado que la validez de un acto o contrato descansa en la voluntad del otorgante (182).

La voluntad puede tener efectos jurídicos en virtud del reconocimiento del Derecho cuando es manifestada por un sujeto capaz de actuar. Pero la importancia de este elemento se observa en los casos de vicio o defecto de la voluntad, que producen invalidez del negocio, tanto cuando falta la capacidad de actuar, o la natural, con lo que falta

(177) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 59.

(178) CERTAD, op. cit., supra nota 141, pág. 198.

(179) Sala Primera Civil, No. 219 de 9:00 hrs. del 27 de agosto de 1973. En Boletín Informativo C.S.J., No. 215, pág. 47.

(180) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, págs. 60-61.

(181) PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, págs. 81-82.

(182) Cas. 10:45 hrs. 14 set. de 1950, II sem., I tomo, pág. 88.

un presupuesto subjetivo del negocio, como en las hipótesis que se producen aún cuando el sujeto es capaz de actuar; el error, la fuerza o miedo grave, el dolor, etc., y que serán estudiados posteriormente.

Por otra parte en nuestro derecho hay normas que limitan la autonomía privada en función de intereses colectivos. Por ejemplo, el artículo 50 Const. Pol. da al legislador la posibilidad de intervenir en las relaciones económicas, y esa intervención se manifiesta en diversos campos: Así:

- Regulación de precios, por ej.: la Ley de Protección al Consumidor, fijación de precios máximos a determinados bienes según disposiciones de la Dirección General de Comercio Interior del Ministerio de Economía, Industria y Comercio. (Ley 1208 de 9 de octubre de 1950 y Ley 3914 de 15 de julio de 1967).
- Intervención en los servicios públicos, por ej.: la fijación de tarifas de autobuses.
- Intervención en materia de arrendamiento de inmuebles urbanos (Ley de Inquilinato No. 6, 21 de setiembre de 1939).
- Intervención en materia agraria (Ley de Tierras y Colonización No. 2825 de 14 de octubre de 1961).
- En materia laboral (Código de Trabajo), por ej.: art. 11.

- En materia de comercio (por ej., respecto a los productos farmacéuticos, y fijación de precios máximos en los artículos de primera necesidad).

De modo que, además de los límites impuestos por los principios de responsabilidad y de confianza, existen múltiples limitaciones provenientes de la progresiva intervención estatal.

F. VOLUNTAD DE LA MANIFESTACION Y VOLUNTAD DEL CONTENIDO.

Una gran parte de la doctrina distingue entre voluntad de la manifestación y voluntad del contenido de la manifestación, es decir, hay un doble "objeto" del querer (183).

La voluntad de la manifestación es aquella que tiene por objeto la misma manifestación; es el "quiero decir (manifestar) que quiero" el querer el comportamiento en que la manifestación consiste.

La voluntad del contenido es la que tiene por objeto el resultado práctico o jurídico del negocio (184).

Existen diferentes hipótesis en cuanto a la relación entre ambas direcciones de la voluntad (185), hipótesis que cobran importancia en relación al estudio de los vicios del querer.

Voluntad de la Manifestación	Voluntad del contenido	Ejs.
a) perfecta	perfecta	Es el caso normal
b) no existe	no existe	Fuerza física, lapsus linguae.
c) viciada	no existe	Error obstativo referente al nombre.
d) perfecta	no existe	Reserva mental, declaración en broma negocios didácticos o teatrales.
e) perfecta	viciada	Error vicio en la cualidad substancial del objeto, violencia moral y miedo grave.

G. EL CONSENTIMIENTO.

a. Generalidades.

En los actos bilaterales la voluntad toma el nombre de consentimiento, que es el acuerdo de

las voluntades de dos o más sujetos, la concordancia de las voluntades de las partes que celebran el negocio, puede ocurrir de modo expreso o tácito. Consentimiento deriva del latín "cum-sentire" sentir con, es el común sentimiento de varias

(183) Se emplea aquí la palabra "objeto" en sentido teleológico.

(184) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 404.

(185) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 407.

personas, cuya definición se confunde con la del contrato mismo (186).

De acuerdo con la disciplina del Código, el requisito del consentimiento de los contratantes de que habla el artículo 1007 es precisamente ese acuerdo de dos o más personas capaces.

Según la regulación del consentimiento, en el capítulo II del Título I del Libro IV, para que exista un contrato válido es necesario que varias personas, con una representación recta del objeto y la causa del contrato, se propongan contratar libremente, de modo tal que sus determinaciones sean coincidentes.

Dentro del consentimiento pueden distinguirse tres fases (187):

1. La voluntad interna, e individual, de cada contratante, su querer y el propósito que le inspira;
2. la declaración que emite cada sujeto, dando a conocer su voluntad a los demás;
3. la voluntad o intención común, es decir el punto en que las voluntades manifestadas coinciden, y que es el fundamento mismo del contrato.

Las voluntades no se manifiestan simultáneamente, sino que una de las partes dirige a otra una oferta; el destinatario la acepta o la rechaza con o sin discusión; si la acepta el consentimiento es perfecto y queda formado, pero ha habido un periodo precontractual, en el curso del cual las partes deben comportarse según los principios de buena fe.

b. La oferta y la aceptación.

La oferta es un acto jurídico por el cual una persona propone a otra la celebración de un contrato, en términos tales que basta que el destinatario la acepte para su perfección (188). Puede ser verbal o escrita, expresa o tácita; puede hacerse a una persona determinada, o bien indeterminada, como cuando va dirigida al público en general, de modo que cualquiera puede aceptarla. Se plantea la duda acerca de la fuerza obligatoria de la oferta, de si ella liga a quien la hace, al menos cierto tiempo, colocándolo a disposición contractual del destinatario. La doctrina y la jurisprudencia francesas responden negativamente (189). Pero algunos códigos (como el alemán y el chino) formulan un

principio opuesto, dando a la oferta existencia jurídica independiente. Nuestro Código Civil acepta esta última posición. Regula la oferta a persona determinada (arts. 1010 y ss.) estipulando que la oferta puede retirarse mientras no haya sido aceptada por la otra parte, (190) y fijando plazos durante los cuales el proponente está obligado a mantener su oferta que obliga a sus herederos y representantes, en caso de muerte o incapacidad del proponente no hay regulación acerca de la oferta hecha al público.

La aceptación es el acto por el cual la persona a quien va dirigida la oferta manifiesta su conformidad con ella (191). Puede ser expresa o tácita; pura y simple o condicional, según implique aceptación de la oferta tal como fue formulada o bien contenga reservas o modificaciones que alteren sus términos.

La aceptación debe ser oportuna, darse mientras la oferta esté vigente, y ser pura y simple para que se forme el consentimiento. Si la aceptación es condicional, se considera como una nueva oferta (art. 1010 C.C., párrafo segundo).

c. Momento en que se forma el consentimiento:

Si el acuerdo resulta del encuentro de voluntades de las partes, puede decirse en forma general que el contrato es perfecto cuando ocurre tal acuerdo. Pero es difícil la determinación de tal momento. La doctrina ha indicado varios criterios, debido a que reviste gran interés su determinación. Las condiciones de validez, especialmente la capacidad, se aprecian con respecto a ese momento, que también determina las leyes aplicables al contrato en caso de cambio en la legislación. En ese momento finaliza el derecho de revocar la oferta, se determina en algunos casos si hubo o no objeto ilícito, y se fija el punto de partida de la prescripción, o de la caducidad de algunas acciones (192).

Entre presentes, como la aceptación es conocida por el oferente sin que medie un espacio de tiempo apreciable después de ser emitida, no hay problema para afirmar que el consentimiento se forma en el momento en que se da la aceptación (arts. 1009 y 1011 C.C.) es decir, cuando las partes se ponen de acuerdo sobre todos los puntos, y saben que existe el consentimiento mutuo. El momento puede quedar diferido si las partes subordi-

(186) V JOSSERAND, op. cit., supra nota 24, pág. 39, DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 103, ALBALADEJO, op. cit., supra nota 134, pág. 207; ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 313.

(187) DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 104.

(188) ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 314.

(189) JOSSERAND, op. cit., supra nota 24, pág. 41.

(190) "El que hace una proposición puede retirarla mientras no haya sido aceptada por la otra parte, pero el contrato propuesto será válido si la persona a quien se hizo la proposición la acepta puramente antes de tener noticia de que había sido retirada." Casación 15:20 hrs., 23 de mayo de 1945, I sem., tomo único, pág. 297.

(191) ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 41.

(192) ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 325.

nan la perfección del acuerdo a la redacción de un escrito en forma de documento privado o notorial (193).

Entre ausentes, es más difícil la determinación, y al respecto se han presentado varias teorías:

1. **Teoría de la aceptación:** El consentimiento se perfecciona desde el momento en que el destinatario da su aceptación aunque sea desconocida por el oferente. Pero a esta teoría se objeta que se dejaría la formación del consentimiento al arbitrio del aceptante, y podría la aceptación quedar en nada, por ejemplo, si antes de enviarse es rota la carta que la contiene.

2. **Teoría de la expedición:** Es producto de una búsqueda de cierta seguridad de que sea irrevocable la declaración de aceptación; es el envío de esta el que señala el momento en que el contrato se forma; es decir, desde que el aceptante se desprende de su manifestación de voluntad, por ejemplo, enviando la carta, despachando al mensajero, etc. Pero en esta teoría se mantiene el carácter precario y la revocabilidad de la aceptación.

3. **Teoría de la información:** El consentimiento se forma cuando el proponente recibe la aceptación y toma conocimiento de ella. Pero de acuerdo con esto el aceptante debería conocer la aprobación que el proponente hace de su aceptación, y las cosas serían de no acabar. Además, no sería aplicable la teoría a los casos de aceptación tácita; y se prestaría a fraude pues basta al proponente, por ej., no abrir la correspondencia, para dejar a su arbitrio la formación de contrato.

4. **Teoría de la recepción:** El consentimiento se forma cuando la aceptación llega a su destino, sin necesidad de que el proponente tome conocimiento de ella. Pero no hay duda de que cada parte debe saber lo que la otra quiere para que se forme el consentimiento, y ello no se cumple con esta teoría.

Se vacila fundamentalmente entre dos momentos aquel en que la aceptación se emite, y aquel en que llega a su destinatario, es decir, entre las teorías de la aceptación y de la información. Durante largo tiempo triunfó esta última pero poco a poco fue triunfando la de la declaración o aceptación. Esta es la aceptada en nuestro Código, pues en su artículo 1010 dice que el proponente puede retirar la oferta mientras no haya sido aceptada, y el artículo 1009 señala que queda perfecto el contrato desde que la estipulación se acepta (194).

d. Importancia del consentimiento.

El consentimiento es la particular modalidad que la voluntad toma en los negocios bilaterales, fundamentalmente contratos. Sigue siendo elemento sustancial del negocio, al cual da preponderancia nuestro derecho civil, y nuestra jurisprudencia. Así por ejemplo:

"El pensamiento jurídico moderno sobre la construcción del contrato, para efectos de estructurarlos, se elabora con prescindencia de ritos y formalidades extrínsecas, dando preeminencia al factor e ingrediente básico del consentimiento. . . El contrato en síntesis equivale a un acuerdo como expresión de la voluntad de las partes que no solo regula una determinada relación de orden económico, sino también es susceptible de disolverla. . ." (195).

2. LA MANIFESTACION DE VOLUNTAD.

A. El negocio como comportamiento humano. Necesidad de la objetividad en el derecho. La manifestación.

La manifestación es elemento constitutivo del negocio, se integra con la voluntad, formándose una unidad: la manifestación de voluntad (196).

El primer requisito para que un fenómeno pueda tener relevancia jurídica en su objetividad, es decir, su posibilidad de percepción social (197). El negocio adquiere objetividad, y penetra en el mundo jurídico, gracias a la manifestación, que es la exteriorización de la programación de intereses forjada voluntariamente.

Toda manifestación es un tipo de comportamiento.

a. **El comportamiento:** Es un género dentro del cual se colocan las especies de hecho humanos manifestativos y no manifestativos. Las hipótesis posibles de comportamientos pueden sintetizarse así (198):

- 1) el comportamiento físico, referido a la materia (material);
- 2) el comportamiento orgánico, que va referido al ser viviente (vital);

(193) JOSSERAND, op. cit., supra nota 24, pág. 43.

(194) Sobre estos temas ver: JOSSERAND, op. cit., supra nota 24, págs. 43 y ss.; ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, págs. 326 y ss.

(195) Sala Primera Civil, No. 382, 9:00 hrs. 10 setiembre de 1976.

(196) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 397.

(197) PEREZ, V., op. cit., supra nota 55, tema 6, pág. 1.

(198) FALZEA, Angelo. *Voce Manifestazione*. En "Enciclopedia del Diritto", tomo XXV. Giuffrè-ed. Italia 1975. págs. 443 y ss.

- 3) el comportamiento animal, manifestativo en tanto es propio del organismo dotado de conciencia empírica y capacidad comunicativa;
- 4) el comportamiento humano, que puede calificarse como simbólico, es propio del animal con conciencia espiritual y lenguaje.

En el campo del derecho es necesario un tipo de comportamiento apropiado a la naturaleza propia de la realidad jurídica y social, en que el hombre aparece como partícipe de una vida en comunidad. Es condición del fenómeno social, y por ende del comportamiento, que tenga no solo la objetividad propia de la materia de toda ciencia, sino en particular la específica objetiva observabilidad que corresponde al campo de la realidad humana que es la sociedad (199).

Como fenómeno humano, el comportamiento se introduce en el mundo de los valores jurídicos. En tanto que hecho jurídicamente relevante, su papel depende de su influencia sobre los valores jurídicos e intereses humanos.

El grado de observabilidad del comportamiento debe ser tal que cualquier sujeto de la comunidad, y a la distancia que en la vida común separa a cada persona de las otras, esté en posibilidad de observarlo, de modo que asume el grado de pública evidencia; se trata de una objetividad social (200).

b. La manifestación: En forma general, manifestación es cada fenómeno que manifiesta otro fenómeno. De modo que hay en ella tres elementos: el hecho manifestante, el hecho manifestado y la relación entre ambos; el primero se ofrece a la observación sensible en su presencia material; el segundo sólo se indica por la referencia, pero no es materialmente presente ni apreciable por los sentidos. Es decir, hay una realidad materialmente presente (espacial y temporalmente) y otra realidad no presente (espacial o temporalmente), que es la realidad manifestada. Esta es el contenido de aquella, la realidad manifestante, es el vehículo de expresión, la forma (201).

En la teoría del negocio jurídico el hecho manifestante es la manifestación (o declaración misma), y el hecho manifestado es la voluntad. Pero en general, en el campo del derecho hecho manifestante es cualquier hecho del hombre capaz de revelar otro hecho, y hecho manifestado es cualquier hecho jurídicamente relevante.

c. Manifestación significativa y manifestación simbólica.

De acuerdo a la esfera de la realidad en que se desenvuelven los comportamientos se distinguen en:

1. Comportamientos significantes: en ellos la significación está entendida como manifestación, de modo que un comportamiento en su materialidad, manifiesta una situación inmaterial no presente, el que el comportamiento surge al plano de la vida consciente.

2. Comportamientos simbólicos: en ellos la significación tiene el carácter de declaración, es decir, de un hecho de lenguaje, en el que puede distinguirse el comportamiento en su materialidad, y su significado inmaterial (202).

En el campo de la manifestación, esta comprende aquellas dos posibilidades. La manifestación significativa es aquella en que el hecho manifestante es un comportamiento concreto; en la manifestación simbólica el hecho manifestante es una actividad simbólica, abstracta, lingüística; es el campo de la declaración (203).

d. Tipos de manifestación (204):

En la manifestación de ciencia o de conocimiento el sujeto reproduce los estímulos que percibió con anterioridad. Por ejemplo, la declaración de un testigo.

En la manifestación de sentimiento hay un impulso del sujeto hacia el exterior, pero con bases irracionales, emocionales. Por ejemplo, la reconciliación de los cónyuges. (Arts. 52, 63 C.Fam.).

En la manifestación de voluntad lo manifestado es una intención, un querer del sujeto, racionalizado mediante la determinación de fines, motivos, objetos y sujetos, y concretizado en el proyectarse de una programación de intereses hacia el futuro, revelado en la manifestación. A esta categoría pertenece el negocio jurídico.

B. Manifestación de voluntad como elemento del negocio jurídico.

a. La manifestación como elemento formal del negocio.

Todo fenómeno jurídico tiene un elemento material y un elemento formal: su sustancia y su forma de presentarse. En el negocio jurídico hay un elemento interno, sustancial, que es la voluntad, y un elemento externo o formal, que es su

(199) FALZEA, op. cit., supra nota 198, pág. 445.

(200) FALZEA, op. cit., supra nota 198, pág. 445.

(201) FALZEA, op. cit., supra nota 198, págs. 442-469.

(202) FALZEA, op. cit., supra nota 198, pág. 472.

(203) PEREZ, op. cit., supra nota 55, Noción de negocio jurídico, págs. 19-20.

(204) PEREZ, íd., pág. 21.

objetivación a través de la manifestación. De allí que en este sentido amplio, el término "forma" se aparta de su significación tradicional, restringida como sinónimo de formalidad, para parecer como sinónimo de manifestación, en tanto que es el modo como el negocio se presenta a los demás, su figura exterior (205).

Para que se tenga manifestación, es necesario que la voluntad sea exteriorizada, llevada al mundo exterior desde el propio yo del sujeto, e inserta en la vida social de modo que sea perceptible a los demás. Toda voluntad que permanece interna es jurídicamente carente de valor, hasta que es exteriorizada; esto es suficiente; sólo en las manifestaciones de voluntad recepticias se requiere también que la voluntad sea elevada o comunicada a otros, interesados en su contenido (206).

La manifestación es un acto humano dirigido a exteriorizar y hacer conocer a los demás un pensamiento, en las manifestaciones de ciencia, o bien un sentimiento o un querer del sujeto; no es requisito el conocimiento de los terceros, sino que basta la posibilidad de conocimiento. En toda manifestación hay una voluntad de manifestar, pero en la manifestación de la voluntad, la voluntad es el objeto concreto o contenido de la manifestación. La voluntad de manifestar tiene un doble contenido: un inmediato querer el acto de manifestación y un mediato querer las consecuencias del acto como contenido de la manifestación de voluntad (207).

b. Naturaleza y sentido de la manifestación:

Algunos intereses son realizables en forma directa. Otros requieren para ser satisfechos una programación con miras a una finalidad; son estos los intereses negociales, cuyo fin y el comportamiento que lo persigue son relevantes para el ordenamiento jurídico, que dota de eficacia a aquella programación, debidamente llevada a la vida social (208).

La reciente doctrina italiana, encabezada por CARNELUTTI y BETTI, distingue los actos trascendentes para el Derecho en actos con efecto psíquico o interno y actos con efecto material o externo; los primeros se subdividen según que el cambio deba producirse en la mente del autor del acto o en la de otros destinatarios. Cuando el suceso va dirigido a otros el acto asume la figura de la

declaración; cuando afecta al mismo actor, es una aprehensión de conocimiento (209).

Con ello coloca en la destinación a otro la esencia de la declaración, con lo cual se distinguiría de la simple exteriorización, que no lleva dirección alguna. Pero no siempre el negocio consiste en una declaración así entendida, ya que incluso puede realizarse a través de un comportamiento significativo (la llamada declaración tácita). El concepto debe entenderse en un sentido más amplio, hasta identificarse con la exteriorización misma de la voluntad.

La exteriorización tiene que permitir que se infiera la voluntad negocial; debe ser susceptible de interpretación, o bien tener un valor susceptible de ser comprobado (210). El fenómeno es un evadirse el pensamiento de su autor y tomarse expresión objetiva dotada de vida propia, perceptible y apreciable en el mundo social (211).

c. La manifestación, elemento esencial del negocio:

Según el artículo 1008 C.C. "*El consentimiento de las partes debe ser libre y claramente manifestado. La manifestación puede ser hecha de palabra, por escrito, o por hechos de que necesariamente se deduzca*". La manifestación es la forma del negocio, la expresión o exteriorización de la voluntad, y como tal es indispensable en todo negocio; es un elemento esencial.

El negocio solo puede ser jurídicamente considerado cuando se expresa la programación de intereses, pues esa es su figura jurídica primaria (212).

d. La manifestación de voluntad en el contrato.

En la base del contrato está el acuerdo, es decir, el encuentro entre dos o más voluntades, que convergen en un mismo resultado, es decir, el consentimiento.

Pero el consentimiento sólo puede considerarse como encuentro de las voluntades manifestadas por las partes, las cuales son recepticias, en tanto que la de cada uno se dirige a la contraria. El acuerdo puede escindirse analíticamente en sus elementos constitutivos, que son las diversas manifestaciones: la primera en el tiempo se llama oferta o propuesta, y la segunda aceptación (213).

(205) BETTI, op. cit., supra nota 91, pág. 97.

(206) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, págs. 397-399.

(207) GUILLON, op. cit., supra nota 137, pág. 27.

(208) V. PEREZ, op. cit., supra nota 55, Noción del negocio jurídico, págs. 22-23.

(209) BETTI, op. cit., supra nota 91, pág. 15.

(210) ENNECERUS, op. cit., supra nota 16, tomo I, volumen II, pág. 115.

(211) BETTI, op. cit., supra nota 91, pág. 15.

(212) PEREZ, op. cit., supra nota 55, Tema 6, págs. 5 y 6.

(213) PIRAS, op. cit., supra nota 24, págs. 38-40; ALBALADEJO, op. cit., supra nota 134, pág. 207.

C. CLASES DE MANIFESTACIONES DE VOLUNTAD.

a. 1) Declaraciones expresas y tácitas.

Una gran parte de la doctrina distingue entre declaraciones expresas y tácitas, distinción acogida por algunos con diversa terminología. Ha sido motivo de controversia el criterio de distinción; se han dado posiciones objetivas y subjetivas.

1. Para quienes siguen un criterio subjetivístico es expresa aquella manifestación que se pone en existencia precisamente con el fin de exteriorizar determinada voluntad.

Tácita es la manifestación que se da para perseguir otros fines, pero de la que puede deducirse la voluntad negocial.

Según esta teoría subjetiva, debe observarse la intención del agente de hacer la declaración, que faltaría en la declaración tácita (214).

2. Para los seguidores del criterio objetivista, es expresa la manifestación realizada con medios que por su naturaleza o por el acuerdo de las partes, son destinadas a externar la voluntad.

Tácita es la manifestación llevada a cabo con comportamientos de los cuales es posible deducir una determinada voluntad negocial.

Esta distinción se funda en la naturaleza del medio usado, y fue elaborada por ZITELMANN. De acuerdo con ella la declaración es expresa si la voluntad se exterioriza por "medios objetivos de declaración", cuyo sentido como tales está ya establecido, por la costumbre, la ley o el convenio; es tácita si hay una conducta distinta, que se hace concluyente junto con las circunstancias del caso concreto (215).

En la declaración expresa el declarante se vale de medios idóneos para manifestar su pensamiento, de los cuales el más normal es el lenguaje, oral o escrito, pero también se aceptan los signos inequívocos.

2. Crítica a la distinción entre declaraciones expresas y tácitas.

A la teoría subjetivista se objeta la dificultad de indagar en la intención del agente, a la otra

teoría se opone que un comportamiento objetivamente concluyente puede corresponder por sus usos a los intereses del medio social, a un comportamiento no negocial (216).

En todo caso, los adjetivos "expresa" y "tácita" no tienen un significado unívoco; la nomenclatura conduce a faltas de precisión, pues la misma expresión "declaración tácita" es contradictoria. Por otra parte, la distinción tradicional no es idónea para comprender todas las posibles formas de comportamientos manifestativos; haciendo énfasis en el concepto de declaración, deja fuera comportamientos que no consisten en declaraciones, sino en actos reales, valorables desde el punto de vista de la manifestación (217).

b. Declaración y manifestación en sentido estricto:

Más satisfactoria resulta la distinción entre declaración, en sentido propio, y manifestación, en sentido estricto.

Manifestación, en sentido lato, es todo hecho que manifiesta un hecho diverso, de modo que ella comprende a la declaración.

La declaración es un acto de lenguaje, escrito, oral o mímico. La manifestación, en sentido estricto es un comportamiento que permite deducir la realidad del fenómeno manifestado. No son figuras distintas de comportamiento, sino diversos aspectos formales de las mismas figuras.

La distinción puede establecerse con base en los dos subtipos de relación de significación: significación por señales y significación por símbolos. Un signo puede ser señal o símbolo según permita inferir la realidad o se limite a evocar la estructura ideal del fenómeno significado (219).

Para algunos autores, todo negocio es declaración de voluntad, aún los no simbólicos (ENNECERUS). Otros reservan el término declaración para un subtipo de manifestación; otros prefieren distinguir entre declaraciones tácitas y expresas. A la declaración corresponde el uso del lenguaje, de las palabras orales o escritas, o bien signos convencionales. Los signos convencionales de que consta

(214) ENNECERUS, op. cit., supra nota 210, págs. 115-116, prefiere hablar de declaraciones directas o inmediatas e indirectas o mediatas.

Von THUR, Andreas: *Parte General del Derecho Civil*. Ediciones Juriscentro S.A. San José, Costa Rica, 1977, pág. 74, acepta el criterio subjetivo, pero critica la denominación de declaración tácita, porque entre las tácitas se encuentran las que pueden desentrañarse de las palabras mediante interpretación.

Para FRANCESCHELLI "... el distinguir entre declaración expresa y declaración tácita se resuelve en individualizar cual sea el fin de los actos de los cuales la voluntad viene deducida". Op. cit., supra nota 15, pág. 82. En un sentido similar, ALBALADEJO, op. cit., supra nota 115, pág. 116. LACRUZ BERDEJO, op. cit., supra nota 128, pág. 82.

(215) LEHMANN, op. cit., supra nota 72, págs. 298-299. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Giuffrè Editore. Milano, 1973, pág. 151. COVIELLO, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. Unión Tipográfica, Editorial Hispanoamericana. México, 1938, pág. 385. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 105.

(216) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, pág. 223.

(217) SCALISI, Vincenzo. *Voce "Manifestazione in senso stretto"*. Enciclopedia del Diritto. Giuffrè Editore. Italia, 1975. Tomo XXV, pág. 477.

(219) PEREZ, op. cit., supra nota 55, pág. 7.

son simbólicos; pueden ser fonéticos, gráficos, mímicos (220).

En la manifestación (en sentido estricto) no hay palabras, sino una conducta de la que se deduce la voluntad; supone la expresión del propósito por un inicio de ejecución, o una ejecución parcial del mismo.

En conclusión existen manifestaciones que no son declaraciones, pero toda declaración es una manifestación. No existe entre ellas diferencia sustancial. Gráficamente:

M: manifestación en sentido amplio.

m: manifestación en sentido estricto.

d: declaración.

El artículo 1008 en su párrafo segundo expresa la posición del Código Civil, que utiliza el término manifestación en sentido amplio, estipulando que *"la manifestación puede ser hecha de palabra, por escrito, o por hechos de que necesariamente se deduzca"* (221).

c. Manifestaciones presuntas.

Se dan en los casos en que el derecho considera a cierto comportamiento, que no se dirige a manifestar, o que no es por su naturaleza medio de declaración, como manifestación de una determinada voluntad. La ley dispone que una conducta debe ser considerada como declaración de tal o cual voluntad, porque tal conducta corresponde normalmente a la determinada voluntad que se presume (222).

Por la disposición legal la conducta debe ser considerada como una declaración de voluntad, de determinado contenido, o debe al menos producir los mismos efectos.

En ciertos casos, los propiamente llamados manifestaciones presuntas, su existencia se presume en tanto no se pruebe lo contrario; la prueba de la ausencia de voluntad demuestra que en realidad no había una manifestación de voluntad con ese contenido (223). (Por ej. el art. 822 C.C. se refiere a la remisión tácita por entrega del documento; el acreedor puede probar que él no lo entregó, o que no era su intención el remitir la deuda).

En otros casos la ley no admite prueba en contrario; la conducta debe valer lisa y llanamente como manifestación de voluntad de un determi-

nado contenido. Solo había en realidad una manifestación de voluntad si existía en efecto una conciencia de manifestar; no obstante, aún faltando esta, la conducta debe considerarse manifestación por disposición del derecho (224). Son las llamadas manifestaciones legalmente determinadas o típicas, por ejemplo, la tácita reconducción del contrato en materia de arrendamiento, por la cual basta con la continuación de hecho del estado de arrendatario, para que se considere la existencia de una voluntad de prolongar el contrato.

Finalmente, hay casos en que debe producirse el efecto de una declaración sin que la haya; en tal caso no se trata de una manifestación, y no se le aplican sus reglas (225); no existe tampoco un negocio jurídico. Por ej., el artículo 531 C.C.

d. Manifestaciones recepticias y no recepticias.

Las manifestaciones recepticias deben dirigirse a una o más personas a quien afectan; han de emitirse para que les lleguen, y no producen efectos jurídicos sino llegan a su conocimiento. Por ej. la oferta y la aceptación del contrato.

Las manifestaciones no recepticias no requieren tal exigencia; basta que se emitan sin que sea preciso encaminarlas a nadie, y producen sus efectos desde el momento en que exista la manifestación, independientemente del conocimiento que de ella puedan tener otros sujetos. Por ej.: la declaración testamentaria, su revocación, la aceptación de la herencia (226).

e. Manifestaciones directas e indirectas.

En las manifestaciones directas el propósito negocial se reconoce inmediatamente por el medio elegido por el declarante destinado a hacer reconocible aquel propósito.

En las manifestaciones indirectas el propósito no se revela directamente sino que hay que deducirlo de un comportamiento cuyo destino común no es hacer socialmente reconocible el propósito (227).

Como se observa, es una formulación de la distinción entre declaración expresa y tácita.

f. Manifestaciones mediatas e inmediatas.

Es inmediata una manifestación si el acto por el cual se expresa es percibido inmediatamente por el sujeto destinatario. Es mediata cuando llega al

(220) GUILLON, op. cit., supra nota 137, pág. 29.

(221) "El consentimiento en el contrato, además de la forma verbal y escrita, en que de ordinario se produce, puede manifestarse también por hechos de que necesariamente se deduzca" II semestre tomo II pág. 823, 1959. En el mismo sentido Cas. 18, II sem., I tomo, pág. 169, 1961. Cas. 140, 14:45 hrs. 23 nov., 1973, sem. II, sin publicar. Cas. 63, 16:20 hrs. 26 mayo 1953, sem. I, tomo II, pág. 1336.

(222) ALBALADEJO, op. cit., supra nota 134, pág. 116.

(223) ENNECERUS, op. cit., supra nota 210, pág. 117.

(224) Id., pág. 118.

(225) Id., pág. 118.

(226) ALBALADEJO, op. cit., supra nota 134, págs. 115-116. GUILLON, op. cit., supra nota 137, pág. 29.

(227) GUILLON, op. cit., supra nota 137, pág. 28.

destinatario no el acto del declarante, sino otro provocado por él (manifestaciones a través de mensajero, telégrafo, radio, etc.).

Se usan dos criterios de distinción: el tiempo de la percepción, y las personas o instrumentos que participan.

g. Negocios declarativos.

Negocios de voluntad o de actuación.

Para algunos autores los negocios de actuación son una categoría en que la voluntad no es manifestada sino actuada; se realiza inmediatamente sin poner al agente en comunicación con otros.

La base de tal figura es una sutil distinción entre la manifestación y la declaración; por esta se comunica a otro sujeto la voluntad; con aquella se revela una voluntad interna, no dirigida a alguien. Deriva de la noción de declaración de voluntad, de la cual, quitando la declaración queda la pura voluntad, y se hace necesario un acto exterior de realización del querer.

La consecuencia fundamental es la relevancia que tiene la voluntad interna; no va dirigida a nadie y por ello no valen los principios de responsabilidad y buena fe; no valen tampoco las teorías sobre la declaración; los vicios de la voluntad excluyen la existencia del negocio.

A esta teoría es criticable la reunión de supuestos heterogéneos en una categoría común, con una fundamentación errónea. Falla al dar una línea distintiva entre declaración tácita y negocio de voluntad. Además, no es posible enfrentar declaración y manifestación porque incluso la declaración es actuación o ejecución de una voluntad interna (228).

h. El silencio (229).

1. Como manifestación de voluntad.

El silencio puede ser manifestación de voluntad. Generalmente ello no sucede, pero es posible que asuma un valor manifestativo en determinadas circunstancias.

Si las partes han acordado previamente dar al silencio un determinado valor, o este le viene atribuido por una norma jurídica, no existe problema alguno. Pero si no se da ninguna de estas dos situaciones deben tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes, y ciertas directrices generales.

No es posible que un sujeto atribuya un significado al silencio de otros; por ej., que el oferente de un contrato establezca que de no recibir contes-

tación considerará aceptada la oferta. El destinatario de tal oferta no tiene ningún deber de declarar, y por consiguiente no queda vinculado. Un significado semejante solo puede derivar de la ley o de previo acuerdo de las partes.

El silencio puede considerarse como una tácita aceptación sólo cuando la buena fe, y el aspecto objetivo del comportamiento así lo admiten, e imponen la necesidad de romper el silencio para variar la interpretación. Deben valorarse fundamentalmente tres condiciones: si existen entre las partes reiteradas relaciones de negocios; los usos generales del tráfico, y los usos individuales de las partes.

2. Como omisión de una manifestación:

En algunas hipótesis la ley permite la consecución de un derecho a condición de que el interesado emita una declaración correspondiente en un término, tras el cual se precluye la adquisición. El silencio produce un resultado análogo pero no equivalente a la renuncia. (Por ej., la aceptación de la herencia) (230).

i. Protesta y reserva:

Aunque algunos autores identifican ambos términos, otros prefieren darles un uso diverso, aunque similar.

La protesta es una declaración de voluntad por la cual una persona al ejecutar un hecho destruye la posibilidad de que se le atribuya el significado que de otro modo se le daría. La reserva es la protesta de un hecho que podría interpretarse como renuncia de un derecho (231).

En ambos casos se trata de una declaración que sirve como medio para quitar a un comportamiento tácito el significado que objetivamente se le da. Pero es necesario que no sea incompatible con el comportamiento a que se refiere.

j. Perfección de la manifestación:

La manifestación se perfecciona cuando acaba de formarse, cuando nace a la vida del derecho y adquiere objetividad. Las declaraciones no recepticias se perfeccionan cuando se emiten, y las recepticias cuando llegan a conocimiento del destinatario (232).

k. Reproducción de la manifestación:

Debe hacerse la diferencia entre la manifestación, y su reproducción mediante documentación. Tanto cuando se exige documentación ad substan-

(228) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, págs. 228-230. GUILLON, op. cit., supra nota 137, pág. 35.

(229) TRIMARCHI, op. cit., supra nota 215, págs. 151-152. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 106.

(230) Nuestra jurisprudencia ha sido restrictiva en el tratamiento del silencio. Véase por ej.: Cas. 140 de 14:45 hrs. 23 noviembre de 1973, semestre II. Sin publicar: "El artículo 1008 C.C. establece que el consentimiento debe ser libre y claramente manifestado y que la manifestación puede ser hecha de palabra, por escrito, o de hechos de que necesariamente se deduzca. Siendo así el silencio no puede ser una forma de consentimiento, no sería una manifestación clara del mismo, ni constituye un hecho del que necesariamente se deduzca esa aprobación, ya que de él pueden deducirse otras diferentes suposiciones, pero no, única y necesariamente la de consentir y aprobar... el silencio de una parte, como principio general, no puede ser considerado como manifestación de voluntad, salvo en casos excepcionales, entre los cuales no puede ubicarse el presente juicio. ...".

(231) COVIELLO, op. cit., supra nota 215, pág. 387.

(232) ALBALADEJO, op. cit., supra nota 134, pág. 116.

tiam, como ad probationem, el documento es una reproducción o representación material de un acto previo, pero no el acto mismo. La documentación vale como representación de la manifestación (233).

D. FORMA Y FORMALIDADES DEL NEGOCIO JURIDICO:

a. Manifestación, forma y formalidad:

En la vida de relación un acto es reconocible a los demás a través de su forma; el mismo derecho se sirve de diversos medios para realizar sus principios formales. Así, la forma es un concepto mucho más amplio que el que le atribuye su significado tradicional, que solo lo refiere a los negocios solemnes.

En todo negocio hay una forma y un contenido; la forma es la objetivación de ese contenido, es la manifestación misma. Tradicionalmente a la forma se da un sentido más restringido como sinónimo de formalidad, con lo cual solo sería necesaria para ciertos negocios jurídicos, o bien se usa el término "declaración", en lugar del más genérico de forma o manifestación. La voluntad negocial generalmente se expresa a través de un comportamiento declarativo, es decir, utilizando los signos del lenguaje; ello llevó a la doctrina a definir el negocio como declaración de voluntad. Modernamente se prefiere enfatizar la función, más que la estructura negocial, y se le define como regulación de intereses privados. Con ello se amplía el concepto y se aclara que la autonomía negocial se ejercita también a través de comportamientos no declarativos (234).

Cuando se habla de declaración se hace referencia a una forma peculiar, no a la forma en general, o sea, a la exteriorización de la voluntad (235). La doctrina muchas veces no considera tal distinción, y contrapone a la declaración la forma entendida como requisito específico.

Pero en realidad la declaración representa la forma más difundida de negocio, por cuanto responde mejor a la exigencia práctica de hacer reconocible a los demás el contenido del acto.

La forma se ha considerado también como el modo de ser de la manifestación (236), o el modo de ser del negocio, la vestidura exterior de los ele-

mentos, o los ritos o solemnidades que se deben observar para darles vida (237). La forma se concibe como algo añadido al acto y exterior a él, como una envoltura que viene a cubrir la relación jurídica previamente creada, dotándola de nuevos efectos de que sin ella carecería, permaneciendo como algo oculto entre las partes. Pero esta idea es inexacta, porque toda relación exige para constituirse una cierta forma, por sencilla que sea no existe acto jurídico sin una forma determinada, y que es por tanto, esencial a él. Lo que ocurre es que el carácter de la forma ha variado. Antiguamente se concebía como fórmula; en el derecho moderno se admite como forma suficiente cualquier modo que la voluntad tenga de manifestarse (238).

La voluntad interna se incorpora a una serie de signos exteriores que la manifiesten; tal es la forma, la manifestación misma, la salida de la voluntad de la esfera psíquica del sujeto, de modo que puede ser percibida por otros sujetos. No se concibe una regulación de intereses que no sea llevada al exterior, reconocible. Pero el acto de autonomía privada no puede reducirse al perfil formal, olvidando el aspecto sustancial. El negocio puede asumir cualquier forma que sea adecuada para su reconocibilidad objetiva.

La realidad social muestra cuáles son las formas más difundidas; la declaración y el comportamiento (239). Tal es el concepto amplio de forma.

El principio general es la libertad de forma. La forma puede ser escogida libremente por los contratantes. Pero puede estar predeterminada por la ley o por los particulares; por ello se dice que algunos negocios son formales o solemnes, porque respecto a ellos la forma representa un requisito estructural:

En sentido estricto, la expresión forma indica los particulares medios que a consecuencia de una precisa disposición de la ley, o de una obligación contractual, deben usarse al declarar la voluntad, bajo pena de nulidad o de limitadas posibilidades de prueba (240), es decir, las formalidades del negocio.

b. Forma en sentido estricto. Las formalidades del negocio.

El ordenamiento pone algunos límites a la autonomía de las partes, disponiendo para ciertos

(233) PEREZ, op. cit., supra nota 167, pág. 109.

(234) RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 278.

(235) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, pág. 218.

(236) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 442.

(237) ALBALADEJO, op. cit., supra nota 134, pág. 136, no considera la forma como elemento del negocio. FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, pág. 83. BETTI, distingue la forma como posibilidad objetiva de reconocimiento en el ambiente social, mientras que la manifestación requiere una proyección más o menos consciente hacia otros sujetos. Op. cit., supra nota 91, pág. 99.

(238) COSSIO, cit., por GUILLON, supra nota 137, págs. 91-92.

(239) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, págs. 230-231.

(240) FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, pág. 83.

actos la adopción de formalidades determinadas. La razón es que las partes tomen conciencia de la importancia y consecuencias del negocio.

Cuando la ley pide como esencial una determinada forma, todas las otras formas de manifestación quedan excluidas.

1. La forma en el Derecho romano:

Los derechos modernos optan en general por la forma escrita.

El derecho romano se distingue por predominar las formalidades orales; sus formas eran verbales, con uso de términos fijos y sacramentales, a menudo simbólicos, generalmente típicas del determinado acto y correspondientes a su naturaleza. Ejemplos clásicos son la mancipatio y la estipulatio.

En muchos casos, además, exige que se acompañen de ciertos casos algunas veces derivadas del contenido del negocio y explicables por el mismo, (formas reales), y que otras solo guardan con él una relación simbólica (forma simbólica), prefiriéndose los primeros.

En las etapas menos evolucionadas la formalidad no es algo que se injerta en el negocio sino la expresión necesaria del negocio mismo; solo el actuar mediante formas tiene efectos jurídicos; la eficacia se basa no en el contenido sino en la forma (241).

El progreso y el contacto con las demás naciones fueron reduciendo poco a poco las solemnidades. En la época romano helénica formas escritas y registros públicos sin carácter típico penetraron en la legislación.

2. Posibilidades formales del negocio:

Forma es el modo en que el negocio se presenta a los demás en la vida de relación; solo a través de ella es reconocible a los demás. La voluntad, mientras queda en puro fenómeno psíquico y no se traduce en actos, es privada de trascendencia social y jurídica. La clasificación en formales o no formales no debe inducir a la errónea creencia de que existen negocios sin forma. En realidad un acto, como hecho socialmente eficaz no existe sin una forma a través de la cual sea reconocible para los demás (242).

Y en este sentido, puede venir exteriorizado por una manifestación (signos) o por una declaración (símbolos).

Los sujetos pueden adoptar cualquier forma negocial (243). Sin embargo, el ordenamiento dispone algunos límites, estableciendo para ciertos actos la adopción de formas determinadas. Este es

el concepto de forma en sentido estricto, es decir, de formalidad. De allí que es más correcto hablar de negocios con forma libre y negocios con forma vinculada, o de formas libres y forzadas (244).

De acuerdo con el artículo 1007 C.C., las formalidades ("solemnidades que la ley exija") son requisito de validez de las obligaciones. De este modo será nulo o anulable el negocio que no ha sido revestido de la forma exigida por la ley.

i. Formalidades ad substantiam:

En algunos casos la ley exige solamente que la manifestación sea expresa, con lo que sólo queda excluida la forma tácita (es decir la manifestación en sentido estricto). Por ej. la aceptación de la herencia (art. 528 C.C.), la fianza (art. 1304 C.C.).

En otros casos la ley impone unas determinadas formalidades para ciertos negocios. Ej. de ello son todos los del Derecho de Familia: matrimonio, adopción, reconocimiento del hijo extramatrimonial (art. 89 C.F.); en el campo familiar patrimonial, las capitulaciones matrimoniales (art. 37 C.F.). En el derecho patrimonial, la donación y el testamento (arts. 1397, 583, 585 y 587 C.C.); los negocios traslativos o constitutivos de derechos reales; la venta de inmuebles, usufructo (art. 335 C.C.) uso y habitación (art. 366), servidumbre (arts. 378, 379, 385, C.C.), la hipoteca (art. 409 C.C.), etc.

Ciertos actos jurídicos deben publicarse, para que lleguen a conocimiento de terceros. Ej.: actos de adquisición y transición de inmuebles. Cuando estas formalidades no se llenan, el acto es válido, pero no produce ningún efecto respecto a las personas protegidas por las medidas de publicidad (245).

Cuando la ley exige la forma escrita o documentación, la suerte del negocio está conectada a la del documento, siendo posible su reconstrucción. El ordenamiento prevé dos formas escritas principales: la escritura privada y el acto público. La primera es el documento, en cualquier modo redactado, suscrito por las partes. El acto público en cambio es una formalidad muy rigurosa, que consiste en la redacción por escrito y obra del funcionario público, de las declaraciones hechas por las partes (246). Debe hacerse la distinción entre documento público, definido por el artículo 732 C.C. como el que ha sido redactado o extendido por un funcionario público según las formalidades requeridas, y dentro del límite de sus atribuciones, e instrumento público, que según el artículo 733 C.C. es la escritura otorgada ante Notario o Cartulario legalmente autorizado para el otorgamiento

(241) JÖRS KUNKEL, op. cit. supra nota 117, págs. 128-129. BONFANTE, op. cit., supra nota 70, págs. 78-79.

(242) BETTI, op. cit., supra nota 91, págs. 97-98.

(243) V. por ej. Cas. 11:00 hrs. 19 julio 1946, II sem., tomo I, pág. 533.

(244) BETTI, op. cit., supra nota 91, pág. 98.

(245) COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra nota 109, págs. 211-212.

(246) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, pág. 116. En el Derecho romano la escritura tuvo escasa importancia;

del documento, y ante los testigos instrumentales del caso. Ambos tienen un efecto sustancial probatorio; hacen plena prueba de lo que el funcionario declara que vio u oyó; la regla no es absoluta, pues la fe pública no cubre el contenido de la declaración, sino solo da la certeza de que se declaró. Si el negocio está viciado, no se convalida con la fe pública del funcionario (247).

El documento privado tiene valor entre las partes; pero puede alcanzar el mismo valor que un documento público si es reconocido judicialmente o declarado por reconocido conforme a la ley (art. 741 C.C.).

ii Formalidades ad probationem:

En otros casos el ordenamiento exige la forma, pero con consecuencias menos drásticas. Por ej. un negocio cuya cuantía exceda los ₡ 250 debe documentarse (art. 752 C.C.), ya no para efectos de validez sino de prueba. Son formalidades ad probationem; requieren al menos forma documental (248).

3. Formas convencionales:

Una exigencia de claridad y certeza induce a veces a las partes a pactar en el sentido de considerar vinculantes en sus relaciones sólo las manifestaciones negociales expresadas en una forma determinada, que por ley no sería necesaria.

El pacto que imponga una forma determinada debe ser hecho por escrito. Si las partes no han declarado expresamente que la forma convencional es necesaria solo para la prueba, se presume querida como requisito de validez del futuro negocio (249). De modo que teóricamente puede hablarse de forma voluntaria ad substantiam y ad probationem.

Sin embargo se plantea en este punto la discusión de que lo relativo a las pruebas es materia de orden público, y por consiguiente no pueden las partes regular la carga de la prueba, o excluir ciertos medios de prueba en sus relaciones.

4. Manifestación, documento y documentación.

El documento es un fenómeno espacial, un objeto; la manifestación es un fenómeno temporal, un acto. La documentación es un acto que viene a completar el negocio, a reproducirlo y tiene como producto un objeto: el documento. La declaración escrita es documentación. Si un documento se destruye o desaparece, la validez del negocio está fuera de duda, aunque surjan dificultades probatorias (250).

La documentación es la operación u operaciones necesarias para plasmar y recoger documentalmente las declaraciones de voluntad. El documento es una cosa corporal, idónea para incorporar, transmitir y conservar una declaración. No es un medio de manifestación de voluntad, sino de conservación de declaraciones ya hechas para el futuro. El negocio, que existía anteriormente, queda plasmado en el documento (251).

5. La forma y los negocios conexos.

Antes o después de un negocio las partes pueden realizar un pacto relativo al mismo negocio (pactos agregados), planteándose la duda de si deben quedar cubiertos por la forma exigida por la ley para el negocio principal.

De acuerdo con el principio de globalidad de lo escrito, lo que se incorpora en el texto es lo que se quiere, con que se derogan los pactos anteriores. Se presume que las partes incorporaron lo querido. En todo caso, si se sostiene que aquellos pactos subsisten, deben tener la misma forma del negocio; de lo contrario serían nulas (252). Lo mismo vale para todos los pactos accesorios posteriores.

En nuestro ordenamiento no existe disposición al respecto; sin embargo la Sala de Casación ha determinado que la mejor interpretación de un contrato debe hacerse considerando los anteriores y posteriores acuerdos y conductas de las partes. Tienen entonces relevancia interpretativa.

Los pactos sin formalidades agregados a nego-

generalmente el documento no corporificaba el negocio, sino solo antestiguaba el acto negocial externo a él. Era un simple documento probatorio. JORS-KUNKEL, op. cit., supra nota 117, pág. 141.

(247) "Cuando se dice que un contrato se celebra ante notario es porque se ha otorgado el instrumento público del caso, ante el funcionario que tiene el título que le concede esa calidad y no simplemente en su presencia", Cas. No. 22, 15:45 hrs. del 17 de marzo de 1964, semestre I, tomo I, pág. 317. "El documento público no justifica la certeza del dicho de los comparecientes", Cas. No. 38, 14:00 hrs. 10 de abril de 1968. "La autenticidad que da el funcionario a tales hechos no se extiende hasta limpiarlos de defectos que puedan falsear el acto jurídico o contrato respectivo". Cas. No. 100, 16:00 hrs. 24 set. 1965.

(248) "El contrato puede tener plena existencia jurídica aunque el documento otorgado adolezca de defectos que le resten eficacia probatoria; y esto es así porque la escritura pública no constituye una formalidad sustancial en la compraventa ("ad solemnitatem") sino simplemente "ad probationem", al contrario de lo que ocurría si se tratara, por ejemplo, de un testamento, de un poder general o generalísimo, o de una donación, según reglas de los artículos 583, 1251 y 1397 del Código Civil". Cas. No. 83 de 15:45 hrs. del 15 de julio de 1970. Semestre II, sin publicar.

(249) TRIMARCHI, op. cit., supra nota 215, pág. 209.

(250) En los documentos constitutivos; como los títulos valores, los efectos del negocio están ligados a la existencia y disponibilidad del documento.

(251) DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, págs. 176-177.

(252) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, págs. 449-450.

cios para los cuales la ley no exige formas determinadas, sí tiene valor (253).

Todo el contenido del negocio, tal como es querido y conformado por las partes, debe estar revestido de la forma exigida por la ley, y debe resultar del acto (254).

Puede ocurrir que el contenido de un negocio concreto, o una de sus modalidades, se determine con referencia y remitiéndose a una fuente extraña al negocio; es el negocio *per relationem*, el cual sería nulo en principio, por cuanto falta la forma que la ley impone; aunque el otro acto puede constituir, por sí, un negocio si persiste la voluntad (255).

Los negocios abolutivos son los que revocan un negocio precedente; este está completo y es válido, pero hay un factor sobreviniente: la revocación surge por un acuerdo de las partes, que elimina la eficacia. La revocación es un nuevo negocio, cuya forma debería ser la misma del negocio revocado (256).

c. Función y finalidad del formalismo en el negocio.

En los ordenamientos jurídicos antiguos la forma valía para distinguir la obligación jurídica de la moral o social. El derecho moderno tiende a dar sanción jurídica a cada empeño en materia patrimonial, con lo que aquella función de las solemnidades ha venido a menos. El excesivo formulismo romano ha sido desplazado en gran parte, pero parece renacer una especie de nuevo formulismo, cuya naturaleza y objeto difieren del antiguo (257).

Puede hablarse de efectos psicológicos y de función social de las formalidades.

Ellas implican protección contra la precipitación: son para la persona algo especialmente solemne, con lo que inducen a la reflexión en aquellos negocios de particular importancia. Por medio de las formas se induce a las partes a expresarse con mayor exactitud, a crear una expresión

de la voluntad clara y completa. Se aísla el negocio separándolo de los tratos y conversaciones previas, se facilita la prueba, simplificando los litigios.

Además se facilita el control de ciertos actos, su vigilancia, y el hacerlos reconocibles a terceros interesados, resguardando los derechos de estos. Hay una función de certidumbre en la forma, en torno a las personas y su capacidad, el tiempo y lugar, el contenido de las declaraciones de voluntad (258).

El inconveniente del formalismo negocial consiste en el hecho de que en sectores en que la contratación debe ser ágil y expedita, ello termina por constituir una traba (259).

3. RELACIONES ENTRE VOLUNTAD Y MANIFESTACIÓN.

A. El conflicto entre voluntad y manifestación:

El problema de las relaciones entre voluntad y manifestación surge básicamente ante los fenómenos de falta de voluntad, bien del contenido, bien de su exteriorización. Se trata de aquellos casos en que la manifestación se realiza mecánica, inconsciente u obligadamente, o bien la manifestación es querida, pero no su contenido, y en fin, cuando la apariencia exterior del negocio no coincide plenamente con lo querido, sea o no voluntariamente (260). Entonces se plantea el valor de una y otro, cuál debe prevalecer sobre cuál. Al respecto se han formulado varias teorías.

a. Teoría de la voluntad:

La teoría más antigua, encabezada por SAVIGNY, sustenta que la voluntad es el elemento esencial del negocio, y la declaración solo un medio de revelación. En caso de conflicto debe prevalecer la voluntad. El querer interno es el elemento

(253) En este sentido, Sentencias de Casación: No. 49 de 1963, I sem., tomo único, pág. 614; No. 63 de 1957, II sem., tomo I, pág. 301; No. 22 de 16:15 hrs. de 11 marzo de 1953; 15:20 hrs. de 11 de enero de 1944; 15:10 hrs. de 22 de diciembre de 1942, II sem., tomo único, pág. 1350.

(254) CERTAD, op. cit., supra nota 141, pág. 200.

(255) CERTAD, op. cit., supra nota 141, pág. 201.

(256) Se ha sostenido que ello no es preciso, con base en el principio de libertad de forma. Sin embargo se exige la forma del negocio revocado, como sucede por ejemplo en el divorcio por mutuo consentimiento. En materia testamentaria, la revocación puede realizarse mediante una manifestación en sentido estricto; es el caso de la destrucción del testamento cerrado o lacrado, descrito por el art. 587 C.C.

(257) "El formulismo de ahora, dice Josseland, se explica de muy diversa manera que el antiguo. Por la multiplicidad y el desarrollo de las relaciones sociales y jurídicas, nosotros contratamos más rápida y continuamente que antes con personas que nos son desconocidas. Preciso es que contemos con los medios para cerciorarnos de su situación jurídica, de su capacidad, de los derechos que les pertenecen en cuanto a los bienes en cuya virtud encontramos en trato con dichas personas. ... Por eso ella (la ley) somete ciertos actos jurídicos, para su "oponibilidad" al público, a nuevas especies de formalidades", cit. por ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, págs. 311-312.

(258) LEHMANN, op. cit., supra nota 721, pág. 320. TRIMARCHI, op. cit., supra nota 215, págs. 206-207. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, págs. 171-172. ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, págs. 311-312.

(259) TRIMARCHI, op. cit., supra nota 215, pág. 207.

(260) Como casos de falta de voluntad de la manifestación se incluyen la falsedad, violencia física e incapacidad natural y algunas situaciones de error obstativo: el lapsus linguae o calami. Falta de voluntad del contenido en los casos de ausencia de seriedad (broma) representación teatral, declaraciones con fines didácticos (o por jactancia), reserva mental, simulación, disenso, y otros casos de error obstativo.

productor de los efectos jurídicos. La declaración solo tiene el fin de llevar a conocimiento del otro interesado la voluntad real; por eso el negocio no puede ser eficaz si falta la intención de concluirlo, en cuanto una declaración sin voluntad correspondiente es "como un cuerpo sin alma". Por tanto será nulo el negocio tanto si falta la voluntad de hacer la declaración, como si la voluntad efectiva no es la que resulta de la declaración.

Esta teoría conduce a sacrificar al aceptante de una declaración, cuyas esperanzas resultarían traicionadas por la mala fe o la culpa del declarante.

Por ello se buscaron medios para proteger de quienes no emiten su verdadera voluntad. Una parte de la doctrina voluntarista reaccionó contra una completa escisión entre declaración y voluntad.

IHERING afirma que todo contratante debe poner diligencia en la creación de las relaciones jurídicas en que interviene. Cuando por su culpa surge un contrato nulo, debe indemnizar al otro contratante (261).

WINSCHIED recurre a la ficción de la existencia de una garantía tácita del declarante para toda consecuencia perjudicial de su declaración. Debe asegurar la fe, la confianza, que él mismo provoca en la otra parte. Dice que la declaración es comunicación de una voluntad existente, pero de una voluntad contenida en ella. La declaración es ella misma la expresión de la voluntad, la voluntad en su revelación exterior. Posteriormente abandona las consecuencias extremas de la teoría volitiva y reconoce la validez del negocio si la causa de la divergencia entre declaración y querer reside en la culpa lata o el dolo del declarante (262).

ENNECERUS compara la declaración de voluntad con la publicación de una ley, que no solo es un medio de dar a conocer una ley ya existente, sino un elemento constitutivo de ella, que ni llega a ser conocida ni a existir como ley sin aquella (263).

Para LEHMANN (264) desde el punto de vista práctico es preferible como regla la teoría de la voluntad.

El poder del hombre de ordenar sus relaciones por la propia voluntad solo es posible si lo decisivo es esa voluntad y no la declaración errónea divergente de ella.

Pero en realidad esta tesis no responde a la vida práctica jurídica, y desconoce el innegable valor de la declaración.

b. Teoría de la declaración:

Es la antítesis del voluntarismo. Se dice que el negocio supone una declaración de voluntad, y es al primer término al que corresponde prevalecer. El querer interno no vale por sí mismo, es cambiante e inconsistente, y escapa del mundo exterior.

RÖVER hace el primer ataque a la teoría volitiva; para él la regla general debe ser que la declaración emitida por una persona capaz produce efectos jurídicos sin consideración a si lo declarado se ha o no querido. Para HORDER se queda obligado no porque se quiere sino por haber producido intencionalmente en la otra persona la expectativa de la prestación. KOHLER niega que voluntad y declaración sean términos antagónicos; son dos polos de un mismo fenómeno; la declaración es una objetivación o encarnación del querer el movimiento de la voluntad en acción (265).

Dice BAHN que quien al contratar suscrita en los demás la confianza y la creencia de que su afirmación responde a una voluntad efectiva, debe responder como si realmente hubiese existido tal voluntad. DANZ concluye que la declaración es una conducta que permite a los demás concluir que existe tras ella una voluntad, por lo cual la declaración debe valer por sí misma (266).

Esta tendencia declaracionista conduce a la negación del principio de que la voluntad es elemento esencial del negocio pues a ella se sustituye el comportamiento exterior del sujeto, correspondiente o no a la efectiva voluntad negocial, cuando el problema de esta relación reclama conciliaciones, o soluciones de compromiso. Se trata de encontrar el justo punto de equilibrio entre las razones del declarante y las del destinatario de la declaración, y no es posible delimitar netamente y en abstracto los intereses de uno y otros dignos de protección (267).

Además, no puede desconocerse el valor real del querer, ni pretenderse sustituirle por uno inexistente.

c. Teorías intermedias:

No debe caerse en el equívoco de creer que la fuerza vinculante del negocio reside en la voluntad, y que la declaración constituye sólo un medio para comunicación; no hay razón para vincular a los hombres por sus intenciones, por cuanto vengan a ser conocidas de cualquier forma. Hay de por medio una regulación de intereses, y confrontamiento de personas a través de la declaración negocial, a

(261) Cit. por GUILLON, op. cit., supra nota 137, pág. 30.

(262) Cit. por DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 107. GUILLON, op. cit., supra nota 137, págs. 30-31.

(263) Cit. por DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 107.

(264) Op. cit., supra nota 72, pág. 180.

(265) Cit. por GUILLON, op. cit., supra nota 137, pág. 30.

(266) Cit. por DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 108.

(267) PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, págs. 63-64.

los cuales el derecho atribuye significado y eficacia (268).

Cuando la voluntad del sujeto no consuma el negocio, porque debe encontrarse con la declaración de otros, o está dirigida a varios destinatarios, no puede solucionarse un conflicto considerando solo los intereses del autor de la declaración; deben tenerse en cuenta los intereses y las situaciones de los sujetos, a los cuales se dirige, en el significado que ellos pueden objetivamente atribuirle, y las expectativas suscitadas en ellos (269).

El negocio va referido a un sujeto no solo según el criterio psicológico sino, en general, según un criterio objetivo de autorresponsabilidad. La superación del voluntarismo no significa la adhesión a la concepción declaracionista. La doctrina dominante ha recurrido a los principios de responsabilidad y confianza.

La ley contempla la protección de la voluntad con la tutela de los otros de buena fe; pide que la confianza sea sin culpa, que se ha dado sobre la base de circunstancias objetivas y razonables.

Según el principio de confianza hay que atenderse a la declaración cuando el destinatario tiene razón para creer que corresponde a la voluntad real del declarante, aunque no exista tal congruencia. Pero si sabe que ésta falta, sus expectativas no merecen protección. De allí que el acto simulado es nulo.

De acuerdo con el principio de responsabilidad debe declararse nulo un acto cuando la declaración es disconforme con la voluntad sin culpa ni conocimiento del declarante, y debe declararse válido en el caso contrario, sustituyéndose la voluntad por un nuevo elemento. Dice RUGGIERO (270) que quien hace una declaración y sabe que es disconforme por causa que le es imputable, tiene una responsabilidad con respecto al destinatario, cuya buena fe y el principio de seguridad exigen que sea protegido. De ahí que tampoco es válido si la otra parte conocía o podía conocer la discordancia.

La responsabilidad viene a tener una doble dirección: hacia la otra parte y los terceros, con la

obligación de resarcir el daño que se produzca, y autorresponsabilidad, por la cual el declarante doloso o culposo debe sufrir las consecuencias del negocio (271).

4. AUSENCIA Y VICIOS DE LA VOLUNTAD.

La voluntad puede estar viciada, o faltar por completo, pudiendo ocurrir que falte la voluntad de la manifestación, o bien la del contenido.

A. Hipótesis de falta de voluntad de la manifestación y consecuente falta de la voluntad del contenido.

En algunos casos hay falta de voluntad del sujeto, porque este no ha querido la manifestación.

a. Falsedad.

Se da cuando una persona se hace pasar por otra de modo que aparentemente, la manifestación proviene de esta; o bien se hace circular un documento suscrito por alguien que no lo ha emitido o se falsifica un documento (272) puede tratarse de falsedad personal o documental.

En ambos casos, del todo no hay voluntad. Relacionando los artículos 1007 y 835 inciso 1 C.C. se encuentra el efecto, que no puede ser otro que nulidad absoluta.

b. Violencia física:

La violencia, en términos generales comprende el miedo y la fuerza (violencia moral y física). Siempre se trata de una presión que se ejerce sobre un individuo para determinarle a ejecutar un acto. Pero la violencia física reduce a la víctima a un estado puramente pasivo, pues actúa sobre los medios materiales de que debe valerse para realizar el acto mientras que la violencia moral opera sobre el ánimo. La fuerza, violencia física o absoluta es la coacción material o constreñimiento para forzar a alguien a una manifestación. En este caso no existe

(268) Dentro de una tesis preceptiva, V. TRIMARCHI, op. cit., supra nota 215, págs. 141-142.

(269) RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 279.

(270) Cit. por ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 308.

(271) Las doctrinas intermedias han tenido gran difusión entre los autores, que de una u otra forma tratan de corregir los excesos de las teorías extremas. ZITELMANN, ante la formulación radical de ambas teorías, opta por afirmar que, si bien rige el principio de que la declaración no puede producir ningún efecto jurídico no querido por el declarante, en la práctica el juez debe corregir las eventuales injusticias. Las exageraciones de la teoría volitiva pueden desaparecer por obra del arbitrio judicial. Para HARTMANN la solución al conflicto debe basarse en una apreciación de los intereses del caso con arreglo a los principios de equidad y buena fe. Según FERRARA, no puede establecerse de modo absoluto que bajo el imperio de la buena fe debe estarse incondicionalmente a lo declarado, pues no sería justo que el declarante soporte un dato derivado de errores fortuitos e inevitables ni es conveniente que se introduzca un formalismo, molesto incluso al comercio jurídico. Es preciso investigar el momento de la divergencia y ver si el declarante es o no culpable de ella, y si merece o no sufrir sus consecuencias. Cuando la divergencia proviene del dolo o culpa del declarante, no tiene valor y subsiste la eficacia. Cits. por GUILLON, op. cit., supra nota 137, págs. 31-32. V. también DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, págs. 109-110.

(272) "Si hubo violencia o falsificación en perjuicio del girador o endosantes de un cheque, el tenedor del mismo no podría cobrarlo a ninguno de aquéllos, es decir, ni a tal girador ni a tales endosantes". Tribunal Superior Civil, No. 801, 16:15 hrs. del 16 de noviembre 1973.

del todo voluntad, mientras que en la violencia moral la voluntad existe pero está viciada (273).

El negocio realizado bajo violencia física debería ser absolutamente nulo, sin embargo el artículo 1017 lo declara anulable, equiparándolo a la violencia moral, lo cual es erróneo, pues en un caso falta un elemento esencial, mientras que en el otro está solo viciado (274).

c. Incapacidad natural.

Es la ausencia de capacidad volitiva y cognoscitiva, sin que exista declaratoria de interdicción. Puede ser debida a cualquier causa, incluso temporal (embriaguez, sonambulismo, etc.).

Presenta problemas determinar la falta de capacidad natural. La jurisprudencia dice que no es suficiente probar los antecedentes (testigos, dictámenes médicos, etc.) sino que el momento relevante para determinar la incapacidad, para efectos de invalidar el negocio, es aquel en que este se realiza (275).

El efecto de la incapacidad natural es la nulidad absoluta del negocio, salvo que sea un incapaz mental que no se encuentra en estado de interdicción, cuyo negocio es anulable.

B. FALTA DE VOLUNTAD POR ERROR: EL ERROR OBSTATIVO.

a. Error.

El error es el falso o equívoco conocimiento,

o el desconocimiento total de una cosa. Es un estado de la mente en el que la representación de un objeto es impedida, o sustituida por otra falsa (276).

Puede ser una parcial, ambivalente, o errónea representación mental, que no coincide con la realidad. En este sentido es un fenómeno mental, pero puede verse en otros planos: emotivo, inconsciente, irracional.

En el terreno negocial tiene dos aspectos: por una parte, es factor que perturba la formación del negocio, por otra, es un supuesto del aspecto causal de la invalidez del negocio.

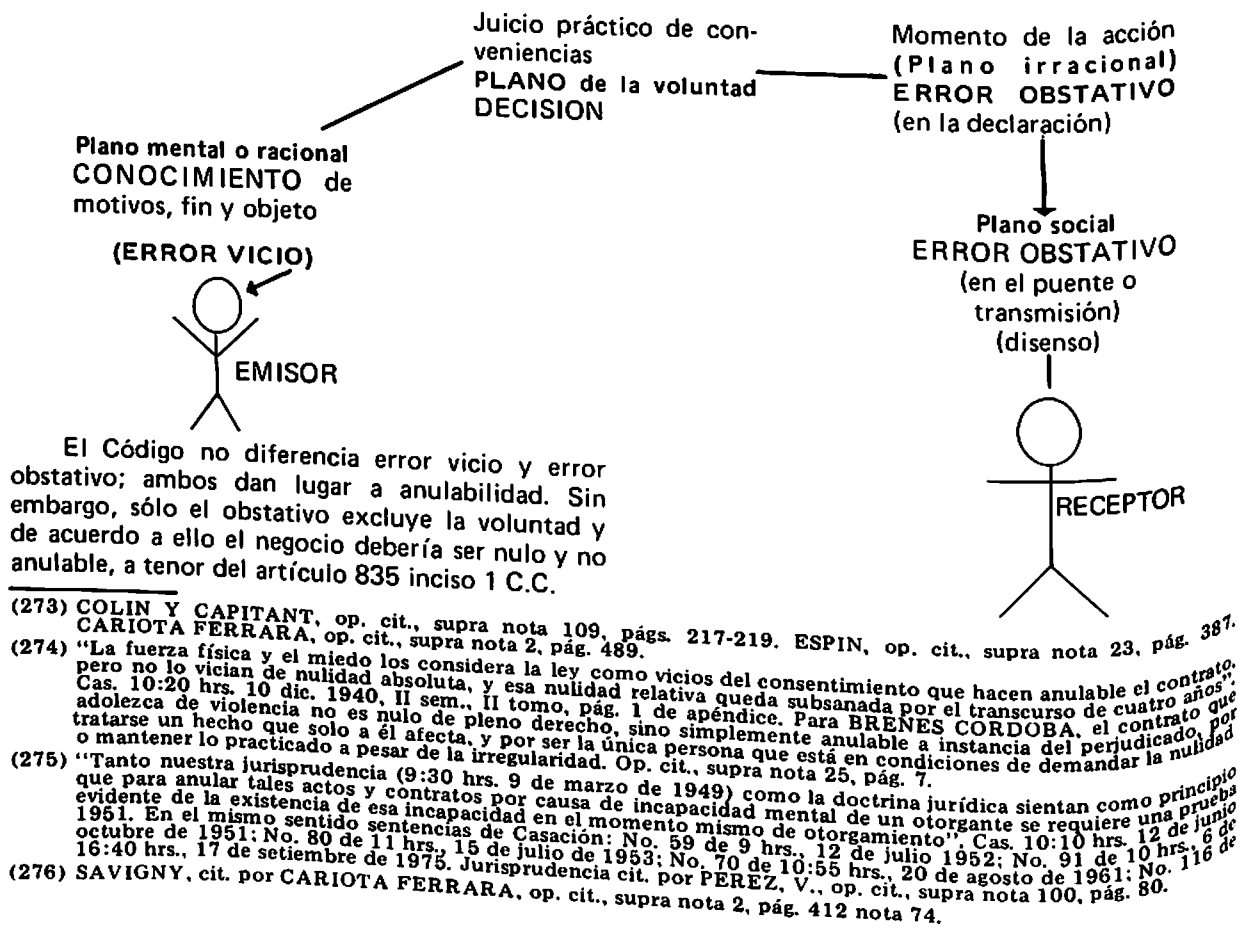
b. Clases de error.

Debe distinguirse el error que excluye la voluntad del error que la vicia.

El primero es el error obstativo o impropio; tiene lugar en la declaración o en la transmisión de ésta, y su resultado es una discordancia entre voluntad y declaración.

El otro, el error vicio o propio, se inserta en el proceso de formación de la voluntad, con lo cual la vicia.

En una forma esquemática, y simplificando, puede representarse el proceso volitivo de la siguiente manera, observando el diverso momento de error.



Suele distinguirse también entre error esencial y no esencial o accidental, según recaiga sobre cualidades esenciales del negocio, o bien sobre cualidades irrelevantes. Tal distinción hace referencia al objeto del error: la persona, la cosa, etc. Solo el error esencial invalida el negocio. El error en cualidades secundarias solo daría lugar a invalidez si tales cualidades se hubiesen considerado en forma especial y determinante (277).

Una errónea clasificación distingue entre error unilateral y bilateral. En realidad se darían uno o varios errores, cuyo número es irrelevante para efectos de anulabilidad.

Se diferencia también el error de hecho y el de derecho. El error de hecho es la equivocada apreciación de elementos reales; el error de derecho se produce por falsa, errónea, o incompleta apreciación de una norma, o del valor que la norma asigna a un acto.

c. Error en los motivos:

Generalmente se da esta denominación a los casos de error vicio, cuando recae en los móviles individuales, pero ello es incorrecto, por cuanto en tal caso ni siquiera existiría error, ya que sería irrelevante. La excepción se da en el testamento, respecto al cual puede importar el error en los motivos, de acuerdo a la importancia de estos en dicho negocio, según los artículos 580 y 581.

d. Error obstativo:

El error obstativo es de carácter inconsciente; tiene su esfera de incidencia en la declaración, o en la comunicación.

Se inserta entre el momento de la decisión, y aquel en que esta se exterioriza, o bien, entre su exteriorización y la percepción por el receptor.

En el primer grupo se comprenden los casos llamados "lapsus linguae" o "calami", que consisten en una falsa expresión deslizada a hablar o escribir, que hace discrepar tal manifestación de la verdadera voluntad. (Por ej.: digo caballo en lugar de asno, por distracción; mi secretaria escribe palabras diversas de las que le dicté). También comprende el error que se da durante la transmisión de la declaración. (Por ej. escribo una palabra y el telegrafista transmite una diversa).

El segundo grupo comprende las hipótesis de

"disenso", que sólo pueden darse en negocios bilaterales o plurilaterales.

En estos negocios se requiere coincidencia de ambas manifestaciones de voluntad; si no existe esa coincidencia, surge el disenso. La declaración llevó al exterior la verdadera voluntad del declarante, pero solo hay apariencia de consentimiento.

La mala comprensión de la declaración por parte del destinatario suscitó en él una falsa representación de la voluntad de la contraparte, y suscitó de modo viciado la declaración de aquel (278). De modo que opera como un error vicio, pero como excluye el consentimiento, se le considera equiparado al error obstativo.

El error obstativo puede incidir en diversos componentes del negocio.

El error in negotio se da en la identidad del negocio, en su naturaleza (digo donar en lugar de vender, a causa de lapsus) o en su contenido, que incide en alguno de sus elementos.

Se da así el error in corpore, que afecta la identidad del objeto (quiero manzanas y digo cerezas); el error in substantia, referido a una cualidad sustancial del objeto (quiero un anillo de plata y digo de oro); error en la cantidad (quiero 100 y mi secretaria escribe 1000); error in persona (quiero vender a Juan y digo José), o en la cualidad de la persona (quiero donar a los liciados y digo a los dementes). Lo mismo sucede con el disenso, según que la otra parte entienda una persona, objeto, cualidad, etc., diversos.

En cuanto a los efectos, el Código otorga igual tratamiento al error obstativo y al vicio: la anulabilidad.

Sin embargo el obstativo excluye por completo la voluntad (279), por lo que debería tener como efecto la nulidad. (Art. 835 inc. 1 C.C.).

No existe en el Código norma específica relativa al disenso. Si el disenso es el resultado de un error, que opera como vicio, pero se considera obstativo porque excluye el consentimiento, y si el Código da igual tratamiento a ambos tipos de error, pareciera que la misma regla de la anulabilidad debe operar en el disenso.

e. Error de cálculo o escritura:

Los errores de cálculo o errores en la expresión misma, de acuerdo con el artículo 1016 C.C., no dan lugar a invalidez del negocio, sino solo derecho a su rectificación (280).

(277) BRENES CORDOBA, op. cit., supra nota 25, págs. 7-8.

(278) CANDIAN, op. cit., supra nota 52, pág. 161.

(279) Tal afirmación aparece ya desde los romanos. "El error de los litigantes no significa consentimiento". (Ulpiano: Lib. V, tit. I, ley 2a.). "La voluntad del que yerra es nula". (Pomponio: Lib. XXXIX, tit. III, ley 20). "Quienes yerran no parece que consientan". (Ulpiano, ley 116 s. 11). Cit. por CABANELLAS, Guillermo. *Repertorio de máximas, aforismos latinos y castellanos*. Ed. Heliasta SRL Buenos Aires, Argentina 1973, págs. 375, 928, 1582.

(280) "El error en la cita de inscripción de una finca bien determinada por otros medios en el contrato no da pie para invalidarlo". Cas. No. 22, 16:15 hrs. 11 de marzo de 1953.

C. FALTA DE VOLUNTAD POR MANIFESTACION CONSCIENTE DE LO NO QUERIDO.

Puede suceder que una persona emita consciente y voluntariamente una manifestación, pero sin querer realmente su contenido. En tales casos se produce la invalidez del negocio, en la forma de nulidad absoluta, por faltar un elemento esencial. (Aunque lo mismo sucede en la violencia física, y el Código le da diverso tratamiento, así como también en el error obstativo).

a. Falta de seriedad en la manifestación.

La voluntad es seria cuando lleva el propósito de crear un vínculo jurídico. Pero puede haber una manifestación sin que exista tal propósito. Así sucede en los casos de representación teatral, con fines de enseñanza, por jactancia, y, en particular, en la broma. Si la broma es reconocible hay falta de voluntad; de lo contrario el negocio es válido, en aplicación de los principios de responsabilidad y de confianza, y el declarante está obligado a indemnizar los daños a quien confió en él. Lo mismo si la broma persigue un fin de engaño. En estos casos de falta de voluntad, la consecuencia es la nulidad del negocio (281).

b. Reserva mental:

En la reserva mental el declarante quiere una cosa y manifiesta otra; no desea por tanto el contenido de lo manifestado si no algo diverso, y su actuación persigue un fin de engaño del destinatario, no de los terceros.

Puede ser absoluta o relativa, según lo manifestado no se quiera para nada, o se quiera de manera diversa.

En este caso la manifestación de voluntad es vinculante para su autor y produce todos sus efectos, siempre y cuando a su destinatario no le haya sido reconocible; de ser así el negocio es inválido.

Hay también reserva cuando se emite una declaración, pero se calla algo que se sabe evitaría el negocio. Puede llegar a constituir dolo (282).

c. Simulación.

Hay simulación cuando el declarante y la parte contraria convienen en que sus manifestaciones no tengan validez (283).

Los dos sujetos de un negocio bilateral están de acuerdo en hacer respectivas manifestaciones, pero no tienen la voluntad de crear los efectos correspondientes, y estos no deben verificarse, o deben verificarse de aquel otro modo que corresponde no a la voluntad declarada, sino a la real (284).

Existe un contraste entre una declaración externa, que las partes quieren para que sea operativa respecto a los terceros, y una declaración interna, que quieren sea operativa en ellas (285).

"Se reconocen como elementos constitutivos del negocio jurídico aparente:

- a) el acuerdo entre partes*
- b) el propósito de engañar, ya sea ino-
cuo o en perjuicio de terceros, ya de la
ley*
- c) la disconformidad entre la volun-
tad y la declaración.*

El acto simulado consiste en el acuerdo de partes de dar una declaración de voluntad o designio divergente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar, inicuamente o en perjuicio de la ley o de terceros, llamándose simulación del vicio que afecta a ese acto.

Cuando los contratantes llevan a cabo el acto simulado, realizan un negocio jurídico solo aparente, con interés de efectuar otro distinto, que sería simulación relativa, o de no verificar ningún otro, que sería una simulación absoluta" (286).

La simulación puede ser relativa objetiva, que versa sobre la naturaleza del negocio, o uno de sus elementos; o bien relativa subjetiva, llamada también interposición ficticia de persona; supone que

- (281) Según SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, págs. 200-201, en estos casos no puede decirse que se trate del concepto de negocio, pues no se dicta una regulación de los propios intereses.
- (282) Para nuestra jurisprudencia, callar un defecto en materia negocial, es dolo. Así, Cas. No. 103, 10:30 hrs. 3 diciembre 1956, semestre II, tomo II, pág. 1988:
"Planio y Ripert, trad. española, tomo VI, pág. 272, afirman: "En cambio callar un defecto por serio que sea no constituye necesariamente dolo si, en atención a las circunstancias, era posible a la otra parte percatarse del mismo o hacerlo investigar, siempre que no se haya hecho nada para impedir o desviar este propósito". . . El mismo profesor Georges Ripert, en su obra "La Regla Moral en las Obligaciones Civiles", págs. 75 y 76, expone: "Nulidad por reticencia. . . puede llegarse hasta encontrar una causa de nulidad en la simple reticencia, es de hecho, que la otra parte ignora, y que, de conocerlo, la hacía modificar profundamente sus intenciones. Se dice que por lo general, la reticencia no constituye dolo. Mas es imposible sentar un principio tal inmorale. . . la reticencia se hace culpable cuando una de las partes tiene la obligación en conciencia de hablar, so pena de abusar de la ignorancia de la otra. . . Cuando el contrato supone una conciencia recíproca entre las partes, la obligación de informar con exactitud de causahabiente se convierte en obligación jurídica, y la reticencia en causa legal de nulidad del contrato". . .
- (283) Von THUR, op. cit., supra nota 214, pág. 103.
- (284) CANDIAN, op. cit., supra nota 52, pág. 162.
- (285) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, pág. 201.
- (286) SALA PRIMERA CIVIL, No. 107 de 9:05 hrs. del 27 de abril de 1973.

un sujeto figure como contratante o destinatario de la manifestación, cuando en realidad es otro el verdadero contratante o destinatario respecto al cual deben verificarse realmente los efectos del negocio (287). La persona interpuesta actúa como testaferro o prestanombre.

En la simulación hay una divergencia querida entre voluntad y manifestación, con el fin de engañar a terceros, en lo que diverge de la reserva mental. Es básico el acuerdo simulatorio que se hace ocultamente para quitar los efectos al negocio, operando como contradecларación (288).

La simulación puede estudiarse bajo un doble enfoque, cuyas posiciones son contradictorias; como divergencia querida entre voluntad y manifestación, o bien como problema causal. Desde este último punto de vista se determina que las partes pretenden crear, para sus fines e intereses, una apariencia negocial, que puede encubrir un negocio real distinto, o ninguno sino solo una situación real. Existe la voluntad negocial de crear la apariencia, y es libre y sin vicios. Lo declarado concuerda con esa voluntad; el problema radica en la causa. Lo que las partes no han querido es la efectiva producción del resultado empírico que derivaría normalmente del negocio, con lo que este se funda en una causa inexistente (289).

Este enfoque causal se ha considerado erróneo por cuanto la divergencia abraza al entero negocio; no solo a su causa; en la simulación absoluta falta cualquier intento de negocio, lo cual lleva a admitir que el de la simulación es un problema de existencia o falta de voluntad relativa al contenido, de intención (290).

Efectos de la Simulación: De los artículos 1007, 1008 y 835 inciso 1 C.C. resulta la nulidad absoluta del negocio, en la simulación absoluta; porque falta del todo el elemento voluntad (291). La nulidad puede hacerse valer contra todos, incluso contra terceros. En el caso de simulación relativa, el negocio disimulado puede ser válido, siempre y cuando reúna los requisitos que la ley exige para él.

En las relaciones entre las partes, el negocio

simulado no produce ningún efecto, pero sí el que verdaderamente quisieron (disimulado) si subsisten junto con la sustancia los requisitos de forma. Esto sucede entre los sujetos del negocio; no podría existir en las relaciones con terceros adquirentes del adquirente simulado sin una lesión a la confianza de los terceros de buena fe, que se traduciría en una amenaza a la estabilidad de los negocios. Las contradecларaciones en escritura privada son inoponibles a los terceros, con lo que estos pueden derivar derechos del negocio simulado, aunque este no haya sido querido por las partes; en este las anormales consecuencias de la falta de voluntad derivan de la impotencia de la contradecларación, de su inoponibilidad (o ineficacia relativa) frente a los terceros (292).

Prueba de simulación: se presenta el problema de la prueba del acuerdo simulatorio, ya que normalmente se da en forma oculta. Nuestra jurisprudencia, consciente de esa dificultad, ha establecido que se admite cualquier tipo de prueba, incluso la indicial (293).

D. VICIOS DE LA VOLUNTAD.

El vicio es un factor que interviene en el proceso de formación de la voluntad, ya sea afectando la posibilidad de escogencia, ya la de conocimiento. Sus efectos se ubican entre la voluntad manifestada y la voluntad hipotética; se da una divergencia entre lo que se quiso y se declaró, y lo que se hubiera querido y declarado de no existir el vicio.

Cuando existe un vicio, no se da divergencia entre voluntad y declaración; estas son congruentes: lo que sucede es que la voluntad se formó mal por la influencia de elementos externos.

a. Error vicio:

Se diferencia del obstativo en que es un error que inserta en el proceso de la voluntad; no la excluye, como aquel, sino que contribuye a su indebida formación. Es un proceso psíquico de carácter subjetivo, por lo que para su prueba se admiten incluso los indicios (294). De acuerdo con

(287) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 545.

(288) "El acuerdo simulatorio se realiza, por lo general, con parientes o amigos íntimos, u otras personas de confianza". Cas. No. 22 de 14:30 hrs., 31 marzo 1970, semestre I. Sin publicar.

(289) DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, págs. 146-147.

(290) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 434.

(291) Cas. No. 22, 14:30 hrs., 31 marzo 1970, semestre I. Sin publicar. Cas. No. 14 de 10:30 hrs. del 23 de enero de 1967, semestre I, tomo I, pág. 280. Ya el Código de Justiniano Lib. 11, tít. IV, ley 21 establecía: "Lo simulado se tiene por no hecho" Lib. IV, tít. XXII, rúbrica "Vale más lo que se hace que lo expresado simuladamente". CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, No. 33, 98.

(292) PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, pág. 64.

(293) Cas. No. 26, 10:50 hrs., 24 marzo 1954 semestre I, tomo I, pág. 362. Cas. No. 123 de 14:45 hrs., 6 diciembre 1967, semestre II, tomo II, pág. 1088. Cas. No. 125 de 14:10 hrs. 25 octubre 1973, No. 22 de 14:30 hrs. 31 mayo 1970, No. 102 de 16:00 hrs. 21 agosto 1975, No. 29 de 15:00 hrs. 25 abril 1973, Sala Segunda Civil No. 234, 15:30 hrs. 23 agosto 1973. Jurisprudencia cit., por PEREZ V., Víctor. *Patología Negocial. Invalidez e Ineficacia del Negocio Jurídico*. En *Revista Judicial*. No. 8 Corte Suprema de Justicia, San José, C.R., año II, Junio 1978, pág. 107.

(294) Cas. No. 36 de 14: 45 hrs. 19 de abril de 1960, semestre I, tomo II, pág. 757. Cas. 4:05 hrs. p.m., 5 de octubre de 1926, II semestre 1926, pág. 400.

el desarrollo hecho por CARIOTA FERRARA, el error vicio puede ser de hecho y de derecho con diferentes modalidades (295).

1. Error vicio de derecho y su relevancia.

- Error en la naturaleza jurídica del negocio (A cree que lo que va a realizar es una donación, y en realidad es una venta). De acuerdo al artículo 1015 inciso 1 C.C. da lugar a nulidad relativa.
- Error en los requisitos legales del negocio (A cree que ello es posible y hace un testamento oral). El error es irrelevante. El negocio carece de validez y de eficacia por faltarle requisitos exigidos por la ley.
- Error en la situación jurídica concreta (A compra un parque público creyendo que es posible comerciar con los bienes del Estado). Es irrelevante el error. La invalidez del negocio no deriva de él sino de otras razones.
- Error en los efectos jurídicos del negocio (A contrae una deuda creyendo que no debe pagar intereses). El error es irrelevante. Los efectos, establecidos por la ley, se adaptan al caso, o simplemente se aplican.
- Error en los motivos (B asegura su casa creyendo estar obligado por la ley). Es irrelevante en los contratos, que despliegan su eficacia. Pero tienen relevancia en los testamentos (arts. 580 y 581 C.C.).

2. Error vicio de hecho y su relevancia.

- Error en el objeto del negocio. Puede referirse a la identidad del objeto (error in corpore: A compra un instrumento musical, por creer que perteneció a un famoso maestro, cuando no fue ese sino otro instrumento); a una cualidad esencial (error in substantia) o a una cualidad accidental. Para distinguir ambos tipos de cualidades, se sugiere un criterio objetivo, por el cual son esenciales las que hacen pertenecer una cosa a una categoría determinada, y que es el que aparentemente acepta el Código (art. 1015 inc. 2 C.C.); y un criterio

subjetivo, que ve como esenciales las cualidades que así hayan considerado las partes (296).

- El error es relevante, y lleva a la anulabilidad del negocio (art. 1015 inc. 2 C.C.) (297) salvo en el caso de cualidades secundarias.
- Error en la persona (in persona); puede referirse a su identidad, a sus cualidades, a su nombre (A dona a X creyendo que fue quien le salvó de un naufragio, cuando en realidad fue Y; A contrata a X por creerle un gran pintor, lo que no es cierto; A quiere donar a X, pero cree que su nombre es Y). Este error es relevante en los negocios intuitu personal (V. por ej. art. 15 C. Fam.), y cuando recae en la identidad. En las cualidades solo es relevante si estas han sido determinantes en la celebración del negocio.
- Error en las modalidades del negocio (tiempo, espacio, condición). Es irrelevante en nuestro ordenamiento jurídico.
- Error en los motivos. Es irrelevante en contratos, y relevante en los testamentos.

b. Violencia moral:

La violencia moral es la presión que se ejerce sobre un individuo para determinarle a ejecutar un acto, en la forma de amenazas que producen temor insuperable; la amenaza puede dirigirse contra cualquiera de los bienes de la vida del hombre; el cuerpo o la existencia, la libertad, el honor o la fortuna. No destruye la voluntad, pues el amenazado puede optar entre varias determinaciones (298) rebelarse, ejecutar el acto, o sufrir el daño. La declaración es real, pero la voluntad está viciada; la amenaza actuó como un motivo esencial en su formación (229). El mal que la amenaza anuncia debe ser futuro, injusto e importante. La "importancia" hace referencia al juicio de la influencia que la violencia produce, en el cual debe considerarse una persona media sensata, en atención, a la edad, sexo y condición (art. 1018 C.C.) (300). El mal debe ser injusto, es decir, que no se tenga derecho a infringirlo (301).

(295) Sobre estos temas V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, págs. 565-590.

(296) La distinción ha sido claramente establecida en jurisprudencia. La substancia se refiere a las cualidades sustanciales de la cosa objeto del contrato, entendiéndose por estas, las cualidades determinantes, conducentes, propulsoras de la voluntad de las partes". Cas. No. 36 de 14:45 hrs. 19 abril 1960, semestre I, tomo II, pág. 763.

(297) "El error substancial que sufra el adquirente de una cosa es causa de anulabilidad del contrato, independientemente del dolo en que haya incurrido el vendedor". Cas. No. 36 I sem., II tomo 1960, pág. 637.

(298) Von THUR, op. cit., supra nota 214, pág. 105. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra nota 109, págs. 217-218.

(299) De allí los aforismos latinos "Coactus voluit, sed voluit (Quiso coaccionado pero lo quiso) "Voluntas, etiamsi coacta, tamen voluntas est" (La voluntad, aun coaccionada, sigue siendo voluntad), CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, números 2419 y 4262.

(300) "El miedo (Justo) no es el de un hombre apocado, sino el que con razón experimenta un hombre muy animoso". Gayo, Digesto, Lib. IV, tit. II, ley 6a. CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, pág. 13, No. 339.

(301) "En principio, cuando es cierto el motivo de la reparación de un daño, es válida la obligación contraída al efecto aun cuando se hubiese consentido por la amenaza de persecuciones judiciales. En otros términos, no hay, en general violencia injusta, si la obligación que se ha suscrito tiene una causa eficiente válida. Si habría violencia injusta si el acreedor por daños que se le han causado no se mantiene dentro de los límites de su derecho y con la amenaza de la justicia represiva y con el estado de prisión del deudor obtiene de este una obligación exagerada a su favor". Cas. Tomo I. Semestre II, pág. 1121, Considerandos I y II.

"No se considera que comete violencia quien usa de su derecho y ejercita la acción ordinaria". Paulo, ley 155 s.1. CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, pág. 84, No. 1638.

El mal debe ser futuro y cierto; no basta la creencia de que las amenazas se van a producir, sino que deben ser reales y actuales (302), y provenientes de una persona, sea parte en el negocio, o tercero (303).

La violencia moral produce la nulidad relativa del negocio (art. 1017 C.C.) (304).

c. Dolo:

Dolo es toda maquinación o fraude para engañar a una persona logrando que manifieste su voluntad de realizar un negocio jurídico que no hubiese hecho, o hubiera hecho distinto, de no existir el dolo. Comprende todo artificio de que uno se sirve para engañar a otro. Por ello se sirve de maniobras fraudulentas, afirmaciones falaces, para provocar error en una persona y determinarla a ejecutar un acto (305).

Para que exista dolo (*dolus malus*) se requiere que el comportamiento, además de engañoso, sea ilícito; con ello quedan excluidas las maniobras de astucia propias del mundo comercial (*dolus bonus*) (306).

"El dolo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera habido contrato" (307).

Las características del dolo son, por tanto, que se trate de un comportamiento ilícito, que provenga de una sola de las partes, y que sea determinante. Se compone de un elemento objetivo, que es el comportamiento, y uno subjetivo, que es la intención de engañar (308).

También existe el dolo omisivo, que vendría a ser la ocultación engañosa de alguna circunstancia, cuyo conocimiento sería determinante para la otra parte (309).

El dolo puede también provenir de un tercero. Si el dolo proviene de un tercero ignorándolo la parte que se beneficia solo da lugar a la acción de daños y perjuicios para la parte perjudicada. Si una de las partes conoce el dolo del tercero, ella a su vez incurre en dolo, que da base para impugnar el negocio.

El dolo determinante da lugar a la nulidad

relativa del negocio, en tanto que constituye vicio de la voluntad (arts. 1020 y 836 inc. 1 C.C.). Se admite cualquier prueba, aun la indiciaria dada la dificultad de probar los fenómenos psíquicos (310).

d. Lesión:

La lesión es el perjuicio que puede experimentar una persona cuando ejecuta ciertos negocios, resultante de la desigualdad entre la ventaja obtenida y el sacrificio hecho para obtenerla, producto del aprovechamiento que hace una de las partes del estado de necesidad o de peligro de la otra. Existe una desigualdad en las prestaciones, a causa de la lesión que opera como un vicio, pues sin la presión de las circunstancias exteriores el acto no se hubiera ejecutado (311). No existe en nuestro ordenamiento la rescisión por lesión, con la cual se quita eficacia al negocio realizado en tales situaciones.

e) El miedo grave:

Otro vicio de la voluntad generalmente aceptado por la doctrina (RESCIGNO, TOMMASINI, BETTI, CARBONNIER, MESSINEO, BORDA, ORUE, PINO), la legislación (artículo 15 inciso 1 del Código de Familia de Costa Rica, artículo 32 Ley de Matrimonio de Chile, 41 y 45 de la Ley Matrimonial de Yugoslavia, 101 Código Civil español, 140 Código Civil colombiano, 115 Código Civil de Nicaragua, 35 de la ley de 28 de julio de 1949, 141 inciso 4 del Código Civil de Honduras, 162 del Código Civil de El Salvador y 85 del Código Civil de Filipinas) y la jurisprudencia (caso Mutil-Nezca. Dioc. París, 4 de abril de 1919, ORUE, Jurisprudencia canónica matrimonial, Rev. Der. Priv. T. VIII, pág. 26) es el "miedo grave". Se asemeja mucho a la violencia moral, pero, a diferencia de ésta no requiere que la intimidación sea producida por una amenaza, bastando que por factores objetivos y subjetivos se produzca el miedo en el sujeto y sea este miedo la causa eficiente del acto de autonomía (viciado), esto es, sea determinante. Este vicio es utilizado por el Derecho, en particular para ciertos actos donde la voluntad debe ser especialmente libre, como el matrimonio.

(302) "Por miedo debemos entender el presente, no la sospecha del que se haya de infundir". (Dig. Ulpiano Lib. IV, tít. II, ley 9a.). "Daño que amenaza es daño todavía no hecho, pero que tenemos como futuro". (Dig. Gayo. Lib. XXXIX, tít. II, ley 2a.). CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, números 340 y 920.

(303) "El miedo causado por uno no debe convertirse en utilidad de otro". (Ulpiano Lib. IV, tít. II, ley 14 s.v) CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, pág. 13.

(304) V. también Cas. 10:20 hrs. 10 dic. 1940, cit., supra nota 252.

(305) ESPIN, op. cit., supra nota 23, pág. 385. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra nota 109, pág. 215.

(306) "Dolo malo es cierta maquinación para engañar a uno simulando alguna cosa y haciendo otra". (Ulpiano Lib. IV, tít. III, ley 1a.). "Se pacta con dolo malo siempre que, con objeto de engañar a otro, se hace una cosa y se simula hacer otra". (Ulpiano Lib. II, tít. XIV, ley 7a. s.IV). CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, págs. 12-13, números 343 y 303.

(307) Cas. 14:50 hrs., 1 dic. 1943, II sem., II tomo, pág. 1159.

(308) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 562.

(309) V. Cas. No. 103, 10:30 hrs. 3 dic. 1956, sem. II, tomo II, pág. 1988.

(310) Cas. No. 36, 14:45 hrs. 19 abril 1960, sem. I, tomo II, págs. 757-762.

(311) V. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra nota 109, pág. 219.

SECCION III

EL ELEMENTO ESENCIAL FUNCIONAL
DEL NEGOCIO JURIDICO

1. LA CAUSA.

A. ACEPCIONES JURIDICAS DE LA PALABRA CAUSA.

La palabra causa tiene en derecho tres acepciones fundamentales (312):

a. Fuente. Causa eficiente. Es el antecedente generador de un efecto, la fuente jurídica de la obligación. Los romanos emplearon la palabra especialmente con este sentido; la obligación requería algo más que el consentimiento: era necesaria la causa, por ej., las solemnidades en la stipulatio, la transmisión de la cosa en los contratos reales.

b. Motivo. Causa ocasional o impulsiva. Es el motivo o la razón mediata personal que mueve a las partes a declarar.

c. Fin. Causa final. La causa final es común a quienes realizan un negocio, y la misma en todos los negocios de igual categoría; es un elemento esencial de la obligación y del negocio, cuyo sentido y definición ha sido uno de los problemas más arduamente debatidos por la doctrina.

B. EVOLUCION DEL CONCEPTO DE CAUSA.

a. Derecho romano.

El derecho romano nunca hizo de la causa final un elemento de existencia y validez de los actos. En un principio no se atendió en absoluto a la voluntad o intención, bastando que se llenaran las formalidades. Poco a poco fue penetrando el concepto de fin, pero solo como correctivo de equidad para impedir que el acto produjese efectos ilícitos o contrarios a la voluntad. La noción se introdujo definitivamente con la admisión de los contratos consensuales, en que se aplica el principio de la interdependencia de las prestaciones, que regula los efectos del convenio según los fines perseguidos por las partes.

El germen de la causa se halla en los contratos innominados que eran los que no tenían nombre ni acciones en el derecho civil, pero fueron luego tutelados. Se perfeccionaban por la ejecución de la prestación, y esta se hacía para obtener la contraprestación. En las donaciones y legados la causa era el animus donandi (313).

b. Edad Media.

Los glosadores llegaron a admitir que como debe existir una relación de causa a efecto entre la demanda y su fundamento, el promitente puede oponer la excepción de dolo a toda estipulación sin causa.

Con el choque entre los postulados de la moral y el Derecho los canonistas concluyeron que toda promesa debía cumplirse, pues lo que vale es la voluntad de obligarse. Lo contrario constituía pecado mortal; poco después exigieron en la escritura la mención de la causa de la obligación. En el siglo XIII Gregorio IX resolvió en una decretal que el acuerdo en juicio debía indicar la causa de la obligación. El contratante se obliga porque cuenta con la ejecución de la prestación que le fue prometida en cambio. Las consecuencias de este principio fueron la excepción de contrato no cumplido y la acción resolutoria del contrato por inejecución de la obligación de una de las partes.

En tiempos de Bártolo (1314-1357) aparece el concepto de causa considerado como el fin, pero a veces se confunde con el de causa impulsiva. Así, poco a poco fue entrando en la técnica jurídica el concepto de causa final. Pero hasta Domat las teorías son imprecisas (314).

c. Causalismo clásico.

JEAN DOMAT es el creador de la teoría. La elabora sobre una base puramente racional. Señala que, en lo que hoy llamaríamos obligaciones sinagmáticas, las obligaciones encuentran su fundamento en las que corresponden a la otra parte. En las donaciones y otros actos unilaterales, cualquier

(312) ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 382. Ya *Aristóteles* distinguía las causas formal (que determinaba la materia para ser algo), material (el sustrato, la condición necesaria para que ese algo fuese lo que era), y las eficiente y final que pertenecían al devenir, la primera como agente que daba lugar al acto, la segunda, el por qué de ese acto. Tal formulación entronca con la de Santo Tomás de Aquino. A partir del Renacimiento se desarrolla en especial la noción de causa eficiente y de causa final, también relevantes para el Derecho. ALTERINI, op. cit., supra nota 86, pág. 60.

(313) ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, págs. 384-385. Referencias a la causa se encuentran en la compilación de Justiniano principalmente en el Digesto: "En todo contrato hay que examinar el principio y la causa (Ulpiano, Lib. XVII, Tit. I, ley 8a.). En verdad, la causa falsa no vicia el legado" (Papiniano Lib. XXXV, tit. I, Ley 75). No se inquiere el hecho sino la causa de haberlo ejecutado" (Ulpiano. Lib. XLVII, tit. II, Ley 39).

(314) ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, págs. 387-388.

motivo razonable y justo sirve de causa para el que recibe y no da nada. La presencia de una causa es un requisito esencial de la obligación; nadie se obliga solo por vincularse sin una razón exterior (315).

POTHIER condensó y perfiló aún más la teoría. Dice que los contratos son la causa más frecuente de donde nacen las obligaciones. Toda convención debe tener una causa honesta. En los contratos onerosos la causa del compromiso de cada parte está en lo que la otra se compromete a dar; en los contratos de beneficencia, la liberalidad que una parte quiere ejercer es causa de su compromiso. Al enumerar los requisitos del contrato, no exige la causa, dando por supuesto que se halla implícita en la operación; es su ausencia o ilicitud lo que pone de relieve el requisito de su existencia o moralidad (316).

El "Código Napoleón" (art. 1108) exige como elemento esencial de validez de las convenciones la necesidad de una causa lícita en la obligación, pero no la define. Lo mismo el italiano de 1865.

d. Anticausalismo:

Es la corriente que niega que la causa sea un elemento necesario a la existencia y validez de los contratos, o bien le niega su autonomía, identificándola con otros elementos del contrato. Sostiene que es un requisito falso e inútil. El iniciador fue el profesor Antonio Ernst; que expresó su punto de vista en 1826.

ERNST critica el considerarla como elemento esencial. Si en los contratos sinalagmáticos es lo que cada parte debe a la otra, se confunde con el objeto. Si en los gratuitos es la liberalidad, no es otra cosa que el consentimiento. LAURENT comentando el "Código Napoleón", llegó a idénticas conclusiones a las cuales se unieron diversos autores, entre ellos Planiol.

En general sostienen que la teoría de la causa es falsa, porque en los negocios bilaterales se suponen dos obligaciones que nacen simultáneamente y se sirven de causa, cuando es imposible que dos efectos distintos se sirvan recíprocamente de causa. En los contratos reales, en que la causa sería la prestación efectuada, se confunden causa final y eficiente.

En las liberalidades, la causa carece de sentido, pues se identifica con el ánimo liberal. Es una noción inútil, porque en los negocios onerosos se confunde con el objeto, y en los gratuitos con el consentimiento, y por tanto no constituyen un elemento nuevo del negocio (317).

e. Neocausalismo:

Es la corriente que defiende la necesidad de conservar la causa como elemento indispensable de la obligación, distinto del objeto y del consentimiento, es decir, autónomo, al igual que el causalismo clásico, pero lo considera y fundamenta de manera diversa. En ello coinciden todos, pero razanan con argumentos diversos y personales. Son los autores contemporáneos a partir de CAPITANT, que publicó su obra en 1923.

La teoría anticausalista no es satisfactoria. A ella se critica que en los negocios onerosos no puede identificarse la causa, que es una sola, con el objeto, que puede ser uno o varios. Además, en los negocios unilaterales no puede confundirse con el animus domandi, porque puede existir voluntad sin que haya causa; además, como razón formal, el Código distingue unos y otros (arts. 627, 1007 C.C.).

1. Teorías subjetivas:

CAPITANT, iniciador del neocausalismo, ve en la causa la finalidad perseguida por las partes, el móvil impulsivo y determinante en cada negocio concreto (318).

Otros autores han adoptado tal concepción subjetiva de la causa, a la que definen como fin o motivo determinante (DUGUIT, DEMOGUE), motivo último, causa impulsiva y determinante, móvil inmediato, fin común, etc.

La causa viene a ser una noción de orden psicológico, un acto un fenómeno de volición. Las partes han podido guiarse por un gran número de móviles, pero la causa es aquel inmediato, decisivo, el mismo para cada tipo de contrato.

Es la razón de ser, el porqué de la obligación, que se encuentra respondiendo a la pregunta "¿por qué te obligas?" (319). Según esta concepción, los tribunales se exigen en verdaderos controles de la moralidad de las operaciones jurídicas.

Según esta corriente, la causa diverge del mó-

(315) Cit. por GUILLON, op. cit., supra nota 136, pág. 58.

(316) Cit. por GUILLON, op. cit., supra nota 136, pág. 58. BRENES CORDOBA, op. cit., supra 119, pág. 28. Otros representantes de la teoría clásica fueron: Aubry y Rau, Duranton, Demolombe, Bufnoir, Marcadé, Mourlon, García Goyena, Manresa, etc. Ha sido adoptada por numerosos autores modernos.

(317) V. ESPIN, op. cit., supra nota 23, págs. 399-400. ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, págs. 390-392. GUILLON, op. cit., supra nota 136, págs. 65-66. JOSSERAND hace una detallada refutación al anticausalismo, demostrando que la teoría de la causa no es falsa ni inútil, permite atacar por ilícitas operaciones que no pueden atacarse con base en el objeto ilícito, y es la base de una serie de institutos como las teorías de la resolución y los riesgos y la excepción non adimpleti contractus. Op. cit., supra nota 24 pág. 104.

(318) Cit. por RANGEL LAMUS, Amenodoro. *Estudios de Derecho Privado*. Editorial Elite, Caracas, 1937 págs. 142-143. ESPIN, op. cit., supra nota 23, pág. 400.

(319) JOSSERAND, op. cit., supra nota 24, págs. 93 y ss. Al concretizar la causa, sigue a DOMAT y la teoría clásica, como sucede con muchos de quienes adoptan la posición subjetivista. En el mismo sentido, BRENES CORDOBA, op. cit., supra nota 119, pág. 22. VENZI, op. cit., supra nota 32, págs. 145, 147. MAZEUD, op. cit., supra nota 34, págs. 292, 303. PIRAS, op. cit., supra nota 24, pág. 61. ENNECERUS, op. cit., supra nota 210, pág. 80. DE COSSIO, op. cit., supra nota 111, pág. 297. FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 14, págs. 97-98.

vil, o de los motivos remotos; ella es determinante, estos, variables, contingentes, e irrelevantes para el derecho.

Se ha criticado que tal concepción rompe el propósito, separando de él el fin, y haciéndole elemento autónomo, exterior al negocio; además, el fin práctico individual no justifica la tutela jurídica; es necesario considerar la norma (320); la objetividad es indispensable para la vida jurídica, y el intento de las partes debe ser acorde a los valores del sistema.

Por otra parte la teoría subjetiva se extiende hasta anular negocios que, según otra concepción serían válidos, pero que explorando los móviles determinantes de las partes, aparecen como inmorales (321). La teoría no permite distinguir la causa de los motivos, como lo reconoció DEMOGUE, uno de los partidarios (322). La doctrina observa estas dificultades, y busca salvarlas concediendo que la causa tenga algo de objetivo, de típico, viéndose así en el querer algo objetivo, con lo que se expone a otra grave objeción: una contradicción interna. Si habla de motivo o fin típico y se le distingue de la voluntad subjetiva, de las razones determinantes, puede decirse que coincide en realidad con lo determinante del querer, sin que se logre salir del subjetivismo (323).

La noción subjetiva de la causa aparece como parte de la tendencia que basa los conceptos jurídicos en la voluntad, desconociendo la norma. No es la voluntad la que da valor a la causa, sino que esta es el fundamento del negocio y el sostén de la voluntad. No puede transferirse a la voluntad el principio de legitimación que corresponde a la norma.

2. Teorías objetivas.

El concepto de causa solo puede ser convenientemente construido desde un punto de vista objetivo. Pero en esta perspectiva se han construido gran cantidad de teorías, entre ellas:

1. Causa es la **FUNCION PRACTICO SOCIAL DEL NEGOCIO**, la función que el negocio objeti-

vamente tiene y el derecho reconoce (324) o bien la **función económico social** que el negocio tiene, la cual lo caracteriza y justifica (325) (BETTI, CARIOTA FERRARA). En los negocios onerosos sería producir un intercambio entre prestaciones; en donaciones; producir un enriquecimiento del donatario; en el testamento, producir una destinación de bienes para después de la muerte.

A esta teoría se critica que se produce un dualismo insuperable entre la función del negocio, que pertenecería a categorías extrajurídicas, y su estructura, que es de dominio del derecho (326). En particular, quienes hablan de función económico social restringirán incorrectamente la causa a los negocios patrimoniales.

2. La causa es la **razón económico jurídica** del negocio, fin práctico o típico protegido por el derecho (Coviello, Messineo) (327). Esta concepción es equívoca, y en última instancia subjetiva (328): el fin práctico es el contenido mismo de la manifestación de voluntad.

3. La causa es el **interés perseguido** a través del negocio (CARNELUTTI). Sigue siendo una visión subjetiva, pues los intereses son propios del sujeto, y están contenidos en el acto de voluntad (329).

4. La causa es el **fundamento** del negocio, la razón que justifica su protección y su tutela, o bien el fundamento jurídico del mismo (330). Pero viene a resolverse en el propósito práctico que se pretende lograr, y sigue siendo subjetiva, como propósito del resultado empírico, o finalidad genérica del negocio.

5. Causa es la **operación jurídica** que el negocio realiza, y que justifica al negocio, tanto desde el punto de vista de los sujetos como del ordenamiento (331). Es una posición intermedia entre las citadas supra 1 y 4, que adolece de sus mismos efectos.

6. Causa es la **finalidad objetiva** y típica que el negocio realiza en forma inmediata, y cuya representación subjetiva impulsa a las partes a contratar, (332) es la regulación de intereses. Con eso se identifica la causa con el negocio mismo.

(320) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, pág. 237. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 595.

(321) ESPIN, op. cit., supra nota 23, pág. 400.

(322) Cit. por RANGEL LAMUS, Amenodoro. *Estudios de Derecho Privado*. Ed. Elite, Caracas, 1937, pág. 237.

(323) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 85, págs. 237-238.

(324) PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, págs. 79-80. Este autor la ve por ello como "función jurídica del negocio".

(325) LACRUZ BERDEJO, op. cit., supra nota 128, pág. 124. BRANCA, op. cit., supra nota 31, pág. 79. TORRENTE, op. cit., supra nota 33, pág. 193. RESCIGNO, op. cit., supra nota 23 pág. 288.

(326) PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, págs. 108-109.

(327) COVIELLO, op. cit., supra nota 215, pág. 446. STOLFI, op. cit., supra nota 14, pág. 32.

(328) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 597.

(329) PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, pág. 88.

(330) Von THUR, op. cit., supra nota 214, pág. 81. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 163.

(331) TRIMARCHI, op. cit., supra nota 215, pág. 187.

(332) ALBALADEJO, op. cit., supra nota 134, pág. 126.

7. Causa es la razón justificativa de la eficacia del negocio (FERRARA, DUSI) (333). Es muy genérica, pues la eficacia se justifica en la norma; además dice poco y se refiere no a la esencia sino a un atributo de la causa.

8. Causa es la relación económico social de los sujetos entre los cuales el negocio crea una transferencia patrimonial o bien una relación preexistente (BONFANTE, ALESSI). Pero no se señala la diferencia entre esta relación y la jurídica. El negocio opera en la relación actual o preexistente, pero no se dice cómo ni por qué. La relación social es una construcción arbitraria al no referirse a la norma y apoyarse en un elemento psicológico y no jurídico (334).

9. Causa es el conjunto de la voluntad de las partes (fin práctico) y del objeto (medio para conseguir tal fin) objetivados por la ley, y como causa de los hechos jurídicos no voluntarios el conjunto de los elementos de hecho objetivados. Se oscila entre la causa subjetiva y la objetiva, mezclando lo concreto y lo abstracto, y se confunde el esquema causal predispuesto abstractamente en la norma con las condiciones de hecho necesarias para su aplicación (335).

10. Causa es el efecto jurídico por el cual la voluntad se manifiesta (MAZZONE), o el conjunto de sus efectos específicos concretos (CARNELUTTI), o bien la síntesis de los efectos negociales (PUGLIATTI) (336). Esta posición está muy cerca de la verdad, pero al hacer énfasis en los efectos deja de lado el intento práctico, de cuyo reconocimiento nacen esos efectos, con lo que no se mira el negocio como el todo complejo que comprende la situación determinante y sus consecuencias.

f. Crítica a las doctrinas objetivistas de la causa.

La teoría objetiva es más aceptable porque pone su énfasis en el momento funcional del negocio, pero se expone a graves dificultades y equívocos. Parte de una constatación exacta: que el negocio debe responder a una función que sea reconocida por el derecho, pero con ello pone en el mismo plano dos factores de diversa naturaleza: uno subjetivo, la libre determinación de las partes, y uno, en cierto sentido objetivo, de la función del negocio, que es la misma respecto a un tipo y la contradicción se observa al pretender aplicar la noción de

causa a las hipótesis patológicas de su falta o ilicitud. Si el negocio es admitido por el derecho por su función o causa, cómo puede faltar o ser ilícita. En realidad, el negocio es reconocido por el derecho sólo en cuanto responde a intereses merecedores de tutela (337). La teoría no explica cómo un negocio típico, con una función económico social típica, puede en ocasiones quedar afectado por el propósito o intención específica de las partes (338).

Por otra parte, la formulación objetiva de esa causa, se resuelve en una subjetiva, o en una mera abstracción: el fin práctico es el contenido de la manifestación volitiva. Los mismos partidarios de la teoría admiten que subjetivamente haya una causa de la manifestación de voluntad, con lo que aparece un dualismo de fines prácticos, y no se sabe con precisión qué es la causa del negocio. No es el efecto de la norma, porque la causa solo está reconocida por el derecho; no es el fin concreto del sujeto, porque como fin social se aliena del sujeto y se hace abstracto (339).

C. LA FUNCION DEL NEGOCIO Y EL CONCEPTO DE CAUSA.

Según el artículo 627 inciso 3 la causa es uno de los requisitos para la validez de la obligación, y es un elemento esencial, que debe coexistir con el consentimiento y el objeto. Si la causa se refiere a la voluntad como pretende el subjetivismo, no se podría distinguir del acto volitivo, del cual constituiría el contenido. La causa es un elemento autónomo, distinto de la voluntad. El negocio sin causa es nulo; también es sancionado con nulidad el negocio con causa ilícita; ello reafirma la idea de que la causa constituye un elemento esencial del negocio.

De acuerdo al principio general de la autonomía de la voluntad, por el cual el sujeto es libre de vincularse como quiera puede correrse el riesgo de que deba ser considerada como obligatoria cualquier manifestación de voluntad, y válida aunque dé origen a una relación ilícita. Para evitar tales riesgos se exige que el negocio tenga una causa, y que esta sea ilícita.

Los intereses que se pretenden regular por medio del negocio, y que están en su base, deben ser merecedores de tutela, guardar una relación de conformidad con los valores del ordenamiento.

(333) Mencionada por CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 597.

(334) Cit. por CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, págs. 597-598. PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, pág. 90.

(335) Cit. por PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, págs. 90-91. CARIOTA FERRARA, op. cit., por CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 598.

(336) Cit. por CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 598.

(337) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, pág. 127; op. cit., supra nota 85, págs. 238-239. En su opinión la dificultad estriba en ver la causa como elemento del negocio.

(338) V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 157.

(339) PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, págs. 87-88.

Solo entonces puede el negocio desplegar su función jurídica, la cual se resume en la síntesis de sus efectos (340).

La causa expresa esa relación de conformidad entre el interés programado en el negocio, y los valores que el sistema tutela. Cuando los intereses negociales son relevantes y actuales, el negocio, y los valores que el sistema tutela.

Cuando los intereses negociales son relevantes y actuales, el negocio tiene causa justa y puede desplegar su función jurídica, la cual es la síntesis de los efectos, teniendo como antecedente la confrontación con los intereses del ordenamiento (341).

De esta manera, combinando las teorías objetiva y subjetiva, se observa que la causa no se agota en la función del negocio sino que es necesario confrontar la voluntad concreta y los fines de los sujetos con la función jurídica del negocio y constatar si se da la coincidencia esencial necesaria para el nacimiento y la normal existencia del derecho.

Las concepciones tradicionales de la causa son unilaterales, pues no dan razón del reconocimiento jurídico del negocio en el caso singular, con base en el concreto interés que lo determine. La causa sólo puede resultar de la confrontación entre la voluntad y la norma, los términos sustancial y formal del binomio del cual resulta constituido el negocio jurídico. De esa previa confrontación surge la función jurídica típica de un tipo negocial, la *"síntesis de sus efectos jurídicos esenciales"* (342). La causa es la función del negocio que solo puede operar cuando los intereses negociales son relevantes para el derecho.

La causa constituye un importante límite de la voluntad negocial. Ella es función social y función jurídica. La función social, elemento material del negocio, pero con un elemento formal, el reconocimiento jurídico, pasa a ser la función jurídica del negocio. La causa tiene carácter objetivo y adquiere su mayor relevancia, influyendo sobre la validez del negocio, cuando falta o es ilícita, es decir, cuando el negocio se realiza con negación o violación de su propia función jurídica, y es entonces susceptible de impugnación (343). De acuerdo con este concepto de causa son susceptibles de impugnación por ilicitud negocios no atacables con base en las normas referentes al objeto. Por ej.: la causa de la compraventa es la función de intercam-

bio entre cosa y precio. Si *A* se obliga a entregar una suma de dinero, y *B* se obliga a cumplir, a cambio, un deber propio de su cargo, ambos objetos son lícitos, pero es ilícita la función de intercambio entre ellos.

La causa se determina diversamente según la índole del negocio, pero es siempre la misma para todo un tipo negocial.

D. LA CAUSA Y LOS MOTIVOS:

La causa debe ser netamente distinguida de los motivos. Motivo es cualquier circunstancia cuya representación intelectual determina al sujeto a querer el acto, de modo que precede y determina la manifestación de voluntad. Los motivos tienen un valor meramente subjetivo e interno, pues consisten en representaciones psíquicas; la causa en cambio, tiene un valor objetivo. Los motivos pueden ser numerosos y diversos, mientras la causa es típica y constante para cada tipo del negocio (344).

Principalmente es diversa su fuente: La causa deriva de la confrontación entre los intereses que el negocio persigue y los tutelados por la norma. Los motivos provienen de la voluntad. Diversa es también la función: los motivos precisan el contenido de la manifestación de voluntad; por la causa el negocio despliega su eficacia (345).

En las concepciones subjetivas de la causa se considera a esta como un motivo, pero cualificado por cierta objetividad.

Dentro del grupo de representaciones que mueve el sujeto hay un motivo típico del acto, último, común a quienes celebran el negocio, que es la causa. Puede admitirse, a lo sumo, que el negocio y su función operen como un motivo en la mente del sujeto, pero ello es insuficiente, como se ha visto, para explicar la noción de causa.

Los motivos están fuera del contenido del negocio, y son irrelevantes en nuestro ordenamiento, excepto en materia testamentaria.

E. RELEVANCIA GENETICA Y FUNCIONAL DE LA CAUSA.

La causa asume especial importancia, en tanto ella tiene un valor genético: puede faltar o ser ilícita

(340) PEREZ V., op. cit., supra nota 293, pág. 119.

(341) Tal noción resulta de combinar las posiciones de Pugliatti y Falzea. Véase PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, "Nuoviaspetti del problema de la causa dei negozio giuridici" y "Precisazioni in torno al tema di causa del negozio giuridico".

(342) PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, págs. 82-83. Según este autor, y citando a MAZZONE, de una forma similar la noción de causa se encuentra en la definición de hecho jurídico, pues esta viene dada por el nexo de causalidad entre el hecho y las consecuencias jurídicas, a través de la voluntad de la ley.

(343) La causa o condición objetiva expresa que el efecto no es lesivo del derecho de los demás y puede decirse que representa la voluntad de la ley frente a la voluntad privada. Consiste en una relación con otros o también con todos los miembros del consorcio social, la cual justifica la adquisición o la pérdida jurídica que el negocio produce. BONFANTE, op. cit., supra nota 70, págs. 86-87.

(344) STOLFI, op. cit., supra nota 17, pág. 33.

(345) V. PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, págs. 86-87.

ta o estar viciada al inicio de la relación negocial, cuando se configura como elemento necesario para la validez del negocio. Pero tiene también relevancia funcional, ya que puede venir a menos sucesivamente, en todo o en parte, es decir, sigue actuando hasta la extinción del negocio, sigue desplegando su influencia después de surgido este (346).

La causa puede venir perturbada al inicio del negocio cuando existe pero opera un forma anormal, porque se ve desviada por circunstancias extrañas.

Ejemplo de ello es la lesión. También puede venir perturbada durante la vida del negocio, como en el caso de la excesiva onerosidad sobreviniente. Estas situaciones no están contempladas en nuestra legislación, pero sí es posible encontrar otros ejemplos de relevancia funcional de la causa, como la imposibilidad sobrevenida de una prestación (arts. 830 y ss. C.C.), o el incumplimiento de la obligación de una parte en un negocio bilateral (art. 692 C.C.).

F. CLASES DE CAUSAS:

a. **Causa iuris:** Es la causa en su sentido de "fuente", como hecho o supuesto de hecho del cual nace la eficacia.

b. **Causa natural y accidental:** Una parte de la doctrina distingue entre la causa natural y permanente del negocio, y una causa accidental y eventual, que sí depende de la voluntad de las partes, las cuales deben asumir la causa propia del negocio, pero pueden elevar al grado de concausa cualquier circunstancia que tenga fuerza determinante. Se dan como ejemplo: las manifestaciones de voluntad que tienen una causa en sí, como la compraventa, y que se realizan en cumplimiento de una obligación anterior, como la promesa de venta. Esta sería la causa accidental.

Tal es un concepto erróneo, pues lo que existe son dos negocios con su respectiva causa. El reconocer una doble causa trae la consecuencia de un doble significado y función del elemento causal, pudiendo llegarse a la desintegración del negocio. La causa es una y exclusiva; no solo no admite otras causas sino que las excluye por completo (347).

c. **Causa próxima y remota:** Algunos negocios tienen una función propia, pero la realizan

de acuerdo a un presupuesto objetivo, y en relación con esta. Por ejemplo un pagaré garantiza el resultado económico de una compraventa. La causa próxima es la función de garantía del pagaré. La causa remota es la función de intercambio de la compraventa (348). Tal distinción es irrelevante; si el segundo negocio se quiere atacar, puede hacerse con relación a su causa, ya que no existe derivación de causas.

d. Causa solvendi, donandi y credendi:

Comúnmente se agrupan las causas en tres grupos, clasificación que viene desde el Derecho romano:

1. Causa solvendi, consiste en el cumplimiento de una obligación, el deber de extinguir una deuda, o bien la obtención de un contravalor, e intercambio de utilidades.
2. Causa donandi, que consiste en producir un lucro en la parte contraria, sin contraprestación, es decir, el producir un enriquecimiento gratuito.
3. Causa credendi, que es la adquisición de una prestación equivalente, a que otro se obliga, y que puede consistir en el derecho de reclamar la restitución de lo entregado, o en el de exigir una contraprestación (349).

G. NEGOCIOS CAUSALES Y ABSTRACTOS, TÍPICOS Y ATÍPICOS.

De acuerdo con la posición dominante en doctrina, es posible distinguir entre negocios causales y abstractos.

El negocio abstracto es el que opera y produce sus efectos desvinculado de la causa, de tal modo que sin ella siempre se producen las consecuencias jurídicas. Hay una disociación entre el negocio y su causa; el negocio aparece desligado e independizado de su causa, y como tal funciona; la causa no se halla contenida en la declaración de voluntad. Por ejemplo *A* se obliga a pagarle a *B* una suma de dinero, sin expresarse el título que fundamenta su obligación (350). El negocio abstracto es un intento de independizar el efecto jurídico de las vicisitudes o anomalías de que puede adolecer el negocio, y de que el destinatario no tenga que considerarlas o verse afectado por ellas (351).

El negocio es causal cuando la existencia y la ilicitud de la causa operan como presupuestos de

(346) GUILLON, op. cit., supra nota 137, pág. 76. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, pág. 131.

(347) Sobre la unidad del concepto de causa, PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, págs. 78-79.

(348) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, págs. 601-602.

(349) Von THUR, op. cit., supra nota 214, págs. 81-82. ALBALADEJO, op. cit., supra nota 134, pág. 126.

ENNECCERUS, op. cit., supra nota 210 págs. 80-81; añade otras posibles causas, por ej. la *causanovandi*, *dotis constituendae*, *condicionis implendae*.

(350) GUILLON, op. cit., supra nota 137, pág. 83.

(351) DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 164.

validez del contrato (352). La causa se halla contenida en la declaración.

El negocio abstracto no está desprovisto de causa (353). Todo negocio debe llenar este requisito. A lo sumo puede aceptarse, dentro de un concepto más restringido, que hay una zona en la cual la voluntad soporta límites insuperables, se trata de negocios en los cuales la causa señala un esquema negocial rígido, rigurosamente determinado por la norma, de acuerdo a la función del negocio y a los intereses que trata de realizar. Así sucede en el derecho de familia. Ello lleva a hacer más aceptable la distinción entre negocios típicos y atípicos.

Tipicidad significa adecuación del negocio jurídico concreto con el negocio tal como es configurado normativamente por el ordenamiento. Tipicidad y atipicidad se encuentran en función de la causa, porque lo que define y delimita los tipos negociales es la función que realizan y el resultado que produce.

La autonomía de la voluntad tiene más relevancia en los negocios atípicos, en que el esquema causal no está predeterminado específicamente por la norma, sino solo en forma genérica o en los relativamente típicos, en que la norma determina un esquema causal, pero puede tener influencia la voluntad (354).

H. FALTA E ILICITUD DE LA CAUSA:

La causa puede faltar del todo en un negocio, en forma originaria o sobreviniente. Puede faltar si no está dentro de las causas específicas en los negocios típicos, o en los esquemas generales de los atípicos o si las partes han simulado una causa, o creen existente una causa que no existe, o que es diversa de la real (355).

Además de existir, la causa debe ser justa (arts. 1007 y 627 inc. 3 C.C.), es decir, lícita, que no sea contraria a la ley, el orden público o las buenas costumbres. (V. art. 805 C.C.).

El concepto de causa ilícita parece a veces semejante al de objeto ilícito; la ilicitud del objeto se refleja o repercute en la causa, haciéndola ilícita. Pero hay hipótesis en que el objeto es lícito,

pero la ilicitud resulta de poner las prestaciones en relación de intercambio, por ejemplo pagar a un funcionario para que haga un acto propio de su oficio.

En ocasiones el interés perseguido no es digno de tutela por el ordenamiento, y el negocio carece de causa porque no tiene una utilidad suficiente para justificar que el derecho coopere en su actuación. Por ejemplo la apuesta, que no otorga al vencedor una acción para retener el pago (356).

La falta o ilicitud de la causa da lugar a nulidad absoluta del negocio (arts. 627 inc. 3, 1007 y 835 inc. 1 C.C.).

El pago efectuado bajo una causa ilícita es repetible (art. 835 párrafo 1), salvo si se ha dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (art. 844 C.C.) (357).

La causa no se presume, y debe ser probada. La ilicitud de la causa debe ser probada por quien la invoca.

I. LA CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA (358).

El Código Civil carece de una definición de la causa. Incluso parece contradictorio que se exija causa justa para la validez de la obligación (art. 627 inc. 3) si las obligaciones pueden derivar de hechos ilícitos (art. 632: delitos y cuasidelitos).

La jurisprudencia, sin embargo, se ha encargado de dar una elaboración más o menos amplia al concepto, apegada generalmente a las ideas clásicas.

Así, se ha expresado que:

"En las obligaciones bilaterales las obligaciones de las partes se sirven recíprocamente de causa" (359).

"... Si lo que en el fondo hubo fue una donación y no una venta, la causa justa de tal acto de liberalidad reside en el 'animus donandi'. ..." (360).

"Que si en la donación la causa es la voluntad de donar, sin retirar ningún equivalente de la obligación que se contrae. ..." (361).

- (352) DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, pág. 164. Para este autor la distinción se funda en la vinculación entre existencia y lícitud de la causa, y validez y eficacia del negocio.
- (353) GUILLON, op. cit., supra nota 137, pág. 83. ESPIN, op. cit., supra nota 23, pág. 401.
- (354) V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra nota 21, págs. 145-146. PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, págs. 84-85.
- (355) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 607.
- (356) TRIMARCHI, op. cit., supra nota 215, págs. 190-191. V. art. 1409 C.C.
- (357) Cas. No. 109 de 13:30 hrs. 20 noviembre 1952, semestre II tomo único, pág. 1346.
- (358) El derecho anglosajón maneja la idea de la "CONSIDERATION", paralela a la noción de causa fin. Esta constituye la finalidad, la razón determinante del acto, y debe tener algún valor o representar algún interés para el sujeto, aunque no resulte proporcionado, con tal que sea conforme a Derecho. Hay "consideration" cuando existe cierta contraprestación y de allí que los contratos sin consideration solo son vinculantes si cumplen determinadas formalidades. ALTERINI, op. cit., supra nota 86, p. 62.
- (359) Cas. 15 hrs. 7 junio 1945, I semestre tomo único, p. 343.
- (360) Cas. No. 47, 15:30 hrs. 30 abril 1953, I semestre II tomo.
- (361) Cas. 3:30 p.m. 14 diciembre 1922, II semestre, pág. 624.

La causa ha sido, en ocasiones, confundida con la contraprestación, el objeto, e incluso el consentimiento.

"Esas obligaciones principales del arreglo se sostienen mutuamente y sirven de fundamento las unas a las otras, constituyendo recíprocamente su causa, y dando el repetido carácter de bilateralidad del contrato. . .

. . . En los contratos sinalagmáticos las causas de las obligaciones de una parte es la prestación o prestaciones de la otra" (362).

"... la causa de la venta, sea el precio de los diversos bienes que especifica la escritura respectiva. . ." (363).

También se ha dado la confusión de causa y objeto para efectos de nulidad (364), y la aceptación de una concepción subjetivista de la causa. Así, por ej.:

"Se dice en el escrito de expresión de agravios que el juez confundió el móvil

psicológico con la causa de la obligación lo expuesto en la demanda como móvil de la transacción; (. . .) pero, a juicio de la Sala, esa confusión no existe, pues. . . el deseo de evitar un litigio que en definitiva puede resultar gravoso para la parte, puede ser causa suficiente para que esta se decida a transigir (. . .). Este temor, esa duda y ese deseo de evitar gastos y molestias fueron motivo o fin esencial del contrato, y no fin o motivo "mediato", particular o personal del actor, desde luego que los demandados sabían que eran precisamente esas circunstancias las que hacían necesaria y conveniente la transacción, y en ese móvil o causa de la obligación en la forma que inspiró el contrato. . . no hay nada de contrario a la moral o a las buenas costumbres. . ." (365).

Como se ve, no existe un enfoque unitario de problema; el Código, con su indefinición, ha dejado las puertas abiertas a la interpretación, y la causa ha sido un instituto de gran importancia práctica, aunque no técnicamente elaborado.

SECCION IV

ELEMENTOS NATURALES DEL NEGOCIO JURIDICO

Los elementos naturales se han definido, en general, como aquellas consecuencias que derivan de la misma naturaleza jurídica de un determinado negocio, verificándose por disposición de la ley, en el caso de silencio de los interesados, de modo que las partes solo tienen que hacerlos especial objeto de manifestación de voluntad para excluirlos (366).

Vendrán a ser cláusulas que en el negocio particular no necesitan expresa oposición, porque al considerarse que son los más conformes con los intereses de las partes, se insertan normalmente por la previsión legal, concediéndose la autonomía de los privados para suprimirlos, aumentarlos, o disminuirlos en el ámbito de eficacia (367).

Como ejemplos de elementos naturales se citan la garantía de evicción en el contrato de compraventa (art. 1034 C.C.), por la cual en la función de intercambio se busca asegurar que el bien será del nuevo dueño; la gratuidad en el mandato, en el mutuo y en el depósito (368).

El contenido contractual y negocial no se agota en la previsión de los llamados elementos esenciales, sino que por su función, otros puntos son merecedores de tutela; tan es así que el legislador se preocupa de que pueda haber lagunas en las disposiciones de las partes, y en defecto de su previsión establece la forma en que han de solucionarse ciertos conflictos de intereses en la forma más adecuada a la naturaleza del contrato, e inclu-

(362) Sentencia citada supra nota 361. Considerando 16. Para la causa como obligación o contraprestación V. Cas. 9 a.m., 27 abril 1922, I semestre, pág. 263.

(363) Cas. No. 47, cit., supra nota 339.

(364) Cas. 63, 27 junio 1969, I semestre.

(365) Sala Civil, 10:55 hrs. 11 junio 1940, aceptado por Cas. 10:20, 10 diciembre 1940, No. 137, pág. 42, 32-34 apéndice. Sobre la causa en la estipulación a favor de un tercero, Cas. No. 136, 14:45 hrs. 16 noviembre 1973. Para una concepción normativa de la causa, Cas. 109, 13:30 hrs. 20 noviembre 1952, II semestre, tomo único, pág. 1346.

(366) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 115. STOLFI, op. cit., supra nota 17, pág. 13. LACRUZ, op. cit., supra nota 128, pág. 43.

(367) RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 30.

(368) LACRUZ, op. cit., supra nota 128, pág. 43.

La causa ha sido, en ocasiones, confundida con la contraprestación, el objeto, e incluso el consentimiento.

"Esas obligaciones principales del arreglo se sostienen mutuamente y sirven de fundamento las unas a las otras, constituyendo recíprocamente su causa, y dando el repetido carácter de bilateralidad del contrato. . .

. . . En los contratos sinalagmáticos las causas de las obligaciones de una parte es la prestación o prestaciones de la otra" (362).

"... la causa de la venta, sea el precio de los diversos bienes que especifica la escritura respectiva. . ." (363).

También se ha dado la confusión de causa y objeto para efectos de nulidad (364), y la aceptación de una concepción subjetivista de la causa. Así, por ej.:

"Se dice en el escrito de expresión de agravios que el juez confundió el móvil

psicológico con la causa de la obligación lo expuesto en la demanda como móvil de la transacción; (. . .) pero, a juicio de la Sala, esa confusión no existe, pues. . . el deseo de evitar un litigio que en definitiva puede resultar gravoso para la parte, puede ser causa suficiente para que esta se decida a transigir (. . .). Este temor, esa duda y ese deseo de evitar gastos y molestias fueron motivo o fin esencial del contrato, y no fin o motivo "mediato", particular o personal del actor, desde luego que los demandados sabían que eran precisamente esas circunstancias las que hacían necesaria y conveniente la transacción, y en ese móvil o causa de la obligación en la forma que inspiró el contrato. . . no hay nada de contrario a la moral o a las buenas costumbres. . ." (365).

Como se ve, no existe un enfoque unitario de problema; el Código, con su indefinición, ha dejado las puertas abiertas a la interpretación, y la causa ha sido un instituto de gran importancia práctica, aunque no técnicamente elaborado.

SECCION IV

ELEMENTOS NATURALES DEL NEGOCIO JURIDICO

Los elementos naturales se han definido, en general, como aquellas consecuencias que derivan de la misma naturaleza jurídica de un determinado negocio, verificándose por disposición de la ley, en el caso de silencio de los interesados, de modo que las partes solo tienen que hacerlos especial objeto de manifestación de voluntad para excluirlos (366).

Vendrían a ser cláusulas que en el negocio particular no necesitan expresa oposición, porque al considerarse que son los más conformes con los intereses de las partes, se insertan normalmente por la previsión legal, concediéndose la autonomía de los privados para suprimirlos, aumentarlos, o disminuirlos en el ámbito de eficacia (367).

Como ejemplos de elementos naturales se citan la garantía de evicción en el contrato de compraventa (art. 1034 C.C.), por la cual en la función de intercambio se busca asegurar que el bien será del nuevo dueño; la gratuidad en el mandato, en el mutuo y en el depósito (368).

El contenido contractual y negocial no se agota en la previsión de los llamados elementos esenciales, sino que por su función, otros puntos son merecedores de tutela; tan es así que el legislador se preocupa de que pueda haber lagunas en las disposiciones de las partes, y en defecto de su previsión establece la forma en que han de solucionarse ciertos conflictos de intereses en la forma más adecuada a la naturaleza del contrato, e inclu-

(362) Sentencia citada supra nota 361, Considerando 16. Para la causa como obligación o contraprestación V. Cas. 9 a.m., 27 abril 1922, I semestre, pág. 263.

(363) Cas. No. 47, cit., supra nota 339.

(364) Cas. 63, 27 junio 1969, I semestre.

(365) Sala Civil, 10:55 hrs. 11 junio 1940, aceptado por Cas. 10:20, 10 diciembre 1940, No. 137, pág. 42, 32-34 apéndice. Sobre la causa en la estipulación a favor de un tercero, Cas. No. 136, 14:45 hrs. 16 noviembre 1973. Para una concepción normativa de la causa, Cas. 109, 13:30 hrs. 20 noviembre 1952, II semestre, tomo único, pág. 1346.

(366) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 115. STOLFI, op. cit., supra nota 17, pág. 13. LACRUZ, op. cit., supra nota 128, pág. 43.

(367) RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 30.

(368) LACRUZ, op. cit., supra nota 128, pág. 43.

so haciendo reenvío a cuanto dispongan las leyes, los usos (369). Con los elementos naturales se llega a la máxima especificación; se hace referencia al esquema de un negocio particular, previéndose la posibilidad de que respecto de ciertos elementos, el contenido típico del negocio cual es determinado por las normas, sea modificado por una concreta voluntad manifestada por las partes. Son elementos normales pero no necesarios sino eliminables (370).

Sin embargo, hay en la concepción de los "naturalia negoti" un error evidente: no pueden ser elementos del negocio algunas consecuencias. Pertenecen a su zona efectual.

"Por tradición, se suelen mencionar también los denominados elementos naturales: pero estos no son verdaderos y propios elementos, sino más bien efectos implícitos del determinado negocio, en concreto, y no del negocio en general; los cuales efectos, a veces están previstos y establecidos por el declarante (o por los declarantes, en los negocios bilaterales), pero nacerían igualmente por ley; tanto que la utilidad de hacer referencia a aquellos elementos (retius: efectos) se manifiesta, más cuando se los quiere excluir que cuando se los quiere provocar.

Por consiguiente, no hay lugar a través de ellos en la doctrina general del negocio jurídico" (371).

Se podría hablar más bien de "efectos naturales", pues no forman parte la reglamentación comercial prevista por las partes, sino que son tomados por la ley precisamente a falta de tal previsión. Se trata de la configuración que la ley da a los efectos del negocio según una valoración de la normalidad (372) y únicamente entraría en el plano causal

aquella disposición voluntaria tendiente a modificarlos o suprimirlos.

Entendidos como consecuencias jurídicas, los "naturalia negoti" sólo pueden encontrar lugar en una distinción relacionada con las normas que disciplinan un determinado instituto; en esta hipótesis son jurídicamente irrelevantes, y como tales no pueden incluirse en una clasificación de los elementos del negocio. Si, en cambio, se entienden como cláusulas negociales cabe un doble sentido: verlos como cláusulas expresas, en cuanto dirigidas a un efecto preordenado por una norma, o como cláusulas tácitas que el ordenamiento presupone al aprobar las consecuencias previstas en las normas. Pero en ambos casos resultan insubsistentes, porque la disposición normativa opera en forma automática cuando el negocio no tiende a un fin práctico contrastante con los efectos en ella previstos (373).

Si se fundase un criterio de clasificación de elementos sobre la correspondencia entre el contenido y los efectos del negocio (374), el concepto de elemento natural podría definir una categoría que puede no corresponder a una regla determinada por las partes, distinguiéndose así cuáles disposiciones son puestas por las partes y tienen el valor jurídico de un precepto de autonomía privada, y cuáles son puestas por la ley, contraponiendo en un sentido distinto al tradicional entre elementos esenciales, como los que deben ser expresamente queridos, y elementos naturales, que pueden ser no expresamente queridos.

En cierto sentido, los elementos accidentales y los naturales asumen una posición opuesta; estos son puestos por la ley y la voluntad de las partes es relevante para excluirlos aquellos solo pueden ser puestos por la voluntad de las partes (375).

- (369) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, pág. 140. En este sentido de integración del contrato, V. el art. 1023 C.C.
- (370) S. PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, pág. 73.
- (371) MESSINEO, op. cit., supra nota 54, pág. 356. En el mismo sentido, LACRUZ, op. cit., supra nota 128, pág. 43. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 115. RESCIGNO, op. cit., supra nota 23 pág. 301. FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 68. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, págs. 140-141.
- (372) RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 301.
- (373) FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 68.
- (374) RUSSO, op. cit., supra nota 18, pág. 108. En este sentido enfoca los elementos naturales como centro de un tipo autónomo de clasificación, fundado sobre la correspondencia o no entre contenido negocial y efectos jurídicos.
- (375) PUGLIATTI, op. cit., supra nota 73, pág. 73.

SECCION V

ELEMENTOS ACCIDENTALES DEL NEGOCIO JURIDICO

1. GENERALIDADES.

A. LOS LLAMADOS ELEMENTOS ACCIDENTALES.

El ordenamiento ofrece a los sujetos privados múltiples instrumentos para un ejercicio más amplio de su autonomía, cuando forman un negocio en razón de particulares intereses. A esta finalidad, de enriquecer el ejercicio de la autonomía privada, sirven los elementos accidentales del negocio, que los sujetos pueden introducir en el esquema negocial, y una vez insertos asumen el mismo valor de los elementos esenciales (376).

Tradicionalmente se han definido los elementos accidentales como aquellos que no son necesarios para que exista el negocio, ni le acompañan normalmente, sino que por voluntad de las partes se incorporan a él. Pueden o no existir con relación a un determinado negocio; no entran en su esquema típico, de modo que este puede subsistir sin ellos, sin que se obstaculice su existencia o su validez. Normalmente se reflejan en la eficacia negocial.

Se trata de determinaciones de voluntad de las partes, para modificar los efectos normales del negocio, en virtud de su autonomía. Su presencia no es indispensable, pero cuando existen por una manifestación de voluntad humana, libre, limitan la eficacia del negocio. Su accidentalidad radica precisamente en ese depender de la voluntad que los interesados son libres de manifestar o no (377).

Los elementos accidentales aparecen así como contrapuestos a los esenciales, que deben estar siempre presentes para que una determinada situación de hecho venga a ser considerada como negocio jurídico.

La expresión es comúnmente usada para referirse a la condición, el término y el modo, y quiere decir que son elementos extraños al esquema típico del negocio, que realizan los intereses por los cuales el negocio se efectúa.

De accidentalidad se habla solo en relación con una consideración del tipo negocial abstracto frente al negocio concreto realizado por las partes,

respecto al cual estos elementos asumen el carácter de esenciales; a través de ellos las partes realizan intereses que no quedarían satisfechos con el recurrir a la estructura típica del negocio. Pero también estos elementos son idóneos para ser aplicados a negocios jurídicos de tipo variado (378).

Los llamados elementos accidentales solo lo son en el sentido de que pueden introducirse o no a voluntad de las partes, y de que no pertenecen al esquema típico del negocio; sin embargo, algunos de los caracterizados como elementos de esta clase pueden ser absolutamente esenciales respecto a ciertos tipos negociales (379). Por otra parte, al ponerse en contraposición a los elementos esenciales, ambas nociones se construyen sobre bases diversas pues estos últimos se definen respecto al hecho negocial. Los accidentales en cambio serían tales, no tanto porque el negocio puede existir sin ellos, sino más bien por no formar parte de su esquema negocial (ya que aquello sería consecuencia de esto). Por ello se hace necesaria una revisión del concepto de elemento accidental, que viene modificado por la noción de elemento esencial.

B. LOS ELEMENTOS DEL NEGOCIO Y LA EFICACIA NEGOCIAL.

La clasificación de los elementos del negocio es posible básicamente desde dos puntos de vista:

a) Según sean o no indispensables para la validez del negocio, pudiéndose definir como esenciales los componentes del hecho negocial cuya falta da lugar a la invalidez del negocio, y como accidentales aquellos que se añaden al núcleo indispensable para la validez, y cuya falta no afecta la validez misma (380).

b) Según sean o no indispensables para que surja un determinado tipo de negocio. La doctrina más reciente dedica mayor atención a este punto de vista, entendiendo el negocio como una especie de vista, comprendiendo el negocio como una especie fáctica compleja, que comprende múltiples elementos necesarios para la verificación del efecto jurídico, configurándose un núcleo central en el

(376) RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 264.

(377) FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, págs. 81, 100-101. ESPIN op. cit., supra nota 73, pág. 403. ENNECCERUS, op. cit., supra nota 210, págs. 299-300. MESSINEO, op. cit., supra nota 54, pág. 357. STOLFI, op. cit., supra nota 17, pág. 13. CASTAN TOBENAS, op. cit., supra nota 29, pág. 375. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 116.

(378) RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 302. FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 66. RUSSO, op. cit., supra nota 18, pág. 98.

(379) LACRUZ BERDEJO, op. cit., supra nota 128, págs. 43-44, cit. como ejemplo el término en relación al comodato, al mutuo y al depósito.

(380) RUSSO, op. cit., supra nota 18, pág. 103.

conjunto de todas las determinaciones dadas por los sujetos.

Ambas clasificaciones son, en cierta medida, excluyentes; la inserción de un elemento accidental en un negocio determinado no deja de reflejarse sobre la validez; y puede provocar la invalidez del negocio en su totalidad (como sucede por ejemplo con la condición suspensiva imposible, o con la condición ilícita). Por ello es conveniente atender en principio a los elementos en relación con la existencia y la eficacia del negocio y efectuar posteriormente su calificación de acuerdo con su influencia en la validez.

En una especie fáctica es posible efectuar una distinción entre la zona de los elementos esenciales y una zona marginal o periférica en la que se agrupan todos los elementos que, por representar notas accidentales o variables lógicas respecto a la esencia, determinan la extensión y los límites de su esfera de eficacia legal (381). Para que surja la relación jurídica basta que sean realizados los elementos esenciales, constitutivos que son su presupuesto exclusivo; pero para que se produzca la situación efectual puede no ser suficiente la existencia de ese núcleo central, sino que se requieren *"ulteriores elementos a los cuales no puede atribuirse una función causativa igual a aquella que debe reconocerse a la especie fáctica central, porque de ellos depende solo el 'sí' o el 'cuando' del subentrar de la situación efectual"* (382). El negocio es causa del efecto negocial, mientras que el término, por ej., decide el momento en que ha de realizarse tal efecto.

Estas concausas de eficacia, que conciernen solo a las consecuencias jurídicas de un negocio ya perfeccionado en todos sus elementos constitutivos, son en este sentido elementos accidentales del negocio (383). A los elementos esenciales, causas de la eficacia, corresponde la relevancia o irrelevancia de la situación causal; a las concausas, que más bien deberían llamarse elementos inesenciales o marginales, corresponde la eficacia o ineficacia de la situación condicionante. Las concausas o coelementos pueden ser clasificados a partir de dos criterios: en relación a la posición respecto al núcleo central, de donde se dividen en anteriores, contemporáneos y sucesivos; y en relación a la fuente, privada o legal de donde deriva su inclu-

sión, distinguiéndose en voluntarios y legales (384). Interesan fundamentalmente los de carácter voluntario, siendo necesario realizar algunas distinciones previas.

C. DISTINCIONES CONCEPTUALES.

Se llaman cláusulas del negocio las diversas proposiciones de que consta o puede constar. Pero ellas son diversas de los elementos. Sea que haya una sola o varias cláusulas, en el negocio concurren elementos, implícita o explícitamente previstos por la ley, y que pueden clasificarse diversamente; las cláusulas no son susceptibles de clasificación (385).

No es correcto configurar como elementos accidentales todas las posibles cláusulas especiales que las partes introducen en un negocio jurídico, si no son elementos de eficacia (386). En ocasiones se denomina también a los elementos accidentales modalidades, autolimitaciones de voluntad, cláusulas, disposiciones o determinaciones accesorias (387) sin embargo algunas de estas denominaciones tienen una connotación diversa.

Los requisitos voluntarios de eficacia, dependen de la voluntad de las partes y limitan la fuerza de la manifestación incidiendo en su eficacia; coinciden en buena parte con los elementos accidentales; la condición y el término pertenecen a ambas categorías; el modo en cambio, no es requisito de eficacia.

Las autolimitaciones de voluntad forman un concepto coincidente con el de requisitos voluntarios de eficacia; en cambio, las disposiciones o determinaciones accesorias forman una categoría muy distinta, porque modifican el contenido normal del negocio sin alterar su esencia, por ej. la cláusula penal, las disposiciones referentes a los "efectos naturales", reservas etc. (388).

Bajo el epígrafe elementos accidentales se estudian tradicionalmente la condición, el término y el modo. Las partes pueden agregar en el contenido negocial estas cláusulas, que no pertenecen al esquema esencial del negocio, pero que son relevantes en el caso concreto, y tienden a realizar los intereses correspondientes a las finalidades por ellas perseguidas.

(381) FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 53.

(382) FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 35.

(383) Esta clasificación de elementos vendría a corresponder a una clasificación de normas. Las normas principales disponen los componentes típicos y los efectos esenciales de un acto; las normas integrativas entran después de la realización de un elemento ulterior. En este sentido es elemento accidental aquel hecho específico a cuya presencia la norma integrativa subordina la intervención de la norma principal. FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 69-70.

(384) FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 63.

(385) MESSINEO, op. cit., supra nota 54, pág. 354. Sobre el convenio principal y sus adiciones, V. Cas. No. 119 de 15:45 hrs., 1 de octubre de 1975. Sin publicar.

(386) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 116.

(387) CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, pág. 155. CASTAN TOBENAS op. cit., supra nota 29, pág. 375.

(388) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 661.

2. LA CONDICION: (389)

A. CONCEPTO, CARACTERES, NATURALEZA JURIDICA:

a. Concepto:

El negocio se considera sujeto a condición si las partes disponen que su eficacia dependa del verificarse de un evento futuro e incierto. Con el nombre condición se designa cualquier hecho futuro, incierto, al verificarse del cual las partes subordinan la producción o el cesar de los efectos del negocio. Se designa así la cláusula que da un hecho tal carácter, es decir, la propia determinación de voluntad, y también al propio acontecimiento o suceso (390).

FALZEA distingue la previsión condicional y el evento condicionante:

"...se distinguen netamente en momento subjetivo (condición como previsión) del momento objetivo (condición como evento)."

La previsión condicional y el evento condicionante constituyen respectivamente: uno un elemento del acto jurídico en su contenido de voluntad, y parte de la compleja declaración negocial; el otro un elemento externo al acto e investido de la cualidad de concausa de la eficacia. De donde el ligamento entre ambos tiene lugar solo en cuanto la previsión condicional forma parte del acto, y es en relación a este último, considerado en su integridad, que funciona la concausa, así que resultan netamente separadas la previsión condicional que se refiere a la zona central del acto, y el evento condicionante, que concierne en cambio a la zona marginal. El evento constituye el punto fundamental sobre el cual gravita todo el mecanismo condicional, y a la previsión corresponde poner en marcha el mecanismo en función de un particular intento de los sujetos..." (391).

Desde un punto de vista teleológico, la condi-

ción se justifica con miras al interés de las partes. Los sujetos, al regular sus intereses, pueden querer que tengan actuación de inmediato y que surjan entonces las respectivas consecuencias jurídicas.

Pero puede ser que los sujetos, para conseguir una meta específica, establezcan que sus intereses se realicen en cierta circunstancia, de modo que no les conviene una eficacia inmediata. La condición implica la valoración de intereses posteriores, externos, futuros e inciertos, en contraste con el interés interno tendiente a la función típica del acto (392).

b. Características:

El evento condicionante se caracteriza por su posición en el futuro y su incerteza. A estos requisitos se añaden la exterioridad, la accidentalidad, (393), y la voluntariedad de su inserción. La condición es extrínseca al acto al que precede; por ello es elemento marginal o coelemento del negocio. La incertidumbre hace referencia a que sea dudosa la realización del acontecimiento. En ello difiere de las llamadas condiciones impropias. La voluntariedad permite distinguir la condición de las condiciones legales o iuris, y hace referencia también a la determinación de cuándo es posible para los particulares en ejercicio de su autonomía establecer condiciones que funcionen como tales.

c. Naturaleza jurídica:

Algunas teorías hacen depender de la condición la existencia de la voluntad o bien la del negocio mismo (394). Otras, más acertadamente, hacen depender de la condición los efectos del negocio. La primera teoría contrasta con el derecho positivo, por el cual el negocio condicional, aparte de la pendencia de sus efectos, debe tenerse como ya existente.

En el negocio condicionado la voluntad solo quiere los efectos en una determinada circunstancia; no es que se quiera una cosa y luego se añada otra; solo se quiere bajo condición.

La voluntad de las partes subordina los efectos del negocio a la producción de un evento extraño.

La condición afecta únicamente los efectos del negocio, bien suspendiéndolos, bien haciendo cesar los ya producidos. Es una concausa de efica-

- (389) En el derecho romano la condición fue conocida y se agregaba a negocios de todas clases, sobre todo a la stipulatio y los legados, quedando excluidos los "actus legitimi". Solo era bien delineada la figura de la condición suspensiva en cuanto a la resolutoria, se creía que las partes hubiesen creado otro negocio sujeto a su vez a condición suspensiva; si el evento se verificaba, este segundo negocio producía su efecto, que era el de cortar la eficacia del otro negocio. El negocio sujeto a condición suspensiva no producía por lo pronto efecto alguno pleno; los derechos pendientes fueron garantizados por efectos previos que limitaban en gran medida a la otra parte. Se consideró que la condición debía responder a los requisitos de la incerteza, licitud y posibilidad; debía ser además un hecho futuro. FRANCESCHELLI, op. cit., supra, nota 15, págs. 101-103. JORS-KUNKEL, op. cit., supra nota 117, págs. 120-124.
- (390) FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, pág. 101. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 665. ESPIN, op. cit., supra nota 23, págs. 403-404. TRIMARCHI, op. cit., supra nota 215, pág. 211.
- (391) FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 78-79.
- (392) FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 80.
- (393) FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 132.
- (394) ARNDTS, ADICKENS, FERRARA, etc., cit. por CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, págs. 664 y ss.

cia de la declaración de voluntad negocial (395). Pero la declaración y la condición solo analíticamente pueden considerarse como diversas, pues son en realidad algo único e indisoluble, en atención a su función. Si de la condición depende el efecto del negocio, ella viene a formar parte integrante y sustancial del mismo (396).

B. CLASES DE CONDICIONES.

Conviene previamente distinguir las verdaderas condiciones de las *conditio iuris* y las llamadas condiciones impropias.

a. *Conditio iuris* o condiciones legales:

La condición es un requisito voluntario de eficacia, y por ello se distingue de los elementos exigidos por la ley para la eficacia de ciertos negocios, y que por eso se llaman *conditio iuris*. En esta categoría pueden ubicarse todos aquellos actos o hechos extrínsecos al negocio que la ley considera decisivos para su eficacia, de acuerdo a su naturaleza o a la situación de los interesados, como podría ser la autorización al tutor para enajenar o gravar bienes del pupilo, la realización del matrimonio para la eficacia de las capitulaciones, etc. Estos deberían ubicarse en una categoría diversa, como requisitos legales de eficacia.

Se asemejan a la condición voluntaria en su incidencia sobre la eficacia, pero la diferencia se observa considerando que en la verdadera condición se da una particular determinación de la autonomía negocial para la satisfacción de los intereses privados la *conditio iuris* son en cambio el producto de disposiciones normativas que limitan la autonomía de las partes, subordinando la eficacia del negocio a la realización de los eventos a los cuales la ley da tal valor en función de intereses extraños a los sujetos, con lo que está en juego la existencia misma de la relación jurídica por deficiencia de un requisito impuesto por la ley (397).

En última instancia, sin embargo, es posible reducir a un esquema general las condiciones legales y voluntarias; ambas son mecanismos para subordinar la regulación negocial de modo que no entre en colisión con un sistema de intereses ulteriores; claro está que la condición voluntaria se introduce para fines particulares, y con función instrumental, entre el acto y sus efectos (398).

b. Condiciones impropias.

En la condición existe un estado de incerti-

dumbre objetivo a cerca de la producción o el cese de los efectos del negocio. En ello difiere de las llamadas condiciones impropias, que pueden ser subjetivas o necesarias.

No pueden considerarse condiciones las cláusulas que hacen depender la eficacia de un evento ya realizado, pero subjetivamente incierto, pues en tal caso faltaría la situación de pendencia, bastando la constatación del hecho para que el negocio despliegue su eficacia.

Tampoco son verdaderas condiciones las llamadas necesarias, es decir, eventos que deben necesariamente darse, pero sin que se sepa exactamente cuándo. Estos en realidad funcionan como términos (399).

c. Clasificación de acuerdo a la naturaleza del hecho condicionante: condiciones potestativas, causales y mixtas.

Es la causal la condición que consiste en un hecho sustraído a la voluntad del interesado, sea un hecho de la naturaleza o un comportamiento de un tercero.

Es potestativa si supone un acto de una de las personas que intervienen en el negocio, dependiendo de su voluntad.

Es mixta si el hecho depende a la vez de la voluntad de un sujeto del negocio, y de un hecho natural o de la voluntad de un tercero (400).

En el segundo grupo citado se distinguen las condiciones meramente potestativas, que dependen de la mera voluntad del sujeto o de un hecho voluntario del todo irrelevante y que según el art. 681 C.C., son nulas si se refieren a la simple voluntad del promitente, nulidad que se extiende a la entera obligación; no sucede así si depende de la voluntad del acreedor, caso en el cual es perfectamente válida la condición. Las condiciones potestativas, en cambio, dependen de la voluntad del sujeto, pero de tal forma que no pueden realizarse o dejarse de realizar indiferentemente, porque están sujetas a otras circunstancias externas (por ej., si hago un largo viaje). Estas condiciones pueden introducir en el negocio válidamente, e influyen como tales en sus efectos.

d. Clasificación de acuerdo a la naturaleza del hecho:

Condiciones positivas y negativas.

Una segunda clasificación con referencia a la naturaleza del hecho, distingue las condiciones en positivas o negativas, según el correspondiente carácter del evento. Son positivas si deben cambiar

(395) GUILLON, op. cit., supra nota 137, pág. 167.

(396) COVIELLO, op. cit., supra nota 215, pág. 459.

(397) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, págs. 143-144.

(398) FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 113-114, 93.

(399) Ya en el Derecho Romano existían similares regulaciones sobre las condiciones impropias: "Nulla sit conditio, quae in praeteritum confetur, vel quae in praesens" (Es nula la condición referida al pasado o al presente). Digesto, Ulpiano, Lib. XXVIII, tit. VII, Ley 10, s. VI. CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, Nos. 815 y 1974.

(400) V. Von THUR, op. cit., supra nota 214, pág. 88. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra nota 2, pág. 670.

el estado actual, y negativas las que lo deben mantener.

e. Clasificación de acuerdo a la influencia en la eficacia del negocio: Condiciones suspensivas y resolutorias.

La condición es suspensiva si de su verificación depende el nacimiento de los efectos; tal es la hipótesis más difundida porque responde mejor a los fines del mecanismo condicional. La condición es resolutoria si se hace derivar de ella la cesación de los efectos.

Para algunos autores solo existe la condición suspensiva, pues toda condición suspende algo, sea el nacimiento, sea la extinción de la obligación; la condición resolutoria para una de las partes es suspensiva para la otra, de modo que aquella es solo una faz de esta (401). Pero tal posición no es exacta, ya que ambas clases de condiciones presentan una naturaleza diversa, tanto en su posición estructural como en su función.

La condición suspensiva constituye una causa de eficacia un elemento marginal del acto sobre el que incide, presentándose como una particular forma que asume el proceso de producción; opera en lo interno del acto, insertándose entre los momentos de la relevancia y de la eficacia, retardando la llegada de esta.

La condición resolutoria, en cambio, constituye un hecho estructuralmente autónomo; presupone que el acto exista ya en todos sus elementos, centrales y periféricos, y que haya producido sus consecuencias; opera hacia lo externo sobre tales consecuencias, de modo que sus efectos se contraponen a los del acto condicional (402).

En la condición suspensiva las partes subordinan la actualización del interés programado a la realización de un evento previsto; sólo en ella hay verdadera pendencia, pues mientras no se cumpla, no se sabe si se producirán los efectos.

En la condición resolutoria, en cambio, la situación jurídica nace de inmediato, y solo existe incertidumbre acerca de si llegará a desaparecer. La condición resolutoria aparece como hecho extintivo-constitutivo, cuya función está en relación con el permanecer de la situación efectiva (403).

f. La llamada condición resolutoria implícita.

En el capítulo del C.C. sobre las obligaciones

condicionales aparece el art. 692, referente al incumplimiento contractual y a la llamada condición resolutoria implícita. Tal emplazamiento del artículo es inadecuado, e incorrecta también aquella expresión, que debiera ser "*pacto comisorio tácito*" o "*cláusula resolutoria sobreentendida*". La verdadera naturaleza jurídica del instituto es la de un derecho potestativo del sujeto para exigir el cumplimiento del contrato o pedir su resolución. No se trata de una condición, pues este término se refiere técnicamente a los elementos accidentales del negocio jurídico, producto de la voluntad de las partes. Se trata más bien de un efecto que proviene de la ley. La denominación es la misma del Código Civil francés, acogida en nuestra legislación (404).

C. REQUISITOS DE LA CONDICION. CONDICIONES IMPOSIBLES, ILICITAS Y PERPLEJAS.

Solo se admiten las condiciones que no rebasen los límites de la autonomía privada; la ley, el orden público y las buenas costumbres, y que sean además posibles.

a. Condiciones ilícitas:

Son ilícitas las condiciones contrarias a la ley, el orden público y las buenas costumbres. Los negocios inter vivos son viciados enteramente por estas condiciones y devienen absolutamente nulos.

De acuerdo con el art. 679 C.C. sólo es nulo el negocio cuando la condición debe realizarse por quien debe obtener la ventaja del negocio, es decir, el acreedor, por ej. "*doy mil a Ticio si mata a mi enemigo*". Pero si el hecho debe cumplirse por quien debe sufrir la pérdida económica (el deudor), el negocio es válido; por ej. "*te daré mil si mato a mi enemigo*".

Ello en razón de que el lucro constituye un incentivo para consumir el acto ilícito cuando la condición debe cumplirla el acreedor, mientras que tal incentivo falta si debe cumplirlo el deudor (405).

Según el art. 680 C.C., para las condiciones resolutorias rigen los mismos principios, en sentido inverso. De este modo, la condición resolutoria consistente en un hecho ilícito es válida si es positiva, por ej. "*te dono mil pero si frecuentas lugares*

(401) V. por ej.: ALESSANDRI, op. cit., supra nota 25, pág. 465.

(402) FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 84, 239.

(403) FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 239, 243.

(404) V. Sobre este tema CASAFONT ROMERO, Pablo. "*Ensayos de Derecho Contractual*". La acción resolutoria y la excepción de contrato no cumplido en la legislación costarricense. Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, 1968, págs. 11 y ss. En especial, págs. 18-19.

(405) V. COVIELLO, op. cit., supra nota 215, pág. 468.

de corrupción la donación se tendrá como no hecha". Será nula si es negativa, por ej. "te dono mil, pero si no frecuentas lugares de corrupción la donación quedará resuelta". En el primer caso el negocio es lícito porque la posibilidad de resolución es un estímulo para abstenerse del hecho ilícito; lo contrario sucede en el segundo, que es nulo porque la resolución es incentivo al mal (406).

En el testamento, negocio mortis causa, las condiciones ilícitas se tienen por no puestas y por pura y simple la institución, excepto si la condición ha sido la causa impulsiva y determinante de la liberalidad, caso en el cual es nulo todo el negocio (art. 615 C.C.); ello se justifica en el principio de conservación del negocio, porque el testador, ya muerto, no hubiera podido cambiar su disposición (407).

b. Condiciones imposibles:

La condición es imposible cuando no puede verificarse por obstáculos materiales, físicos, naturales, porque tienden a la verificación de un hecho irrealizable (si es positiva) o evitar un hecho necesario (si es negativa (408)), todo ello de acuerdo con las leyes naturales y el estado de los medios materiales al momento del negocio.

La condición imposible anula la obligación entera, pero es válida y válido el negocio si la condición es de no hacer una cosa imposible, tratándose de suspensiva, o de hacer una cosa imposible, si es resolutoria (arts. 678 y 680 C.C.). Al igual que la condición ilícita, se tiene por no puesta en el testamento salvo si ha sido la causa impulsiva y determinante del negocio caso en el cual es nula toda la disposición (art. 615 C.C.).

c. Condiciones perplejas:

Es necesario que la condición tenga una conexión lógica y jurídica con el entero negocio. Las condiciones perplejas, que hacen ininteligible y contradictoria consigo misma la declaración de voluntad, quitan toda validez al negocio. Por ej.: Instituyo heredero universal a Ticio, si instituyo como mi heredero a Cayo (409).

D. NEGOCIOS CONDICIONABLES.

Con base en el principio de autonomía de la voluntad, la condición puede ponerse en la mayor parte de los negocios jurídicos, salvo algunas excepciones.

En algunos negocios de derecho patrimonial, la ley excluye tal posibilidad. Así por ej. la aceptación y repudiación de la herencia (art. 527 C.C.). Los negocios del derecho de familia son incompatibles con toda condición. No puede condicionarse el matrimonio (art. 12, C. Fam.) por ej., ni el divorcio, la adopción, etc.

Si se llegase a estipular una condición, se tiene por no puesta y el negocio es válido.

E. EFECTOS DE LA CONDICION:

a. Pendencia de la condición:

La condición es pendiente desde el momento en que se da vida al negocio, hasta que se cumple el evento o se tiene la certeza de que no llegará a verificarse (410).

Si la condición es suspensiva, el negocio no produce ningún efecto. Entre tanto las personas tienen una simple expectativa a las posiciones jurídicas que deben derivar del negocio, si este llega a ser eficaz. No adquieren ningún derecho ni obligación, sino solo una expectativa a tenerlos, que se convertirá en una situación jurídica consolidada si se verifica la condición (411). Mientras tanto, es objeto de protección por el ordenamiento. No es exacto afirmar que solo hay una esperanza de derecho: el derecho condicionado existe aunque no despliegue su eficacia, y su titular puede ejercer medidas de conservación para defenderlo (art. 683 C.C.) disponer de su expectativa. El negocio existe y es válido, y por tanto, vincula al deudor. La condición suspensiva se coloca entre el momento de la relevancia y el de la eficacia. Cuando se produce el núcleo central de una especie fáctica: se provoca la intervención de la correlativa norma jurídica, en dos momentos lógicamente distintos:

- (406) V. COVIELLO, op. cit., supra nota 215, pág. 469. En el Derecho Romano Clásico la condición imposible se tuvo por no escrita, y no viciaba la institución. Digesto, Ulpiano, Lib. XXVIII, tit. VII, Ley la Juliano Lib. XXX, tit. I, CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, Nos. 812, 836 y 1802.
- (407) COVIELLO considera injustificable tal excepción, por la indivisibilidad de la declaración de voluntad, y sugiere su aplicación restringida. Op. cit., supra nota 215, pág. 466.
- (408) Las condiciones jurídicamente imposibles se remiten al criterio de ilicitud.
- (409) V. COVIELLO, op. cit., supra nota 215, pág. 469. Semejante disposición existió en el derecho romano: "Non dubitamos quin turpes conditones remittendae sint". (No dudamos de que las condiciones torpes deben ser remitidas). Marcelo, Digesto Lib. XXXV, tit. I, Ley 20. "La condición perpleja anula la institución". Digesto, Lib. XXVIII, tit. VII, Ley 16. CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, Nos. 877, 816.
- (410) FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, pág. 104.
- (411) Expectativa es "la posición históricamente individualizada del sujeto en cuanto punto concreto de referencia de los futuros efectos de la fattispecie jurídica, ya perfeccionada en sus elementos constitutivos. . . constituye una relación jurídica actual, instaurada por la norma con carácter preliminar, en función de las consecuencias jurídicas suspendidas. . .". FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 29-30. Al igual que en el derecho moderno, entre los romanos, "antes del cumplimiento de la condición la parte tenía una expectativa jurídicamente protegida del derecho condicionado, activa y pasivamente transmisible a los herederos". JÖRS-KUNKEL, op. cit., supra nota 117, pág. 123.

en el primero se reconoce al hecho la posibilidad de producir consecuencias jurídicas, es decir, se le atribuye eficacia potencial; en el segundo se actualizan las consecuencias dispuestas. Si existe una condición, estos dos momentos se presentan históricamente destacados y distantes. Mientras está pendiente, se da la relevancia jurídica, que revela una actitud de la situación de hecho para desplegar los efectos (perfil objetivo) y una investidura de un sujeto en la posición de destinatario de tales efectos (412).

Si la condición es resolutoria, el negocio produce plenamente sus efectos. El adquirente puede ejercitar su derecho pero el enajenante puede cumplir actos conservativos (art. 683 C.C.) ambos están obligados a observar una conducta de buena fe para conservar íntegras las razones de la otra parte. El adquirente está sujeto a que la eficacia del negocio cese por completo cuando la condición se realiza, y él sufre la pérdida de la cosa si esta se produce durante la pendencia (art. 689 C.C.).

La condición resolutoria funciona entonces en relación con el permanecer o no de la situación efectual.

b. Cumplimiento de la condición. Retroactividad.

La incertidumbre cesa cuando la condición se cumple. Si era suspensiva, a partir de ese momento se producen los efectos del negocio. Se considera cumplida cuando se verifica el evento que la forma; entonces el sistema de los intereses internos se traduce en realidad jurídica, y la situación de neutra se convierte en favorable.

Si la condición era resolutoria se da la incidencia de los intereses externos sobre los internos, después de que estos han encontrado actuación en consecuencias jurídicas ya producidas.

Los efectos hasta entonces producidos cesan por completo. En general los ordenamientos se inclinan por dar a la producción o cesación de los efectos un alcance retroactivo. Ello significa que desaparece la incertidumbre, y la posición jurídica y económica del que tenía el derecho incierto es igual a la que hubiese tenido de no existir incertidumbre, es decir, el resultado del negocio es idéntico al que hubiera existido de ser el negocio puro y simple, salvo respecto a los frutos y actos de administración (arts. 685, 690 y 691 C.C.). Consecuencia de la retroactividad de la condición sus-

pensiva es que el negocio se reputa cumplido desde el principio puro y simplemente: son válidos todos los actos, aún de disposición, ejecutados por el adquirente, e ineficaces los del enajenante. Si la condición era resolutoria, el negocio se tiene como no hecho, y quedan sin eficacia los actos del adquirente, persistiendo los del enajenante (413).

c. Ficción de verificación.

El artículo 682 C.C. dispone implícitamente la obligación de los obligados de no impedir el verificarse de la condición. Establece que se tiene por cumplida si el deudor impide su cumplimiento (414). Ello se fundamenta en la necesidad de hacer respetar la intención manifestada por las partes garantizando que pueda llegar a actuarse la regulación de intereses internos, que sólo el interferir de determinados intereses externos contrarios habría debido paralizar (415).

d. Falta de la condición.

El estado de incertidumbre cesa también cuando el evento no llega a realizarse, pero se presenta el problema de la determinación del tiempo. Se considera que falta la condición cuando se tiene la certeza, y no solo la duda, de que no podrá realizarse (416). Si la condición era suspensiva se tiene como perpetuamente pendiente, y el negocio no surte ningún efecto. Si era resolutoria, las situaciones jurídicas se consolidan definitivamente, como si el negocio hubiese sido puro y simple.

Si la condición era suspensiva, y el evento no se verifica, el mecanismo de la condición opera excluyendo en forma definitiva el producirse de las consecuencias jurídicas del negocio, y este deviene absolutamente inútil (417). Persisten los actos de disposición realizados por el enajenante y se tienen por no realizados los del adquirente.

Si la condición era resolutoria, persisten los actos dispositivos del adquirente y caen los del enajenante.

3. EL TERMINO (418):

A. CONCEPTO.

El término es un evento futuro pero cierto a partir del cual deben producirse o cesar los efectos del negocio. Su introducción corresponde a una

(412) FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 28.

(413) V. COVIELLO, op. cit., supra nota 215, págs. 474-475.

(414) Así lo establecía ya el Digesto, Juliano, Lib. XXXV tít. I, Ley 24. CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, No. 878.

(415) V. FALZEA, op. cit., supra nota 22, págs. 206-207.

(416) Cas. 94, 15:30 hrs. 26 de noviembre de 1957, sem. II, tomo II, pág. 753.

(417) Cas. 94, 15:30 hrs. 26 de noviembre de 1957, sem. II, tomo II, pág. 177.

(418) Sobre la inutilidad del negocio V. FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 177.

(418) También los romanos conocieron el término, cuya aposición hacía que los efectos del negocio fueran puestos en relación a un diez, tal que se produjeran desde o hasta un día determinado. El término no podía preceder a algunos negocios, como la herencia, y, a la par de la condición, a los actus legitimi. Se hablaba de disposiciones ex die (término inicial) e in diem (término final) V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, pág. 105.

finalidad práctica-limitar o diferir en el tiempo la eficacia del contrato. El término indica el momento temporal futuro pero cierto en que finalizan o se inician los efectos del negocio.

Según la doctrina predominante, el término puede considerarse como un elemento accidental del negocio, que se resuelve en una cláusula a través de la cual las partes ponen un límite a la eficacia, y que es compatible con la función típica del negocio. El término es aquella parte de la regulación negocial que opera la colocación de los intereses en el tiempo; en tanto que no es posible una regulación de intereses sin una dimensión temporal, se ha visto en el término un elemento esencial, necesario e indefectible del negocio (419). En realidad los intereses humanos se desenvuelven y tienen significado respecto a un tiempo determinado: los comportamientos son fenómenos temporales, y el tiempo es por ello esencial a ellos, pero el término hace referencia a la posibilidad de que la dimensión temporal de intereses pueda ser libremente operada por las partes. En este sentido el término se configura como elemento voluntario, frente a los casos en los cuales es la ley la que señala cuándo deben verificarse los efectos del negocio, o las obligaciones de él surgidas.

El término difiere de la condición en que no existe un estado de incertidumbre sobre los efectos del negocio, pues se sabe que debe necesariamente llegar.

B. CLASES.

a. Término inicial y final.

Un término puede ser puesto al negocio a fin de diferir sus efectos; en tal caso es inicial (*dies a quo*), a su vencimiento el negocio iniciará la producción de sus efectos. Puede ser puesto también a fin de hacer cesar sus efectos: es el término final (*dies ad quem*).

b. Término de eficacia y de cumplimiento.

El término puede desempeñar dos funciones: puede influir en la eficacia del negocio, entendida como producción de los efectos, o bien puede referirse únicamente, limitándose en el tiempo, al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones ya producidas como efectos del negocio. En este último caso no es posible hablar de negocio a término, ya que no es el negocio lo que pende del término sino solo su ejecución (420). Por ello algunos autores entienden que ese tipo de término no es una modalidad del negocio sino de su cumplimiento. En esta situación, el término se

refiere a uno solo de los efectos negociales, señalando el momento en que la obligación debe ser exigida; es propio por tanto de los negocios obligatorios. Está establecido normalmente en beneficio del deudor, y como tal se presume pero puede estarlo en interés del deudor, o de ambos. En razón de aquella presunción, el acreedor no puede exigir la prestación antes de la caída del término, excepto si el deudor ha llegado a ser insolvente, o ha disminuido por hecho propio las garantías que había prometido (421).

Ambas figuras de término, no obstante su diverso modo de operar, constituyen determinaciones relativas a la colocación de los intereses negociales en el tiempo, y pueden reducirse a un común denominador en tanto que indican el momento en el cual deben tener lugar la satisfacción del interés programado (422).

c. Término esencial y accidental.

A veces se distingue entre término esencial y accidental para indicar que hay negocios que han de someterse necesariamente a algún término (por ej. el comodato o el depósito). Pero con más frecuencia se denomina término esencial, con referencia al momento de ejecución de las obligaciones, a aquel que las partes fijan para el cumplimiento de la prestación, con exclusión de cualquier otro, por ser el único momento en que sus intereses puedan ser satisfechos. (Por ej. A contrata una orquesta para que amenice su fiesta del 31 de diciembre).

d. Clases de término según su designación:

El término puede designarse con la mención de un día, por ej. el 25 de enero de 1983, es el *dies certus an et quando*; también por la fijación de un evento que se producirá necesariamente, aunque se ignore cuándo, por ej. el día es la muerte de X; es el *dies certus an et incertus quando*. El tercer tipo de término que se suele señalar, el "*dies incertus an et incertus quando*" (por ej. cuando llegues a los 80 años de edad), funciona generalmente como condición.

C. EFECTOS.

Durante la pendencia del término, si es inicial, el negocio no produce ningún efecto; si es final, el negocio despliega toda su eficacia. En el momento en el cual se producen todos los elementos constitutivos de la especie fáctica negocial, se determina en los sujetos una situación jurídica que es diversa de la situación definitiva a producirse cuando venza el término; por eso el contenido de esta última

(419) RUSSO, op. cit., supra nota 18, pág. 83.

(420) ALBALADEJO, op. cit., supra nota 134, pág. 134.

(421) V. TRIMARCHI, op. cit., supra nota 215, pág. 218. Disposiciones similares existieron ya entre los romanos. Así, Ulpiano Libro XVI, tít. II, Ley 7a. "Lo debido a término no se compensará antes de que venza el término". Celso, Ley 186, Reglas de Derecho. V. CABANELLAS, op. cit., supra nota 279, No. 554, 1689.

(422) RUSSO, op. cit., supra nota 18, pág. 65.

es realizado en aquel momento solo potencialmente (423).

Tratándose de término de cumplimiento, mientras no venza, el cumplimiento de la obligación ya constituida no puede ser exigido por el acreedor, ni el deudor está obligado a efectuar la prestación. Si el término es final, las obligaciones deben cumplirse hasta que se dé el transcurso del plazo. Al vencimiento del término, si es inicial, el negocio despliega sus efectos, y si es final, no produce desde ese momento más efectos.

Si el término se refiere al cumplimiento, cuando vence la obligación se hace exigible, y a partir de ese momento puede reclamar el acreedor la prestación. Mientras tanto, es posible que el deudor, renunciando al plazo, haya llevado a cabo el cumplimiento. Cuando se dan determinadas circunstancias que dan a entender que el deudor puede intentar frustrar, o que menoscaba de hecho los intereses del acreedor, el ordenamiento dispone, valorando ciertos hechos, el vencimiento anticipado del término (art. 777 C.C.), llamado técnicamente "*decadencia del beneficio del término*".

En todo caso, el vencimiento del término produce efectos *ex nunc*, no *ex tunc* como la condición; por lo tanto, en el término final, los efectos antes producidos quedan paralizados. No se da la retroactividad (424).

4. EL MODO.

El modo es una declaración de voluntad accesorio por la cual se impone el adquirente la obligación de realizar una prestación (425).

Es una disposición que puede añadirse sólo a los negocios a título gratuito; al menos así ha funcionado en la experiencia jurídica, y se suele entender como medida o límite de las liberalidades.

Como determinación accesorio que introduce el disponente difiere de la contraprestación propia de los negocios a título oneroso; el modo no es un correlativo sino más bien un límite de la atribución, una limitación de la liberalidad. Por ello se ha sostenido que no cabe en los negocios onerosos, sino solo en los de liberalidad, sean *intervivos* o *mortis causa* (426).

El modo se distingue de los simples consejos o recomendaciones por cuanto impone una obligación, cuyo incumplimiento puede sancionarse coactivamente. En él, además de quererse los efectos propios del negocio, quiere uno de los sujetos

que se imponga al otro una obligación o carga, consistente normalmente en señalar un uso o destino determinado a la cosa objeto del negocio. Se persigue alcanzar no sólo de los efectos típicos, sino otros no previstos en el tipo negocial puro. Se perfilan en el negocio modal una voluntad principal y una accesorio: la modal que se rige por las reglas propias de las obligaciones.

Desde el punto de vista de los sujetos cabe distinguir entre el gravado por el modo, o deudor de la obligación, y el acreedor de la misma que es el donante, o en su caso, el beneficiario de la carga puede imponerse en utilidad del propio donante de un tercero, o del mismo donatario, e incluso desligada de un beneficiario concreto, o con carácter espiritual. Mientras la condición y el término suspenden o hacen cesar los efectos del negocio cuando se cumplen, cuando se introduce un modo se quieren los efectos propios más el nuevo efecto de la carga. A diferencia de aquellas disposiciones, el modo no suspende los efectos del negocio, y es fuente de obligaciones.

La índole jurídica del modo se ha discutido largamente en doctrina. Se ha equiparado a la condición resolutoria potestativa, o a la suspensiva negativa, a una condición resolutoria tácita, como la de los contratos bilaterales (pero esta es un efecto dado por la ley y no un elemento querido por el autor del negocio) a un fideicomiso parcial, a la causa, la presuposición, etc. (427). Pero en realidad el modo tiene una naturaleza jurídica propia; es una declaración accesorio de voluntad, que introduce nuevos efectos en el negocio, y que debe realizarse para que se mantengan los efectos típicos (428).

El sujeto adquiere los derechos derivados del negocio, según las reglas de este e independientemente del cumplimiento de la carga, es decir, el negocio produce sus efectos en cuanto es perfecto; el modo no impide la eficacia, pero constriñe al cumplimiento de la obligación en que consiste. La disposición modal es exigible sin que se requiera el previo cumplimiento del gravamen.

El beneficiado debe efectuar la prestación en los límites de la atribución, y corresponde a cualquier interesado el poder de actuar por el cumplimiento de la carga. En caso de incumplimiento, cabe exigir la devolución de lo percibido, con sus frutos e intereses, es decir, se produce la resolución del negocio, cuyos efectos alcanzan a los actos de disposición llevados a cabo por el beneficiado incumpliente, salvándose los derechos de terceros.

Cuando el incumplimiento de la carga no sea

(423) FALZEA, op. cit., supra nota 22, pág. 32.

(424) FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, pág. 106.

(425) ESPIN, op. cit., supra nota 23, pág. 409.

(426) V. TRIMARCHI, op. cit., supra nota 215, pág. 219. ESPIN, op. cit., supra nota 23, pág. 409. RESCIGNO, op. cit., supra nota 23, pág. 307. FRANCESCHELLI, op. cit., supra nota 15, pág. 106.

(427) V. COVIELLO, op. cit., supra nota 215, págs. 486 y ss.

(428) GUILLON, op. cit., supra nota 137, pág. 168.

culpable, el obligado debe cumplir el gravamen en otros términos, los más análogos a la voluntad del beneficiario (429).

En caso de incumplimiento debe atenderse siempre en primer lugar a lo que al respecto hubiese dispuesto el donante o testador.

En el negocio modal los efectos se producen de inmediato, pero si no se cumple la carga, puede

producirse la devolución de lo adquirido. Entonces sí aparece el modo influyendo como requisito de eficacia, porque debe realizarse para que esta se mantenga.

La doctrina es conforme en admitir que el modo imposible o ilícito debe tenerse por no puesto (430), aunque algunos opinan que deben aplicarse por analogía las reglas de la condición.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, Manuel: *Compendio de Derecho Civil*. Librería Bosch, Barcelona 1970.
- ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel: *Curso de Derecho Civil*. Ed. Nascimento. Santiago, Chile. 3a. edición 1961. Tomo I, Volumen I, Parte General.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, y otros: *Curso de Obligaciones*. Vol. I. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1975.
- ALVAREZ, Teodoro: *Derecho Civil*. Teoría de los actos jurídicos. Ed. Nascimento. Santiago de Chile, 1949.
- BETTI, Emilio: *Teoría General del Negocio Jurídico*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Segunda edición.
- BONFANTE, Pedro: *Instituciones de Derecho Romano*. Instituto Editorial Reus Madrid. Traducción de la 8a. ed. italiana por Bacci y Larrosa.
- BRANCA, Giuseppe: *Istituzione di Diritto Privato*. 5a. Edizione. Zanichelli. Bologna, 1973.
- BRENES CORDOBA, Alberto: *Contratos*. San José, Costa Rica. Ed. mimeografiada, 100 ps.
- BRENES CORDOBA, Alberto: *Tratado de las Obligaciones*. Ed. Juriscentro. San José, Costa Rica, 1977.
- CABANELLAS, Guillermo: *Repertorio Jurídico de locuciones máximas, aforismos latinos y castellanos*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1973.
- CANDIAN, Aurelio: *Instituciones de Derecho Privado*. Primera Edición en Español. UTEHA. México, 1961.
- CARIOTA FERRARA, Luigi: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Morano Editore.
- CASAFONT ROMERO, Pablo: *Ensayos sobre Derecho Contractual*. Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, 1968.
- CASTAN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español Común y Floral*. Tomo III. Instituto Editorial Reus. 9a. Ed. Madrid, 1958.
- CERTAD, Gastón: *La teoría del negocio jurídico frente a la legislación civil costarricense*. En: Revista de Ciencias Jurídicas No. 29 San José, C.R. Mayo-agosto, 1976.
- COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho Civil*. Editorial Reus. Madrid, 1975. Tomo I.
- COVIELLO, Nicolás: *Doctrina General del Derecho Civil*. Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana. México, 1938.
- DE COSSIO, Alfonso: *Instituciones de Derecho Civil*, 1. Alianza Editorial S.A. Madrid, 1975.
- DE RUGGIERO, Roberto: *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II, Vol. I. Instituto Editorial Reus. Madrid. Trad. de la 4a. E. italiana por Serrano y Santa Cruz.
- DIEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. I, Editorial Tecnos. Madrid, 1972.
- ENNECCERUS, Ludwig: *Derecho de Obligaciones*. Bosch Casa Editorial Barcelona. Undécima Edición. Volumen I. Tomo II, 1947. Volumen II, Tomo I, 1950.
- ESPIN, Diego: *Manual de Derecho Civil Español*. Vol. I. Parte General. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1968.
- FALZEA, Angelo: *Efficacia giuridica*. Voci di Teoria Generale del Diritto. Milano Giuffrè Editore 1970.
- FALZEA, Angelo: *La Condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Giuffrè-ed Milano, 1941.
- FALZEA, Angelo: Voce "Manifestazione". En: *Enciclopedia del Diritto*. Dott. A. Giuffrè Editore. Varese, 1975. Tomo XXV.
- FRANCESCHELLI, Bruno: *Nozioni di Diritto Privato*. Casa Molisana del Libro Editrice. Campobasso, Italia, 1962.
- GIORGI, Jorge: *Teoría de las Obligaciones*. Ed. Reus S.A., 1969.
- GUILLON BALLESTEROS, Antonio: *Curso de Derecho Civil*. En negocio jurídico. Ed. Tecnos. Madrid, 1969.
- Civil de la Sala de Casación 1950-1975*. Editorial Universidad de Costa Rica, 1977.
- JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang: *Derecho Privado Romano*. Ed. Labor S.A., Barcelona, 1965.
- JOSSERAND, Louis: *Derecho Civil*. Tomo II, Vol. I. Teoría General de las Obligaciones. Ed. Jurídicas Europa-América. Bosch Editores. Buenos Aires, 1951.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*. II, Derecho de Obligaciones. Vol. 2. Contrato y negocio jurídico "intervivos". Librería Bosch. Barcelona, 1977.
- LEHMANN, Heinrich: *Tratado de Derecho Civil*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. Vol. I, 1956. Vol. III, 1958.
- MAZEUD, Henri, León y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*. Parte 2a. Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1969.
- MESSINEO, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1954.
- PEREZ VARGAS, Víctor: *Existencia y capacidad de las personas*. Ed. provisional Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. Instituto de Derecho Privado. San José, 1973.
- PEREZ VARGAS, Víctor: *Ideas Básicas del Derecho Pri-*

(429) ESPIN, op. cit., supra nota 23, pág. 411.

(430) COVIELLO, op. cit., supra nota 215, pág. 490. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra nota 3, pág. 150.

vado. Apuntes para el curso de Derecho Privado II de 1973. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1973.

PEREZ VARGAS, Víctor: *La interpretación de los contratos en la jurisprudencia nacional y en la doctrina*. En Revista Judicial No. 4, Corte Suprema de Justicia. Año I. Junio 1977, San José, Costa Rica.

PEREZ VARGAS, Víctor: *Los hechos jurídicos*. Ideas Básicas del Derecho Privado. Publicación de la Facultad de Derecho, U. de C.R., 1973.

PEREZ VARGAS, Víctor: *Patología negocial. Invalidez e ineficacia del negocio jurídico*. En Revista Judicial No. 8. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. Año II, junio 1978.

PEREZ VARGAS, Víctor: *Voluntad y manifestación en el negocio jurídico*. En Revista Judicial No. 5. Corte Suprema de Justicia. Año I, 1977. San José, Costa Rica.

PIRAS, Salvatore: *Osservazioni in materia di teoria generale del contratto*. Giuffrè-ed. Milano, 1952.

PUGLIATTI, Salvatore: *Diritto Civile. Metodo-Teoria Pratica*. Giuffrè Editore, 1951.

PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo IV. Obligaciones y contratos. Vol. I. Teoría General de la Obligación. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1951.

RAMIREZ SEGURA, Mario: *Nociones sobre la teoría del contrato*. En Revista Judicial No. 5. Corte Suprema de

Justicia. San José, Costa Rica. Año II, setiembre, 1977.

RANGEL LAMUS, Amenodoro: *Estudios de Derecho Privado*. Editorial Elite, Caracas, 1937.

RESCIGNO, Pietro: *Manuale del Diritto Privato Italiano*. Jovene Editore. Napoli, 1973.

RUSSO, Ennio: *Il termine del negozio giuridico*. Giuffrè-ed. Milano, 1973.

SCALISI, Vincenzo: *Inefficacia*. Diritto Privato. Enciclopedia del Diritto, Giuffrè E. Milano, 1971.

SCALISI, Vincenzo: *Manifestazione in senso stretto*. En Enciclopedia del Diritto. Dott A. Giuffrè Editore. Varese, 1975. Tomo XXV.

SCOGNAMIGLIO, Renato: *Contratti in generale*. Ed. Vallardi, 1972.

SCOGNAMIGLIO, Renato: *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Seconda edizione. Casa editrice Dott E. Jovene, Napoli, 1969.

STOLFI, Giuseppe: *Teoria del negozio giuridico*. Casa Ed. Dott A. Milani. Padova, 1961.

TORRENTE, Andrea: *Manuale di Diritto Privato*. Dott A. Giuffrè E., Milano 7a. Ed., 1968.

TRIMARCHI, Pietro: *Istituzioni di Diritto Privato*. Giuffrè Editore Milano, 1973.

VENZI, Giulio: *Manuale di Diritto Civile Italiano*. Torino. Unione Tipografica Editrice Torinese. 7a. Edizione, 1933.

Von THUR, Andreas: *Parte General del Derecho Civil*. Ediciones Juriscentro S.A. San José, Costa Rica, 1977.



REFORMAS AGRARIAS QUE SUCEDEN A LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL (En una estructura económica de tipo capitalista)

*Dr. Francisco Morera,
Profesor de Derecho Agrario. Facultad de
Derecho. Universidad de Costa Rica.*

C O N T E N I D O :

I. Italia: una experiencia exitosa.	124
II. Desarrollo agrícola y antecedentes de la reforma.	125
III. El proyecto general de reforma fondiaria.	129
IV. Las leyes regionales de reforma agraria.	130

I. ITALIA: UNA EXPERIENCIA EXITOSA.

A la reforma agraria italiana se le reconoce como un típico ejemplo de éxito, en sus resultados políticos, económicos y sociales. Para algunos autores (1) la relevancia de su gestión reside en la total transformación que la reforma operó en todo el sector productivo de la agricultura según tres aspectos a considerar: I) Transformación del ambiente socio-económico; II) Modificación de los planes de cultivo e incremento de la producción; y III) Creación de una nueva estructura agraria. En el primer aspecto se afirma *"que la reforma ha aportado transformaciones y modificaciones de conjunto que, no solo han permitido una mejor utilización de los recursos naturales y humanos, sino que ha hecho posible una rápida elevación del nivel social, económico y civil de la población"*. En el segundo aspecto se continúa afirmando que *"la roturación de los pastos y la transformación y sistematización de los sembradíos mediante labores profundas, han favorecido en un primer momento la expansión de la cerealicultura, mientras se procedía lentamente al asentamiento de las familias beneficiarias en las tierras. En una segunda fase, la cerealicultura ha cedido terreno a los cultivos hortícolas, industriales y forrajeros además de que la cría de ganado ha tenido un desarrollo notable, paralelamente al asentamiento de las familias campesinas"*. Concluyéndose en el tercer aspecto que *"la expropiación y subsiguiente lotificación y asignación a campesinos ha sustituido la estructura agraria anterior caracterizada por vastas propie-*

dades, por una estructura fraccionada en unidades familiares. En el mediodía, las grandes fincas eran algunas veces cultivadas directamente en régimen extensivo, pero más frecuentemente estaban subdivididas en una multiplicidad de parcelas exiguas y fragmentadas que se rentaban a los campesinos" (2).

Para otros (3) a la bondad económica del resultado debe agregarse; el aporte filosófico en bien de un régimen de libertad democrático de tipo occidental que el fenómeno reformador produjo, cuando no al decir de otros autores el buen resultado político que le produjo al partido de gobierno su realización (4). En todo caso, las diversas evaluaciones que respecto del acto reformador pueden realizarse, mayor o menormente coincidentes en los puntos de interés particulares a cada uno, llevan necesariamente a concluir en términos generales que los objetivos sociales y económicos de reforma se alcanzaron a plenitud. En tal perspectiva se afirma que la acción de reforma ha sido muy destacada en todo lo que tendía a crear un nuevo equilibrio que sustituyese a la preexistente situación de depresión y atraso. Aquella acción consistió en la transformación de las condiciones ambientales generales por medio de:

- a) creación directa o indirecta de nuevas infraestructuras, y adquisición de nuevos recursos productivos;
- b) creación de nuevas fincas rurales provistas del necesario capital para inversión y operación;
- c) promoción del progreso técnico en las

(1) Entre los autores consultados particular relevancia merece por su seriedad científica y diversidad temática, la obra ambiciosa de estudio; a los antecedentes de la reforma, al mecanismo administrativo dispuesto por las leyes que la implementaron, a su ejecución, a las transformaciones que indujo, así como a su financiamiento. A lo cual agrega el A. un índice completo de tipo estadístico, sobre comparaciones en materia de propiedad, distribución, número de fincas, beneficiarios, costo económico, asistencia técnica, desarrollo del cooperativismo, y valor de la producción bruta vendible. Todo ello en relación con la situación anterior; a fin expreso de mostrar las incidencias positivas del fenómeno reformador.

(1 bis) En la nota ilustrativa de las conclusiones del convenio para la reforma agraria convocado por la academia Dei Georgofili "en unión de otras academias y sociedades agrarias de Italia, en el año 1957, las conclusiones positivas sobre los resultados de reforma referían fundamentalmente a tres puntos: a) redistribución de la tierra, b) reforma de los contratos agrarios y c) eficientes órganos de reforma al centro y a la periferia.

(2) *Ibíd.* pp., 125-29-36.

(3) El maestro CARNELUTTI, F. en uno de sus innumerables escritos titulado "La vía della Salvezza" Atti del terzo congresso nazionale di Diritto Agrario (Giuffrè, Milano, 1954) refiere a la legislación de reforma junto a la sindical como derecho para salvar la democracia.

(3 bis) En el mismo sentido y más explícitamente; BALLARIN, A. observa: "Sin embargo, en cuanto al espíritu de la reforma cuyos perfiles más salientes hemos ido anotando, no podemos dejar de manifestarnos partidarios suyos. Fundamentalmente porque en él alientan los ideales del derecho agrario latino: rechazar toda colectivización que perjudique a la personalidad individual; arraigar a ésta en cambio en la propiedad de la tierra, aprovechar los adelantos de la técnica, subordinados a una escala de valores en los que no cuente solo el criterio productivista. disolver todo monopolio de fuerzas económicas que conduzca a la proletarianización y que sea contrario a la igualdad de posibilidades". *La reforma agraria en Italia*. Rev. de administración pública No. 5. (Instituto de Estudios políticos, Madrid) 1972, reimpresión, p. 324.

(4) En este sentido ALVARENGA, I.P. en una obra inédita que gentilmente nos permitió conocer antes de su publicación afirma: que con la ejecución de la reforma, la democracia cristiana se fortaleció respecto del partido comunista, advirtiéndole a su vez, lo reducido del fenómeno político a zonas de reforma. Por lo que debe concluirse la no trascendencia nacional del fenómeno en tesis de democratización social. *La reforma Agraria en Italia*, (sin edit. lugar o pág.) 1975.

(4 bis) "La reforma agraria en Italia, o mejor dicho el comienzo de una reforma agraria en Italia, ha sido impuesta por los grandes combates de las masas campesinas y populares, combates de liberación del partido Sin embargo la burguesía adoptó leyes de reforma agraria con la finalidad —abiertamente declarada— de dividir y hacer retroceder el movimiento sindical y democrático en el campo, y sobre todo asestar un serio golpe a la influencia del partido comunista, animador y fuerza dirigente de las luchas de las masas campesinas". TABET, D. *Problemas agrarios en el mundo: Italia*. (Calicanto, sin lugar, 1968). P. 540.

zonas atrasadas creando, además, capacidad empresarial en un ambiente humano, por completo nuevo. . .

- d) *organización de un conjunto de servicios para el suministro y utilización de los medios de producción, así como promoción de un movimiento cooperativo para la transformación y venta de productos"*
(5).

Un dato más actual es de por sí significativo para considerar el éxito de la reforma; al momento previo en que la estructura agraria italiana comenzó a mostrar depresión productiva, como efecto económico ruinoso, que a su interno resultó del concepto "equivocado" de desarrollo agrícola que impuso la Comunidad Económica Europea con la así llamada "política de estructuras" (6) la misma estructura agraria era próspera. Buena parte de ese reconocido progreso se debió a la reforma agraria y a sus efectos multiplicadores de la riqueza del agro en principio (7), y de otros sectores de la economía —favorecidos por éste— después.

II. DESARROLLO AGRICOLA Y ANTECEDENTES DE LA REFORMA.

Para una mejor comprobación histórica y de observación en conjunto, hemos no obstante de advertir brevemente, sobre los antecedentes legislativos, políticos y sociales que preceden al acto reformador y que en parte determinan como se verá su desarrollo posterior. En Italia al decir de Giorgio Giorgetti (8) pueden reconocerse tres formas principales de desarrollo en su historia agraria.

El primer tipo de carácter capitalista y semejante al modelo de algunas regiones más avanzadas de Europa Occidental se da en algunas zonas de la Italia septentrional en que se forman grandes y pequeñas propiedades especialmente a partir del setecientos, que constituían explotaciones agrarias con una relativa intensidad del capital y con recurso frecuente a mano de obra asalariada, antes empleada en formas indirectas de conducción agraria.

Desarrollo de tipo capitalista otras veces alcanzado con obras de modernización hidráulica de terrenos incultos, o con explotación basada en factores de orden latifundista; pero que originaron como término común, un grupo de empresarios agrícolas —grandes y medianos arrendatarios— fuertes en dinero y recursos.

Un segundo tipo de desarrollo agrario, intermedio entre formas de producción feudal y relaciones propiamente capitalistas en el campo, se da en la Italia Central y en las zonas colinares y secas de Italia Septentrional y Meridional en que la empresa agrícola sobre base familiar se desarrolla y consolida, de fines del medioevo hasta nuestros días.

De manera diversa, en Italia centro meridional y en las islas, el proceso de transformación del latifundio feudal en latifundio burgués, sucede luego del setecientos; en que se privatizan las tierras comunes y de manos muertas (aquellas en poder del clero u otras organizaciones sociales) al momento en que también se desarrollan formas precarias de tenencia y de cultivo, que en parte se subordinan a las nuevas condiciones del país (9).

(5) MARCIANI, G., *supra* nota 1, pp. 69-70.

(5 bis) "Con sus cuantiosos recursos económicos, con su masiva asistencia técnica, con la especialización de sus mecanismos y con el cooperativismo, la reforma agraria italiana se multiplica en sus concreciones: la redistribución de las tierras y su mejoramiento, la transformación del medio campesino, y el rescate del mediodía peninsular".

CASANOVA, R. V. *Derecho Agrario* (Universidad de los Andes, Mérida, sin año). P. 109.

(6) Es opinión prevalente en la actual política italiana (de los así llamados partidos del arco constitucional), que la agricultura italiana mutó su condición de bonanza productiva, y así manifiesta aún en los primeros años de la década de los sesenta; por economía agrícola por la reforma agraria, y así manifiesta aún en los primeros años de la década de los sesenta; por un empeoramiento progresivo de su agricultura, situación que al día de hoy exige al país ser importador de alimentos de primer orden (v. gr. carne, leche y sus derivados), mientras gran cantidad de sus tierras se hallan sin cultivar. Tierras ociosas así mantenidas en virtud de que la política "comunitaria" de estructuras, en materia de explotación no rentables (¿para quién?) (¿Para el gran capital Alemán y de los Países Bajos, que tienen en el mercado del consumo italiano uno de sus mejores clientes?).

(6 bis) Para una evaluación agudamente crítica del problema, CONTE, L. *Tre Scelte priori tarie per salvare l'agricoltura*. "Es limitado el tiempo a disposición para evitar que el empobrecimiento y la reducción de la agricultura italiana se torne irreversible. Esta creciente toma de conciencia debe cuanto más pronto traducirse en decisiones concretas, que miren: cantidad y calidad de la inversión en agricultura; reforma de la política agrícola CEE, transformación de los instrumentos públicos de intervención en el sector. Rinascita, No. 19, 13 maggio 77.

(6 tetra) Para una referencia aplicada a los problemas de la agricultura latinoamericana, en la especificidad histórica de sus experiencias de integración económica (MERCOSUN, ALALC, CARICOM) véase el interesante ensayo de: ALVARENGA, I.P., en *Derecho Agrario y Reforma Agraria*, Temas de: (Agricultura e integración económica en América Latina). Pp. 254 ss.

(7) Al decir de MARCIANI, *supra* nota 1, p. 135; el valor de la producción bruta vendible por hectárea entre 1953 y 1963 (década de ampliación y desarrollo de reforma); tuvo en terrenos de reforma regiones afectadas y resto del país, una tasa media de crecimiento anual de: 10.6, 6.3 y 4.2 respectivamente.

(8) Giorgetti, G. *Contadini e proprietari nell'Italia moderna, rapporti di produzione e contratti agrari dal secolo XVI a oggi*. (Einaudi, Torino). 1974.

(9) "Naturalmente, estas tres grandes sesiones de la agricultura nacional, en las que una simple ojeada al respectivo paisaje agrario consiente entrever fundamentales diferencias económicas e históricas, no son en su interno así de homogéneas, como a primera vista se podría inducir o pensar. El feudo Siciliano por ejemplo no podría ser equiparado —tout court— a otros tipos de latifundios meridional, ni la aparcería toscana a aquella de La Emilia o del Piemonte, ni la "azienda" de Ferrara a aquella de la Lombardía irrigable". *Ibid.* pp. 16-6.

Para el momento de la unidad política de Italia (10), al sur del país eran aún notables los residuos feudales; el norte en cambio, especialmente en Lombardía y Liguria se mostraba ya un predominante capitalismo en el campo; Toscana y Piemonte en vía intermedia habían ya puesto las bases para el desarrollo de ese capitalismo desde inicios del S. XIX (11). Tal avance del capitalismo era en parte producto de la reforma del régimen jurídico de la propiedad agraria llevada a cabo durante el siglo pasado (XIX) que condujo a una progresiva supresión del feudalismo y secularización de la propiedad de la iglesia, con apropiación de sus tierras, y determinando al mismo tiempo su concentración en manos de la burguesía en lugar de las de los campesinos" (11 bis).

De fines del S. XIX a la mitad del S. XX, como momento histórico de realización de la reforma agraria, se continúa el llamado proceso de modernización capitalista sobre todo en aquellas zonas en que prevaleció el latifundio y sobre el cual incidió directamente el fenómeno reformador. Previo a la consideración de dicho proceso es necesario al menos mencionar los intentos reformistas de lo agrario de fines y principios de siglo, así como la política agraria del fascismo, en tanto antecedentes mediatos de la reforma agraria en sí.

Los proyectos reformistas de entre siglos (12) procuran obras de mejoramiento fondiario, redistribución de tierras, o ajustes institucionales, con miras a resolver por partes, el problema de la tierra (13). Una ley de 1874 de carácter general disponía la concesión en enfiteusis de las tierras comunales incultas. Otra disposición de 1882 —ley No. 869—, sustituye a la primera ley de mejora para el saneamiento de los terrenos palúdicos. Los proyectos Rinaldi de 16 de marzo de 1893, Pandolfi de 10 de marzo de 1894, y Luzzotti de 28 de abril de 1910; pretendían respectivamente, destinar tierras públicas a un instituto jurídico comunal denominado "comunidad agrícola", instituir un bien de familia denominado "masserie" con facultad de unión cooperativa, y dictar normas para incrementar la pequeña propiedad cultivada. Proyectos ambiciosos de colonización se formulan y ejecutan también desde principios de siglo, en la pre, durante, y en la post guerra; referidos a bienes demaniales y otros terrenos en proceso de mejoramiento fondiario, previéndose incluso la constitución de centros de colonización y barrios rurales, según facilidades expresas que se concedían a las familias que demoraban en el agro (13 bis). En 1917 por DDL de 10 de diciembre No. 1970, se crea la "obra nacional para los combatientes (14)", institución creada

- (10) "Entre 1849 y 1860 Italia observa progresivamente intensificarse la acción de las fuerzas liberales moderadas, y dos fines fueron conseguidos. Mirando las corrientes decisivas de las líneas políticas en contraste al interno de la formación nacional, se puede decir que éstas fueron principalmente dos a representar; de un lado el liberalismo en la Alta Italia, abrazando como se verá, muy tarde, la perspectiva de la independencia y de la expansión del Estado Sardo democrático de Manzini, que inversamente obró infatigablemente por acoplar los términos de la independencia y de la unidad". SALVADORI, M. *Storia del età contemporanea* (dalla restaurazione all' eurocomunismo). Loescher editore, Torino, 1976. P. 228.
- (11) Otra interpretación coincidente con Giorgetti, *supra nota 8*, la ofrece Conte, L. *Aspetti Storici ed attuali della questione agraria in Italia e la politica del PCI*. (Cooperativa universitaria editrice, Firenze, 1972). P. 19.
- (11 bis) El problema económico social lo era también legislativo "de frente especialmente a algunas legislaciones extranjeras, verdaderamente ordenadas y robustas, Italia, en las primeras décadas de su unificación se había quedado bastante atrás en temas de transformación fondiaria. Puede decirse que esta exigencia ha sido, ignorada como problema legislativo". BELLINI, L. *Interna di riforma fondiaria secondo la costituzione italiana* (arte grafiche, Bologna, 1953). P. 26.
- (12) Las disposiciones legales que favorecieron la reforma jurídica aludida las citan respectivamente: BASTOS, N. E. *Agricultura socializada Israel, Yugoslavia, Argelia, Italia y España*. (Tecnos, Madrid, 1974) ps. 217-19. E igualmente BELLINI, L. *Interna di riforma fondiaria secondo la costituzione italiana* (arte grafiche, Bologna, 1953). Pp. 26-9.
- (13) L' inchiesta agraria realizada a fines de siglo a iniciativa del parlamento, pretendió indagar sobre las causas de las crisis en la agricultura italiana, las que una vez determinadas al decir de su relator JACINI, habrían de superarse recomendando un tipo de desarrollo agrícola fundado sobre la integración de industria y agricultura, y basado filosóficamente en la racionalidad liberal y el individualismo económico que garantizó el suceso del desarrollo inglés. JACINI, S. *I Risultati della inchiesta agraria - 1884*. La situazione dell'agricoltura e dei contadini italiani dopo l'Unità (Einaudi, Torino, 1976).
- (13 bis) Otras disposiciones legales en igual sentido son: Ley No. 474 del 13 de diciembre de 1903. Ley No. 491 de 17 de julio de 1910. Ley No. 248 de 22 de enero de 1911. Dec. Ley No. 662 de 24 de abril de 1919. Real Dec. No. 52 de 23 de enero de 1921. ROMAGNOLI, E. *Riforma fondiaria*. Esta nota de referencia y otras posteriores del mismo autor, están tomadas de la primera versión mecanografiada de un ensayo para entonces inédito que nos facilitó nuestro estimable Profesor; ensayo que más tarde bajo la misma voz técnica fue publicada con mínimas modificaciones por UTET (Unione Tipografica Editrice Torinese) y como parte de un texto sobre *Diritto Agrario Italiano*, a cargo de IRTI, N. Torino, 1978.
- (14) La obra distribuyó poco menos de 40.000 hectáreas en total en la inmediata post-guerra. Su actividad más importante se desarrolló a partir de 1930, después de que le fueron encomendadas funciones específicas relacionadas con, la transformación agraria de terrenos que presentaban problemas hidráulicos, y la colonización posterior de éstos. Aprovechando la facultad que la ley le concedía de "demandar la transferencia de la propiedad de inmuebles a quien quiera que pertenezcan cuando deban ser objeto de mejoras o susceptibles de transformaciones agrarias importantes,..." la "Opera" intervino en tres distritos de mejora: a) En la transformación integral y colonización del agro pontino. b) En la colonización llevada a cabo en 1938, de 27.000 hectáreas en la meseta de Puglia, creando alrededor de 8.000 fincas; y c) En la colonización del año 1939, de unas diez mil hectáreas en la llanura del Bajo Volturno. Esta empresa quedó incumplida en su mayor parte al sucederse la segunda guerra mundial, habiendo sido confiada su terminación después de 1950, a la institución de reforma. MARCIANI, *supra nota 1*, p. 1.

para reconocer por vía de conceder tierras en colonias a su familia, el mérito de los héroes que regresaban de la guerra. La obra habría de realizar en los primeros años del fascismo proyectos masivos y organizados de colonización.

En esta perspectiva, la colonización formó parte en el periodo de entre guerras, de un diseño transformador más amplio y exhaustivo de la estructura agrícola, definido por la doctrina italiana como "riforma fondiaria". En el periodo inmediato a la primera post-guerra la necesidad de una reforma que había adquirido carácter político, había sido prácticamente eludida en el periodo de entre guerras, por una política agraria que, aparte de su carácter autárquico, se había centrado especialmente sobre actividades de "mejora", y solo marginalmente y casi siempre en el cuadro de la acción —de mejora— había afrontado otros problemas, como los de transformación del latifundio y la colonización, que tenían una relación más estrecha con exigencias de carácter social (15). Riforma fondiaria no es propiamente en acepción latinoamericana reforma agraria, pero puede ser que aquélla la comprenda por asumir tareas que sean propias de ésta.

La "riforma fondiaria" debe entenderse incidente "sobre las estructuras fondiarias en general, y dirigida a sustituir un régimen fondiario preexistente con uno nuevo". Por "regime fondiario" al decir del mismo tratadista debe conceptuarse "*aquél complejo de caracteres y condiciones que determinan la variada actitud de un territorio destinado a la producción agraria o forestal, a servir como medio de producción, y como sede de vida rural*" (16).

Pues bien, la colonización junto con las obras de mejora y transformación fondiaria especialmente realizados a través de la "bonifica", constituyen

en el periodo previo a la reforma agraria de los años cincuenta, un intento sistematizado por realizar cambios en la estructura fondiaria, cambio cuya característica fundamental se expresa en realizar un mejoramiento de la estructura productiva de la tierra, pero sin redistribución, ni cambio de su régimen legal privado de detentación, como característica calificativa básica de la política agraria del fascismo (17). Su acción de cambio en la estructura agraria se tradujo en mejorar tierras a fines de producción (bonifica) o a objeto de sede de vida rural (colonizzazione). Ambos aspectos, partes de un mismo proceso (18) se complementaron en lo contractual con las formas asociativas de producción —tipo aparcería— como instrumento contractual orientado en su aplicación a superar disimuladamente los contrastes sociales en el campo, y una forma legal más de conservar el latifundio. Los poderes de expropiación concedidos a los entes públicos para acciones de cambio en la estructura agraria eran limitadísimos, ya que se reducían a un llamado del artículo 42 del R.D. No. 215 de febrero de 1933 sobre "la bonifica integrale" (19) que posibilita la expropiación solo a título de reparación, por los daños que ocasionase el propietario privado al interés público por incumplir sus obligaciones de mejora (20).

En este diseño de política agraria, la lucha antifascista al decir de algún autor (21), es en lo que respecta al campo, continuación de viejas acciones reivindicativas a cuyo calor se promulgaron las primeras leyes agrarias que buscaban más equidad y buen trato para el proletariado agrícola, explotado durante décadas por propietarios, cultivadores directos y aparceros.

En el periodo que sigue al fascismo y previo al momento en que se aplica la normativa de reforma agraria, tres razgos fundamentales explican y tra-

(15) ROMAGNOLI, *supra* nota 13 bis, p. 1.

(16) *Ibid.*

(16 bis) Cabe observar en este sentido, que la acepción italiana "regime fondiario" resultaría en este caso similar al concepto de "estructura agrícola" según el uso común de la terminología latinoamericana en la materia. A contrario sensu el término "riforma fondiaria" en tanto conceptualización italiana de reforma general de la estructura agraria (incluso de aquella parte de la estructura que no es objeto de reforma agraria propiamente tal), aún no encuentra una terminología equivalente en nuestro medio, aunque sí complementaria según nuestros propios términos continentales de calificación, v. gr. —transformación agraria—.

(17) Al llegar el fascismo al poder, se dejó deliberadamente de considerar el problema agrario en términos de redistribución de la tierra. El fascismo apuntó hacia las transformaciones a realizar por medio de una acción intensa de mejora. . . Si bien ha de atribuirse a la mejora, tal como se desarrolló méritos indiscutibles, sobre todo en el norte por la adquisición de recursos nuevos para la agricultura, de hecho no determinó procesos redistributivos, sino en forma muy indirecta y de poca significación, prescindiendo de otros impactos en el campo social. MARCIANI, *supra* nota 1, p. 12.

(18) ROMAGNOLI, *supra* nota 13 bis, p. 29.

(19) "A la bonifica integral se procede por fines de interés público mediante obras específicas de bonifica y mejoramiento fondiario. Las obras de bonifica son aquellas que se cumplen, en base a un plan general de trabajo y de actividad coordinadas, con relevantes ventajas higiénicas, demográficas, económicas o sociales, en zonas que muestren lagos, pantanos, o de características palúdicas, o constituidas por terrenos montañosos desechados de resguardo hidráulico o forestal, o también de terrenos, extensivamente utilizados, por graves causas de orden físico o social, y susceptibles almovidas éstas (causas), de una radical transformación del ordenamiento productivo. Las obras de mejoramiento fondiario son aquellas que se cumplen a ventaja de uno o más fondos, independientemente de un plan general de bonifica". BASSANELLI, E. y SCALINI, P., *Il Codice Agrario* (edagricole, Bologna 1973), p. 1466.

(20) ROMAGNOLI, *supra* nota 13 bis, p. 30.

(21) CONTE, *supra* nota 11, p. 49.

ducen la situación del campo: Continuidad del fenómeno colonizador, concesión no sistemática de tierras a singulares cultivadores u organizaciones cooperativas, e incremento de la lucha social. La colonización y distribución de tierras que ya había sido practicada masivamente en el periodo de la primera post guerra, se incrementa (22) con nuevas disposiciones que colonizan la meseta de Apulia, la región del Bajo Volturno, y el latifundio Siciliano; distribuyéndose con base en la normativa de la Ley Gullo tierras no cultivadas o insuficientemente cultivadas.

La agitación social agraria ya manifiesta luego de la gran guerra (23), cobra en la década previa a la realización de la reforma, mayor dramatismo. *"La situación de las zonas latifundistas fue causa de serias tensiones sociales en los años que siguieron a la segunda guerra mundial. Estas no obstante, no encontraron imprevista la clase política italiana. Todos los partidos y movimientos políticos, (incluso) desde la actividad clandestina, pusieron en evidencia a la reforma fondiaria como parte de las reformas económico-sociales necesarias en un moderno país democrático, ya como instrumento de ruptura de las viejas estructuras latifundistas, ya como factor de progreso económico-social"* (24).

Los desequilibrios de la estructura agraria eran manifiestos, no solo por la pulverización patológica y la consecuente concentración ruinosa de la tierra, sino también por el éxodo masivo de la población del campo, y la proliferación de latifundios en proporción mayor a la empresa familiar. La gran dicotomía entre el sur del país; laboratorio de reformas, agitación social, ejército de braceros, y jornadas laborales de hambre; y el norte industrial y próspero, era mayormente manifiesta en el cam-

po. *"La distribución geográfica de los tipos de explotación era muy irregular: el aprovechamiento directo y la posesión familiar predominaban en los sectores occidentales del norte: Alpes, Liguria, Toscana, las grandes granjas y las empresas capitalistas en la llanura del Po, la aparcería en el centro del país y los latifundios en el sur"* (25).

En esa desigual distribución geográfica del uso y disfrute de la tierra, se fundamentó la conveniencia de aplicar la reforma con criterio regional según su acción fuese más manifiestamente necesaria, por la depresión de las condiciones generales de vida y producción. La reforma se comenzó a aplicar en Calabria al empuje de la presión organizada de los campesinos (26), previamente, no obstante, se intentó la aplicación de una ley general de reforma agraria, que en perspectiva más ambiciosa contaba ya a su favor con el fundamento constitucional (27) suficiente para realizarse conforme a derecho. La composición política pluriclasista de la Asamblea Constituyente de 1946 consagró en su normativa, enunciados modernos cuyo contenido de avance social, superaba en mucho esquemas privatistas sobre el problema fundamental de la reforma; la propiedad. Explícitamente el artículo 44 de la Constitución Política determina, que *"A fines de conseguir la racional explotación del suelo y de establecer equitativas relaciones sociales, la ley impone obligaciones y vínculos a la propiedad privada, fija límites a su extensión según las regiones y zonas agrarias, promueve e impone la mejora de las tierras, la transformación del latifundio y la reconstitución de las unidades productivas, ayuda la pequeña y mediana propiedad. . ."* (28). Tal fundamento constitucional del artículo 44 configuró

- (22) En lo fundamental referimos a las siguientes acciones: "1930 a 1940, transformación integral y colonización de 60.000 hectáreas del Agro Pontino; 1933, Dec. No. 215 de 13 de febrero nuevas normas sobre mejora integral (Ley Serpieri); 1938, colonización de 27.000 hectáreas en la meseta de Apulia con la instalación de 800 nuevas colonización de los latifundios sicilianos; 1944, Decreto Ley No. 279 de 19 de octubre de 1944 concesión de tierras insuficientemente cultivadas. BASTOS, *supra* nota 12, p. 218.
- (23) "Vastas agitaciones sociales portaron —especialmente en Sicilia— a la ocupación de tierras, pero no ciertamente a la formación de pequeñas propiedades vitales y eficientes". BANDINI, N. *Política agraria* (Edagricole, Bologna, 1975). P. 444.
- (24) ROMAGNOLI, *supra* nota 13 bis, p. 33.
- (24 bis) En el mismo sentido LE COZ, J. *Las reformas agrarias* (Ariel, Barcelona, 1975). P. 265.
- (25) LE COZ, *supra* nota 24 bis, p. 263.
- (26) "La urgencia de afrontar el problema de Calabria que se agudizó por la presión política puesta de manifiesto por la agitación campesina, indujo al gobierno a reforma en tal región". MARCIANI, *supra* nota 1 bis, p. 20.
- (26 bis) En igual sentido, LE COZ, *supra* nota 24 bis, p. 265.
- (27) "a) En particular, con referencia a la propiedad agraria, la finalidad de concretar los principios constitucionales de la función social y de conseguir equitativas relaciones sociales, ha portado a limitar sobre todo la propiedad en su extensión, a través de la reforma fondiaria". NATOLI, U. *La Proprietà* (Giuffrè Milano, 1976). P. 339.
- (27 bis) Para el maestro PUGLIATTI en su conocido ensayo *La proprietà e le proprietà*, tal fundamento se halla conconcomitantemente expresado en los arts. 3-42 y 44 de la Constitución Política. Por fijar éstos mucho más que la ambigua formulación genérica de función social de la propiedad, toda vez que este principio es más manifiesto cuando refiere a bienes de producción —la tierra— y cuando haya en el derecho positivo expresión normativa concreta que lo posibilite. A saber: paridad en la dignidad social de los sujetos (art. 3), garantía de la función social (como tal) y eventual expropiación (con base en éste) salvo indemnización por motivos de interés general (art. 42); y limitaciones, vínculos y obligaciones (de la propiedad en general) a fin de garantizar su racional explotación y establecer equitativas relaciones sociales (art. 44). *Atti del Terzo Congresso Nazionale di Diritto Agrario* (Giuffrè, Milano 1954), pp. 46 ss.
- (28) *Codice Civile. Con la costituzione e le principali leggi speciali.* (Giuffrè, Milano, 1975), p. 9.

posterior de las leyes regionales. Su estructuración no del todo similar a las leyes regionales que lo reemplazan, más siguiendo la óptica reformista de post guerra que favorecía el desarrollo de la pequeña propiedad, plantea como fines fundamentales: tutelar el trabajo productivo sobre la tierra, determinando equitativamente sobre su distribución, así como su función social (art. 1). Formula criterios de expropiación no puramente extensivos sino también de acuerdo al rédito dominial global o promedio, que mostraren los fondos del presunto expropiado. En base a un criterio según el cual a rédito dominial global más bajo por hectárea, correspondía mayor cuota de expropiación, por ser fondos con características de latifundio en que la ausencia de capital de inversión (que originaba consecuentemente un menor rédito promedio) ameritaba más cuota a expropiar. Sucediendo lo contrario es decir —configuración de una menor cuota expropiable en fondos de mayor rédito promedio en el que su propietario daba mayor muestra de interés en inversión y cultivo del fundo—.

Disposición que se complementaba con su criterio extensivo de afectación según el cual, el expropiado no podría durante los siguientes años concentrar a su favor fondos de extensión mayor a 750 Ha., comprendido incluso en dicha limitación el remanente de lo no expropiado —art. 2 y 15—. Por el art. 3 del territorio de la república se dividía en tres zonas de reforma, y por el art. 4 se reconocía la posibilidad de realizar mejoramientos fondiarios como alternativa a no sufrir acciones de expropiación, siempre con el límite referido de las 750 Htas. Mejoramientos cuya determinación y ejecución técnica y de zona se regulaba por ministerio de ley a través de los arts. 5 y 6, pudiendo realizarse reducción de cuotas de expropiación en excepciones expresas que así consignaba el mismo texto legal (art. 7), y debiéndose tener como negocios jurídicamente ineficaces aquellos que propendían a realizar actos de alienación confines de evitar o hacer ilusoria la acción de reforma (art. 8).

La división del territorio nacional a efectos de reforma lo fue en tres zonas, según valoración de diversas condiciones económicas y sociales y de riqueza del suelo (34) en todas las cuales se haría operar un Instituto único reformador, L'organo di riforma fondiaria del art. 9. Que habría de actuar su gestión con fundamento en las causales de expropiación que le garantizaba el artículo 11, y en base a las disposiciones de la Ley No. 2359 de 25 de junio de 1865 sobre expropiaciones por causa

de utilidad pública. Igualmente quedaba facultado el ente reformador para adquirir por permuta terrenos a fines de redistribución según normativa del artículo 13, y a fin de formar consorcios de propietarios sobre todo en terrenos a cultivo extensivo, o a conceder por cesión y con pacto de reserva de dominio a favor del ente, terrenos de su pertenencia a los campesinos para su cultivo (arts. 12-14).

En materia de indemnización se reconocía al expropiado un valor indemnizable, igual al determinado fiscalmente a fines de impuesto extraordinario progresivo sobre el patrimonio, aumentado en un diez por ciento, el que se reconocía para su pago, al contado en una cuarta parte y el resto en títulos redimibles según términos de ley. Esta regla general de indemnización que se aplicaba según diversas modalidades de pago que se contemplan en el artículo 16, suponía el traspaso inmediato de dichas tierras ya indemnizadas a sus expropiatarios, y luego de una administración transitoria por parte del ente (art. 18), a favor de asignatarios individuales o sociales a quienes se otorgaban con algunas cargas legales a su cargo (art. 20), cargas sobre todo referentes a modo, término de pago, y forma de gestión, como a sí mismo en cuanto a actos dispositivos de dominio sobre éstas.

En sus últimos artículos —23 y sigtes.— se norma una política general de mejoramiento de tierras, así como lo relativo a gastos que habría de erogarse, con ocasión de la aplicación de la reforma.

El proyecto de reforma fondiaria suscinto y lacónico en sí, dejaba a posterior reglamentación, la normativa que habría de especificar la implementación práctica de las previsiones de ley; a diferencia esencial con las posteriores leyes regionales, dejaba todo el territorio nacional sujeto a fines de reforma, incluso fuera de las zonas que específicamente se determinaban, espacio este último donde podía el ente de reforma imponer por vía coactiva obras de mejoramiento fondiario.

IV. LAS LEYES REGIONALES DE REFORMA AGRARIA.

Fallida la promulgación del proyecto general de reforma agraria, no por dejarse de requerir en lo social o económico (35), sino por razones de oportunidad política, se abrió la posibilidad de aprobar leyes regionales (36). Aún para el año de 1949, y

(34) Zona A: que comprende la parte de Italia septentrional organizada en grandes extensiones sin irrigar; Zona B: de los territorios a cultura extensiva; Zona C: que comprende el resto excluyendo la alta montaña y los bosques. SERPIERI, A. *Ibid.* P. 187.

(35) "Los mayores núcleos de gran propiedad de tierra que se notan hoy en Europa son aquellos de España e Italia. Para el primer país no se tienen revelaciones estadísticas exactas, para Italia, la situación de la distribución de la propiedad fonciaria y de las haciendas es la siguiente:

Distribución por clases de superficie.		
Hasta 50 hectáreas	14041 Hctas.	65 por ciento
De 50 hectáreas a 200	3738 Hctas.	17.4 por ciento
Con más de 200 hectáreas	3794 Hctas.	17.6 por ciento

Supra nota 31. P. 24.

(36) Ley No. 230 de 12 de mayo de 1950 (Sila). Ley No. 841 de 21 de octubre de 1950 (Stralcio). Ley Regional No. 104 de 27 de diciembre de 1950 (Sicilia).

ya con el proyecto de la Ley Sila en trámite parlamentario, el proyecto de reforma general todavía no se había enviado al Parlamento; quedó como una mera iniciativa o proyecto ministerial, por no haber un acuerdo político suficiente sobre los límites a la propiedad y los criterios de expropiación que habrían de instrumentarla.

Su fallida aprobación, agravaba aún más los problemas organizativos que suponían la aplicación de la reforma a nivel nacional, así como la exigencia de tierra cada vez más manifiesta por la fuerte tensión social en el campo, sobre todo en las zonas de mayor latifundio. A estas zonas se dirigió el directo interés legislativo aplicando las respectivas leyes de reforma de aplicación regional, así: a) La Ley Sila en el Altiplano de la Sila y en los territorios Jónicos Colindantes, comprensivos del latifundio en Calabria. b) La Ley Stralcio, en el Delta Padano, Maremma Tosco-Laziale, Fucino, Campania, Puglia-Toscana-Molise, Cerdeña y el pequeño Distrito de Caulonia también Calabrés. c) La Ley de Reforma Agraria en Sicilia aplicable en todo el territorio peninsular.

A nuestro interés, en el análisis de estos textos de ley haremos referencia comparativa de sus institutos fundamentales, no sin antes advertir dos importantes características jurídicas, amén de su bondad en el resultado total de lo económico y social (37), que caracteriza a la Reforma Agraria italiana. La primera se manifiesta en la rica incidencia jurídica que su aplicación generó, la segunda, en la vasta legislación complementaria que hubo de utilizar el legislador para su feliz aplicación.

Las más controversiales incidencias jurídicas (38) refieren en las leyes Sila y Stralcio a la facultad que ambos textos legislativos concedían al go-tad para que por medio de actos con valor de bierno —según algunos autores de dudosa tesis de ley— “decretara” sobre expropiación; asimismo en la Ley Stralcio, a la determinación que dicha ley fijó en cuanto al límite de nación que afectable con base en el criterio del réd-extension afectable con base en el criterio del réd-extension generado por la explotación efectuada sobre el fundo, antes que un límite fijo sobre la base de su extensión física. Tal cuestión originó la polémica

parlamentaria de si las limitaciones a que se refería el artículo 44 de la Constitución lo eran en el fundo por su fuerza económica o por su extensión. De igual forma resultó controversial en la aplicación de la Ley Siciliana la expropiación realizada por actos administrativos, toda vez que se cuestionó la legitimidad y competencia de la región (39) para legislar en la materia, así como su presunta capacidad para ejercer dichos actos que más bien parecían ser materia propia del legislador nacional. En doctrina incluso, tuvo que debatirse sobre sí el límite físico de extensión de 300 Ha. que la Ley Stralcio fijaba como máximo a detentar en zonas de reforma, era una norma de carácter general, o más bien promulgada para una jurisdicción territorial regional, o incluso, si su espíritu se orientaba más bien a favorecer acciones de mejora, antes que de reforma.

La segunda característica de rica incidencia jurídica antes apuntada, y que se refiere a la legislación adicional que hubo de promulgar el legislador para la aplicación de la ley, resulta de sumo interés, toda vez que es muestra evidente del deseo de no dejar la normativa principal como mera norma programática ausente de legislación complementaria, y en consecuencia eventualmente ilusoria en su aplicación.

De la normativa común de los textos de ley, hemos de referir en primer término, tratando de destacar en forma sucinta sus más importantes diferencias. Esto no sin antes agregar una tercera característica jurídica de interés, en la idea general que aspiramos a plantear, de lo que fue la reforma en su totalidad. Tal característica es la nueva legislación (40) —ya no sólo complementaria— que profundiza y desarrolla toda la nueva situación económico social e ideológico institucional que derivó del proceso reformador, y que en definitiva conforma la estructura agraria italiana hasta mediados de la década de los sesenta como momento previo a la desarticulación que en esa misma estructura habrá de producirse, por efecto de la política agrícola de la CEE (41).

Los institutos jurídicos básicos de las tres leyes regionales traducen a través de su normativa el triple objetivo político económico y social de

(37) “El informe de la delegación italiana en la Conferencia de la Reforma Agraria de 1966 presenta el balance de la experiencia en la siguiente forma:

- En 500.000 Hctas. (los dos tercios de los terrenos expropiados), progresos económicos y sociales muy destacados.
- En 100.000 Hctas., niveles de producción muy elevados, pero en regiones que ya estaban bien dotadas; los equipamientos realizados mejoraron notablemente la condición del campesinado; estos sectores en situación marginal corresponden particularmente a la Alta Lucania, al Centro de Calabria y Sicilia y a las regiones de pastoreo de Cerdeña”.

LE COZ, *supra* nota 24 bis. P. 272.

- (38) Para una referencia en detalle sobre el tema, ROMAGNOLI, *supra* nota 13 bis. Pp. 56 ss.
- (39) Para una referencia en detalle sobre el tema, ROMAGNOLI, *supra* nota 13 bis. Pp. 56 ss.
- (40) La región siciliana recibió en 1948 un Estatuto de Autonomía. Por lo que a tenor de éste instrumento gozaba de poderes legislativos en el dominio agrícola, conforme al art. 117 de Constitución italiana.
- (41) Al decir de nuestro querido profesor CARROZZA, A. en su conocida obra *Gli Istituti del Diritto Agrario* (Giuffrè, Milano, T. II, 1970). Las leyes números 756, 590, 605 y 607 de 15 de setiembre de 1964, 26 de mayo de 1965 y 22 de junio de 1966 respectivamente; por incidir —aunque no orgánicamente— sobre contratos agrarios, favoreciendo el desarrollo de la propiedad cultivada, pueden considerarse por su contenido una ley de reforma agraria.

toda reforma, con especial énfasis en lo social a la luz de dos aspectos fundamentales; —material—, para un mejor nivel de vida del futuro asignatario; —moral—, para superar el estado de degradación personal en que se halla sumido. En lo político económico, las medidas que posibilitan la redistribución de las tierras se logró con el fundamento constitucional del artículo 44 que expresa a objetivo de realizar más equitativas relaciones sociales, la necesidad de redistribuir las tierras o transformarlas (derecho a expropiar), a fin de ser concedidas a campesinos (42), (derecho a asignar).

Las leyes de reforma son ordenadas en base a tres distintas exigencias: a) eliminar el desequilibrio existente en la distribución de la tierra, a través de la expropiación entre límites determinados, cuidando el sucesivo traslado en propiedad de la tierra a favor de aquellos, para los cuales el bien representa el instrumento ordinario de trabajo; b) eliminar la dispersión de energía productiva a través de una obra de transformación y de incremento productivo; c) promover el desarrollo de las zonas donde el progreso económico social haya sido obstaculizado. En aplicación de estos principios las leyes de reforma han alargado la expresión práctica del principio de la expropiabilidad de las tierras a fines ya no solo de reforma, sino también de transformación fondiaria (43). La expropiación como instituto legal redistributivo opera sobre un nuevo concepto de propiedad que no solo expresa en su enunciado constitucional el tránsito de —propiedad derecho a propiedad deber— sino que asimismo le reconoce una función social de carácter esencial, que distingue a la propiedad como medio de producción de los así llamados medios de consumo, ligando su expresión normativa con la razón misma de una República burguesa de tipo moderno fundado sobre el trabajo (44).

En esta perspectiva los artículos 5 y 2 respectivamente de las leyes Sila y Stralcio (45) autorizan a los entes de reforma para que por medio de

decretos con valor de ley (46) se aprueben planes de expropiación en las circunscripciones comunales respectivas, determinándose sobre ocupación de esas tierras, transferencia provisoria de éstas a favor de los entes ocupantes, a fin de que se preparen los planes de redistribución. El criterio para determinar la expropiación no obstante varía. Mientras la ley Sila fija en su artículo 2 un criterio extensivo según el cual todo terreno de privados superior a 300 Has. deberá expropiarse, pudiéndose expropiar asimismo, la totalidad de terrenos pertenecientes a sociedades, aunque se hallen situados fuera del territorio que demarca geográficamente el artículo 1; la ley Stralcio —siguiendo el espíritu del proyecto general de reforma— por su artículo 4 fija un criterio de expropiación según el rédito dominial promedio por hectárea.

Promedio del cual solo se exceptúan de expropiación, los terrenos que a criterio del dato catastral se conceptúan como bosques o incultos. Por lo que se fijan las cuotas a expropiar para cualquier propietario, persona física o jurídica y a cualquier título según tabla adjunta a la ley (47). Siendo posible según las dos normativas (Sila y Stralcio) agrupar nuevos terrenos a fines de reforma, por permuta que de terrenos que ya les pertenezcan puedan hacer los entes respectivos a contraprestación de otros más idóneos, o afectando igualmente otros tenemos que se hallen bajo régimen de enfiteusis, o diverso régimen legal que favorezca la transformación fondiaria. Planes particularizados de expropiación se prevén en la ley Sila por su artículo 3, que habrán de programarse según posibilidades del ente reformador y dentro de un período de seis meses, respecto de terrenos de extensión superiores a 1000 Has., y que habrán de anunciarse —art. 4— por un período de 25 días por medio de oficinas públicas y documentos oficiales, a fin de corregir errores materiales u objeción a la expropiación de los propietarios.

La ley de reforma de Sicilia formula por su parte un criterio de expropiación que se diferencia

- (42) Arts. 1, 2, 17 párrafo primero, 22 y 25 de la Ley Sila. Art. 1 párrafos uno y dos, 3, 21 y 24 de la Ley Stralcio. En la Ley Siciliana sus disposiciones preliminares proclaman la disposición de la tierra comprendida en la región, a las obligaciones y límites establecidos en la ley misma —arts. 1 a 4—.
- (43) MORSILLO, G., *Osservazione sulla natura giuridica degli enti di riforma fondiaria* (Giurisprudenza agraria italiana, parte 1, dottrina, 1960), p. 327.
- (44) La definición que el art. 1 de la Constitución Política da, al nuevo Estado de —democracia fundada sobre el trabajo— sintetiza bien los caracteres singulares de este Estado democrático en relación con su actividad reproductiva en la agricultura. Al decir de un prominente constitucionalista en los siguientes términos: “es hora de ver como esta concepción puesta en la base de la constitución en relación al régimen de propiedad, y más propiamente de la propiedad que aquí interesa, de los bienes destinados a la producción, no puede originar duda que un régimen personalista de la propiedad debe asignar a ésta una doble función: de medio necesario a la expansión de las individualidades singulares, y de instrumento de bienestar colectivo, mientras divergencias de opinión son posibles solo en orden a la escogencia de medios concretos más idóneos a coordinar entre ellos las dos finalidades”, MORTATI, C. *La Costituzione e la proprietà terriera*, (Atti del terzo Congresso Nazionale di Diritto Agrario) (Giuffrè, Milano, 1954), p. 264.
- (45) *Supra* nota 36.
- (46) ALVARENGA, I.P. *Supra* nota 4. Reporta en su ensayo que tal procedimiento de expropiación despertó la reacción de los juristas —sobre todo Carnelutti—, para él además de “una ley impropia” que era o iba no solo contra la Constitución (art. 113), sino de la lógica misma, eran antinaturales, debido al ente que las emitía. En sustancia aquel acto delegado de carácter administrativo, no podía delegarlo el parlamento, pues para éste, y en ese sentido las delegaciones no pueden existir. Alegándose igualmente que no puede ser ley un acto administrativo de expropiación.
- (47) MARCIANI, *supra* nota 1, p. 39.

de las leyes Sila y Stralcio en cuanto aplica combinadamente criterios limitativos de la propiedad por rédito dominial y por extensión. Por rédito dominial —art. 23— en iguales términos que la ley Stralcio. Por extensión en cuanto se determina el valor de cada propiedad por separado, y en períodos sucesivos se formulan planes particulares de expropiación de los propietarios, cuya extensión de terrenos exceda el límite de la ley. En forma sucesiva y por decreto presidencial se aprobaban dichos planes de expropiación y se ocupaban esos terrenos por los entes a fin posterior de redistribución. La ley Siciliana conforme se dijo combina criterios para afectar las tierras, advirtiendo no solo límites máximos de detentación por rédito dominial, sino también con base en criterio físico extensivo de los terrenos hasta 300 Htas. (48) en zonas latifundistas. Pudiéndose aplicar por ministerio de ley una expropiación ulterior (de carácter extraordinario) de 200 Htas. en aquellas zonas no latifundistas que excediesen en detentación privada los límites de ley. Se prevé igualmente en la ley de la región Siciliana obligación de realizar planes de mejoramiento —en tanto deberes positivos— de buena cultivación y mejora, (arts. 17 y ss.), dirigidos a favorecer la economía agrícola de la zona a través de obras de transformación fondiaria prescritas por ley.

Las excepciones a la expropiación de las leyes Sila y Stralcio fundaron su privilegio en el criterio técnico de no afectar tierras que parecían contraproducente redistribuir —en tanto no idóneas a fines de transformación agraria o formación de pequeña propiedad campesina—, u otras, que por su alto nivel productivo o buenas condiciones que gozaban los trabajadores que las labraban, meritara dejarlas intactas y como unidades idóneas— se refería a terrenos no transformables y bosques; en el segundo y por el artículo 10 de la ley Sila a las llamadas fincas modelo (48) como unidades agrícolas fitotécnicas o zootécnicas en

que concurrían especiales requisitos de eficiencia. En la ley Stralcio —artículo 8— estas unidades agrícolas exceptuadas de expropiación quedaban más bien, a determinarse después, por un compromiso expreso del propietario que dispuesto a asumir obras de transformación y subsiguiente parcelación según indicación técnica del ente de reforma, podía en consecuencia exceptuar un tercio del terreno a expropiarle —terzo residuo— que en ningún caso podía superar las 300 Htas. Realizadas las obras técnicas así comprometidas por el propietario, ese tercio que no era expropiado se dividía en dos mitades, una de las cuales pasaba al ente de reforma con la correspondiente indemnización de ley que el propietario recibía a su vez, junto con la otra mitad del tercio exento ya del todo de expropiación.

En cuanto refiere a la indemnización que ha de recibir el expropiado, salvo en el caso de la ley Siciliana que se especifica en cada plan de redistribución que a su vez fija el valor de cada finca; en las leyes Sila y Stralcio, el valor a indemnizarse se fija en cualquier momento luego de la expropiación. Todas las tres leyes regionales eso sí; en base en un criterio común, según el cual se indemniza con fundamento en la suma declarada a efectos fiscales, en tanto valor definitivo que se acierta tributariamente a fines de impuesto extraordinario progresivo sobre el patrimonio (50).

Tal criterio de indemnización sustentado en forma unánime por las tres leyes (51) respondía al decir de la corte constitucional que hubo de dirimir en última instancia, las objeciones sobre ilegitimidad que habían planteado los expropiados, en cuanto su sustento legal residía en la existencia de *"elementos históricos y sistemáticos que inducían a excluir la interpretación literal (etimología de —indemnizar— dejar "sin daño") de la expresión usada por el artículo 42 de la Constitución, y que en vez, puesta la necesidad de coordinar el interés público con el privado, indemnización no podía significar integral resarcimiento, sino solamente, la*

(48) Este límite en la ley Stralcio lo era hasta 750 hctas. y vigente hasta seis años después —art. 7— del momento en que se le había fijado la definitiva cuota de distribución al expropiado. En la ley Siciliana diferentemente el período era de 20 años luego de haber entrado en rigor la ley y una vez practicadas las expropiaciones.

(49) Tales requisitos que excepcionaban de la expropiación fueron los siguientes:
a) Administración asociada con los trabajadores; b) renta unitaria por lo menos 40 por ciento superior a la media de la zona, en los principales cultivos; c) intensidad de trabajo no inferior a 0.3 unidades laborales por hcta.; d) asegurar a los trabajadores condiciones económicas claramente superiores a la media de la zona y sobre todo, asegurarles una continuidad de trabajo suficiente, e) estar parcelada y contar con viviendas dotadas de requisitos higiénicos.

En una segunda fase la excepción de expropiación se concedió además que a las fincas con los indicados requisitos, también a otras con carácter principalmente zootécnico (art. 2 de la ley de 20 de diciembre de 1952 No. 2377) en las que coincidiesen las siguientes condiciones: a) carga de ganado por hectárea por lo menos doble de la media de la zona; b) establos racionales proporcionados al número de cabezas; c) trabajadores eventuales no superior al 50 por ciento sobre el total de las unidades de trabajo". MARCIANI, *supra* nota 1, p. 43.

(50) El D.L. de 11 de octubre de 1947, No. 311, disponía que los terrenos se avaluasen con base al valor medio del período entre el 1 de julio de 1946 y el 31 de marzo de 1947, aplicando coeficientes adecuados (según zonas de reforma y revisión de comisiones económicas ad hoc, provinciales y municipales) a la renta imponible (resultante de la división de las estimaciones catastrales ordenada por D.L. de 4 de abril de 1939, No. 589) sobre la propiedad. MARCIANI, *supra* nota 1, p. 45.

(51) Arts. 7 y 18, de las leyes Sila y Stralcio respectivamente. Y a los cuales reenvía la ley Siciliana complementando con normativa posterior. A saber, arts. 2 y 9 de la ley No. 333 de 18 de mayo de 1951 y ley No. 70 de 11 de febrero de 1952.

máxima contribución de reparación que en el ámbito de los fines de interés general, la administración pública podía garantizar al privado" (52).

El pago de las tierras expropiadas por su parte, corre a cargo de los entes respectivos de reforma a tenor de los textos de ley (53). Se asignan posteriormente dichas tierras en términos de otorgar mayor facilidad económica a los beneficiarios, —artículo 17 de la ley Sila extensivo a las otras dos leyes— toda vez que su pago era más dilatado (en relación con el plazo en que el ente debía pagar al expropiado) en el tiempo —30 años— y según un costo de adquisición que en cualquier caso no podía superar el pago que se realizaba al expropiado, mas al menos dos tercios del costo total de las obras de mejoramiento, que el ente reformador emprende en el mismo terreno que se asigna.

Son asignatarios de unidades completas de cultivo —poderi— los trabajadores manuales de la tierra, como también propietarios y enfiteutas, pero siempre y cuando muestren detentar tierra insuficiente para atender las necesidades normales de manutención y mano de obra de su familia —cuote— según control del inspector provincial de agricultura. La adquisición de las tierras que se asignan lo es por medio de un contrato de venta con pacto de reserva de dominio a favor del ente asignante, por todo el período de pago, durante el cual el asignatario deberá mostrar idoneidad suficiente por un período de prueba de 3 años que habrán de corroborar su eventual condición de propietario definitivo. Se compromete asimismo el asignatario en dicho contrato a seguir las directrices técnicas y de educación que le señala el ente asignatario, además de que obligatoriamente se compromete a formar parte de consorcios de productores al menos por un período de 25 años, y en tanto así le requieren expresamente algunos de los requisitos de los artículos 16, 17, 18 y 23 en la ley Sila y 40, 42 y 43 de la ley Siciliana que habrían de contribuir al decir de SEGNI (54), a la formación de una pequeña burguesía rural como clase social heredera fundamental del proceso reformador.

La asignación de tierras en las leyes Stralcio y de Sicilia —artículos 21, 38 y 39 respectivamente— lo es a favor de campesinos ya asentados que hallan realizado obras de mejora, e instituciones públicas que deseen desarrollar factorías, escuelas

o haciendas modelo; como igualmente a favor de trabajadores agrícolas jefes de familia o cultivadores manuales, según planes de redistribución —mediante el sorteo que prescribe el artículo 40— así dispuesto en la ley Siciliana por el ente de reforma —ERAS—. Valga observar la acción totalizadora de los entes encargados de la acción reformadora. Habida cuenta que dicho proceso no solo redistribuyó tierras, sino que también continuó obras de mejoramiento de tierras iniciadas en el período anterior. De igual forma, y una vez acabadas en tiempo y espacio las expropiaciones y correlativas asignaciones de ley, el proceso reformador mismo se profundizó con el concurso creador de los mismos entes que habrían de realizar una serie de tareas, a fin de lograr prácticamente el espíritu de reforma total que se pretendía. En esta perspectiva, el mejor ejemplo lo constituye sin duda el poderoso movimiento cooperativo que originó y desarrolló todo el proceso reformador.

En la cuestión administrativa, la ley Sila —artículos 10 a 15— prevé toda una nueva estructura burocrática del viejo ente colonizador "opera per la valorizzazione della Sila" constituida por un Presidente con máximos poderes, asistido de un consejo de doce miembros representantes de todos los sectores sociales interesados en la obra total de reforma, y con experiencia técnica en materia de mejora, colonización, o redistribución fondiaria, a los que se agrega un colegio sindical que gestiona financiera y administrativamente. Colegio sindical cuyas funciones son en general asumir todas las iniciativas en la materia, coordinando más actividades, imponiendo las obras de ejecución y los planes que habían de aplicarse en cada municipio o "comune". La ley Stralcio en su artículo 2, sanciona para seis meses después al momento de haber entrado en vigencia la ley, la promulgación de la normativa que habría de crear los entes o secciones especiales, de los entes de colonización o transformación fondiaria (con patrimonio y personalidad jurídica propia a fin de cumplir los cometidos de ley, en los territorios indicados) a vigilancia directa del Ministerio de Agricultura.

En la reforma de la región Siciliana, junto al ERAS como ente principal de reforma se halla la "Cassa per il mezzogiorno" como instrumento burocrático que con gran contenido económico (55) dirige su acción a la recuperación total de las

(52) ROMAGNOLI, *supra* nota 13 bis, p. 67.

(53) Con títulos redimibles en su valor a 26 años plazo y que ganan un interés del 5 por ciento —arts. 8 y 18 de las leyes Sila y Stralcio respectivamente— según sumas a pago mensual fijadas de acuerdo a la normativa general de la reforma fondiaria.

(53 bis) "A los propietarios afectados que pretendiesen efectuar obras de mejora agraria en la propiedad que les quedaba, se les concedió el derecho de reclamar al contado una parte de la indemnización, correspondiente al neto de la contribución estatal que es parte del costo total de la obra a realizar. Tal cuota no podía superar el 25 por ciento de la indemnización en los distritos de aplicación de la ley Stralcio, mientras que no existía límite establecido en la ley Sila". MARCIANI, *supra* nota 1, p. 50.

(54) SEGNI, A. *Struttura giuridica della riforma fondiaria*. Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario. (Giuffrè, Milano, 1954), p. 952.

(55) "Es que allí se ha querido redistribuir la tierra y a un mismo tiempo, transformar el campo y crear las condiciones necesarias para el desarrollo. Fijense sino en la admirada Cassa del Mezzogiorno. Se trata de un instrumento para la recuperación del mediodía italiano. Pero su acción sobrepasa la reforma. Fundada en 1950, la Cassa elaboró

condiciones socio-económicas insulares. Se articula el ERAS amén de su coordinación jerárquica con estructuras ministeriales interesadas en el desarrollo global de la región, con un consejo administrativo y una dirección general, que tiene en los entes regionales también con personalidad y patrimonio jurídico propio, los instrumentos locales que extienden su jurisdicción a todos los "compresori" (56) o zonas territoriales de reforma. Estos entes locales a su vez tienen su propio consejo de administración, con representación de todos los grupos sociales interesados, con facultades suficientes para adquirir tierras, redistribuirlas, y realizar obras de beneficio social o técnico. Todo esto, según un preconcebido plan burocrático de aplicación que agilizar el proceso reformador en todo el país, respetando sus diversas fases técnicas, o aprovechando la vieja institucionalidad aún necesaria, y creando la nueva que se requiriese (57). Así, en un contexto más amplio de reforma que va más allá de la mera redistribución, con su institucionalidad regional y nacional operando, con la financiación necesaria cogarantía para la procedencia económica de las asignaciones, con la asistencia y capacitación suficiente para los asignatarios a fin de que desarrollasen individual o socialmente su productividad; la reforma hubo de dar, como era de esperarse, resultados positivos. No solo en lo económico social perceptibles a nivel nacional como se dijo (58), o regional como se señala por otros autores, sino también en la sensación real de pros-

peridad que llevó al campo, en el desarrollo de sus empresas familiares, o en el vigoroso movimiento económico de notables características mundiales que se generó alrededor de sus cooperativas de reforma.

En lo fundamental, dichas cooperativas se regulan a falta de una legislación específica (60); por el articulado constitucional que les refiere (61), y la normativa concreta de las leyes regionales de reforma. Además de su vinculación administrativa con el Ministerio de Trabajo y Previsión Social que originariamente le señala la ley fundamental nacida de la Asamblea Constituyente de 1947.

El origen del movimiento cooperativo en Italia es antiguo (62), toda vez que al decir de dicho autor existen antecedentes de cooperación agraria que se remontan al año 1000 en la Roma medioeval con sistemas de cooperación organizada de horticultores; al año 1883 en Romagna con cooperación de braceros agrícolas para realizar obras de mejora en zonas palúdicas; al 1885 con las cooperativas vitícolas del Piemonte Veneto, Emilia, Puglia y Cerdeña; además de la organización de consorcios y federaciones cooperativas de servicios desde 1900.

El desarrollo del movimiento cooperativo —notable como se dijo— lo es a partir del proceso reformador, que no solo incluyó en las leyes regionales que lo implementaron una normativa específica con carácter de obligada adhesión para los adjudicatarios de reforma (63) sino que también le

programas para un lapso de quince años con un presupuesto de inversiones de 2 billones 69.000 millones de liras y entre sus obras figuran ya las de riego para 350.000 hectáreas, las de beneficio para 3 millones más de hectáreas, 2.600 kilómetros de camino, completa electrificación de las áreas rurales y otras por el estilo". CASANOVA, R.V., *Derecho Agrario*, (Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Mérida, sin fecha), p. 107.

- (56) "Estos textos legislativos (de las tres leyes regionales) precisaban las condiciones en que algunas tierras procedentes de grandes propiedades podían ser expropiadas en algunas áreas determinadas: los compresori de reforma, administradas por organismos públicos, y los Enti di Riforma, dependientes directamente del Ministerio de Agricultura. LE COZ, *supra* nota 24 bis, p. 266.
- (57) En síntesis, hubo dos tipos de entes que realizaron juntos la totalidad del fenómeno reformador. Los primeros, se organizaron siguiendo similar criterio al que estructuró la Opera per la valorizzazione della Sila. Para ello se tomó en cuenta lo inadecuado que resultaban los órganos normales de la administración, lo que en sí hacía conveniente y necesario recurrir a la creación del ente u organismo especial —enti di riforma— (ya antes se habían organizado a fines de otro tipo singular de cambio en la estructura agraria —que estructuró la Opera Nazionale per i combattenti— y que desarrolló procesos de colonización; y el que instrumentó la acción de mejora —bonifica— instituido por ley de 13 de febrero de 1933, y que hasta antes de 1950 representó la más importante intervención pública en la agricultura, especialidad del ente a la cual se reconocía su necesaria autonomía, con personería propia de derecho público, aunque bajo control ministerial. Aparte de tales entes de reforma —creados ex novo— se organizaron secciones especiales en el seno de instituciones preexistentes cuya tarea se orientaba en aprovechar los mecanismos institucionales ya predispuestos a fines de mejora, o transformación fondiaria, y ya no propiamente (como competía a los entes de reforma) de redistribución.
- (57 bis) En ulterior profundización —Sulla natura giuridica degli enti di riforma fondiaria— MORSILLO agrega como tareas fundamentales elencadas en los arts. 1 y 2 respectivamente, de las leyes Sila, Stralcio y Siciliana; las de expropiar, mejorar, transformar y asignar los terrenos a los campesinos. *Supra* nota 43, p. 329.
- (58) LE COZ, *supra* nota 24 bis, p. 272.
- (59) LANDI, G., *supra* nota 72 bis, p. 350.
- (60) SANZ JARQUE, J.J. *Cooperación. Teoría y prácticas de las sociedades cooperativas* (Universidad Politécnica de Valencia) 1974. P. 475.
- (61) "La República reconoce la función social de la cooperación de carácter mutuo y sin fines de especulación privada. La ley promueve y favorece el incremento con los medios más idóneos, y le asegura, con oportunos controles, el carácter y la finalidad. . .". *Codice Civile e le principali leggi speciali*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 9.
- (62) SANZ JARQUE, *supra* nota 60, pp. 470-71-72.
- (63) "Los artículos 22 y 23 de la Ley Sila —repetidos en seguida por la ley Stralcio— prescriben a "los centros de reforma" el promover en cada unidad orgánica de colonización agrícola la constitución de cooperativas. El art. 23 añade: "... Los adjudicatarios (de las tierras expropiadas por la reforma) están obligados a adherirse durante un período de veinte años, a partir del momento de la firma del contrato de adquisición de su explotación, a las

otorgó a dicha institución cooperativa todo un significado especial al interno de la reforma agraria como tal. Novedoso significado que tendía en su desarrollo no exento de problemas (64), a superar por intervención del Estado, la inercia privada, y los estrechos marcos de la producción agrícola tradicional tipo propiedad señorial o empresa familiar por un nuevo esquema asociativo de producción, claramente delimitado entre lo público y lo privado, que funcionaliza y moderniza la empresa concentrando su capital y esfuerzo humano.

Tal esfuerzo cooperativo, sostenido y estimulado por el Estado y sus entes de reforma; impuesto coactivamente a los beneficiarios de las nuevas tierras, y promovido por leyes específicas (65); caracteriza por sus positivos resultados productivos a la reforma agraria italiana como un todo.

Resultado positivo observable, más que en el mero crecimiento económico, en su especialidad productiva y en la dinámica propia de su desarrollo.

En cuanto a su crecimiento, al decir de SANZ JARQUE (66), *"desde el comienzo de la actividad de reforma al 31 de diciembre de 1968, los entes han promovido y asistido 612 cooperativas de primer grado, de las que, 410 tienen finalidad múltiple y 202 son especializadas. El número total de socios es de 58.000. Además de las cooperativas de primer grado operan en el territorio de desarrollo 31 organismos de segundo y tercer grado, a los que adhieren gran parte de las cooperativas de primer grado"*.

En su propia dinámica de desarrollo la cooperativa de reforma pasó de una finalidad amplia y múltiple —cooperativas de base y de servicios—; para la adquisición en común de medios de producción, operación colectiva de máquinas y otros instrumentos de trabajo, transformación y venta

de productos o gestión colectiva de fincas; a un tipo cooperativo especializado, encargado de transformar y valorizar la producción agrícola, según un reordenamiento de sus funciones productivas e incluso de su espacio físico de operación.

Consecuencia de esta tendencia especializada de producir y gestionar (67), lo fue la disminución de las cooperativas de base y el aumento de las especializadas; como asimismo el desarrollo de estructuras o asociaciones de segundo grado, para la proporción de servicios y equipos, asistencia técnica, contabilidad y administración, que administrados por una sola estructura asociativa, servía a su vez a un gran número de cooperativas.

El instituto cooperativo luego de su consolidación en período de reforma hubo de fortalecerse aún más con la entrada en vigencia de los "Planes Verdes" uno y dos y la conversión legal de los entes de reforma agraria en entes de desarrollo (68).

Es el momento de transición —de la mera reforma al desarrollo de la estructura agrícola— con que la agricultura italiana abandona tareas antes solo suscritas a obras de: mejorar, expropiar, asignar, asistir y organizar; para emprender con los entes de desarrollo (69) fines más amplios, acordes al nuevo estado de la estructura agrícola. A saber: formación de explotaciones agrícolas familiares eficientes y racionalmente organizadas; reestructuración de la propiedad (concentración y mayor extensión de explotaciones); asistencia a las explotaciones en la ejecución de trabajos de transformación estructural; desarrollo de la cooperación, creación y dotación de centros cooperativos de transformación y valorización de la producción agrícola, desarrollo zootécnico, asistencia financiera y social, y formación profesional (70).

En igual sentido de profundización, ulterior

cooperativas (...) que los centros de reforma promoverán o constituirán para garantizar la asistencia técnica y económica-financiera a las nuevas pequeñas propiedades agrícolas". BAGNULO, A. *La Legislazione...* citado por BASTOS, *supra* nota 12, p. 233.

(63 bis) En ley de reforma agraria Siciliana se regula la adhesión a la organización cooperativa entre otros por el art. 16. mas no con carácter de obligatoriedad.

(64) "El problema que planteaba la promoción del cooperativismo consistía en esencia, en la dificultad de construir asociaciones con funciones de empresa colectiva antes que el ambiente hubiese madurado no solo en sus manifestaciones, sino también en la aceptación y utilización de tales ideas". MARCIANI, *supra* nota 1, p. 113.

(65) MICELLE, G. *Appunti sulla "assegnazione" delle terre oggetto di riforma fondiaria* (atti del terzo Congreso) *supra* nota 3, p. 751.

(66) *Supra* nota 60, p. 481.

(67) Al decir de MARCIANI, *supra* nota 1, la distribución de las cooperativas especializadas por sectores de producción era en 1963, manifestado en: enología, industria láctea, aceite, actividad ortofrutícola, conservera, azucarera y otras. P. 123.

(68) Para un examen particularizado de su aporte al desarrollo de la estructura agrícola en Italia ver respectivamente leyes Nos. 454 y 910 de 2 de junio de 1961 y 27 de octubre de 1966 en: PALERMO, A. *La cooperazione nelle zone di riforma fondiaria*. Giurisprudenza Agraria Italiana, 1967, parte I Dottrina, pp. 393-94.

(69) El art. 32 del DPR No. 948 de 23 de junio de 1962 (primer Plan Verde) denomina a los entes de reforma fondiaria Enti di Sviluppo. Posteriormente la ley No. 901 de 14 de julio de 1965 delegó al gobierno la facultad de organizar los entes de desarrollo, disponiendo la transformación de los entes de reforma fondiaria y de sus secciones. ROMAGNOLI, *supra* nota 13 bis, p. 72.

(70) BASTOS, *supra* nota 12, p. 240.

del desarrollo agrícola alcanzado, disposiciones legales posteriores que constituyeron las Regiones a Estatuto Ordinario (71), confirmaron las atribuciones a dichos entes de realizar tareas de promoción, realización y mejoramiento de las estructuras de la cooperación, y otras formas asociativas, favoreciendo la asistencia técnica, información socio-económica, formación profesional, funciones de asistencia económica y financiera a productores singulares o asociados; ejecución y eventual gestión de planteles productivos, instrumentación y servicio de intereses comunes para los productores locales.

Como resultado último del proceso reformador, y del desarrollo del sistema cooperativo se llegó a constituir eficientes empresas verticales, así como consorcios cooperativos de operación regional con los que la reforma agraria contribuyó a transformar todo (72). No solo eliminando el atraso y la injusticia, y posibilitando la diversificación de la producción agrícola, sino que asimismo —como vieja aspiración— sobre la base del desarrollo agrícola alcanzado, favorecer la prosperidad de la industria.

(71) DPR No. 11 de 15 de enero de 1972 y Ley No. 386 de 30 de abril de 1976.

(72) MARCIANI, *supra* nota 1, p. 125.

(72 bis) LANDI, G. en: *La Riforma Agraria in Sicilia*, analiza la experiencia regional bajo aspectos únicamente jurídicos, a la luz de los cuales observa como positivos entre otros, el siguiente aspecto resultante de la reforma: fraccionamiento y distribución de la gran propiedad; que antepone razones de interés público al latifundio, al cual interesa particularmente golpear.
Rivista di Diritto Agrario, Fasc. IV, anno XXXII. (Organo del Osservatorio Italiano di Diritto Agrario) Roma, 1953. P. 350.