

AÑO IV

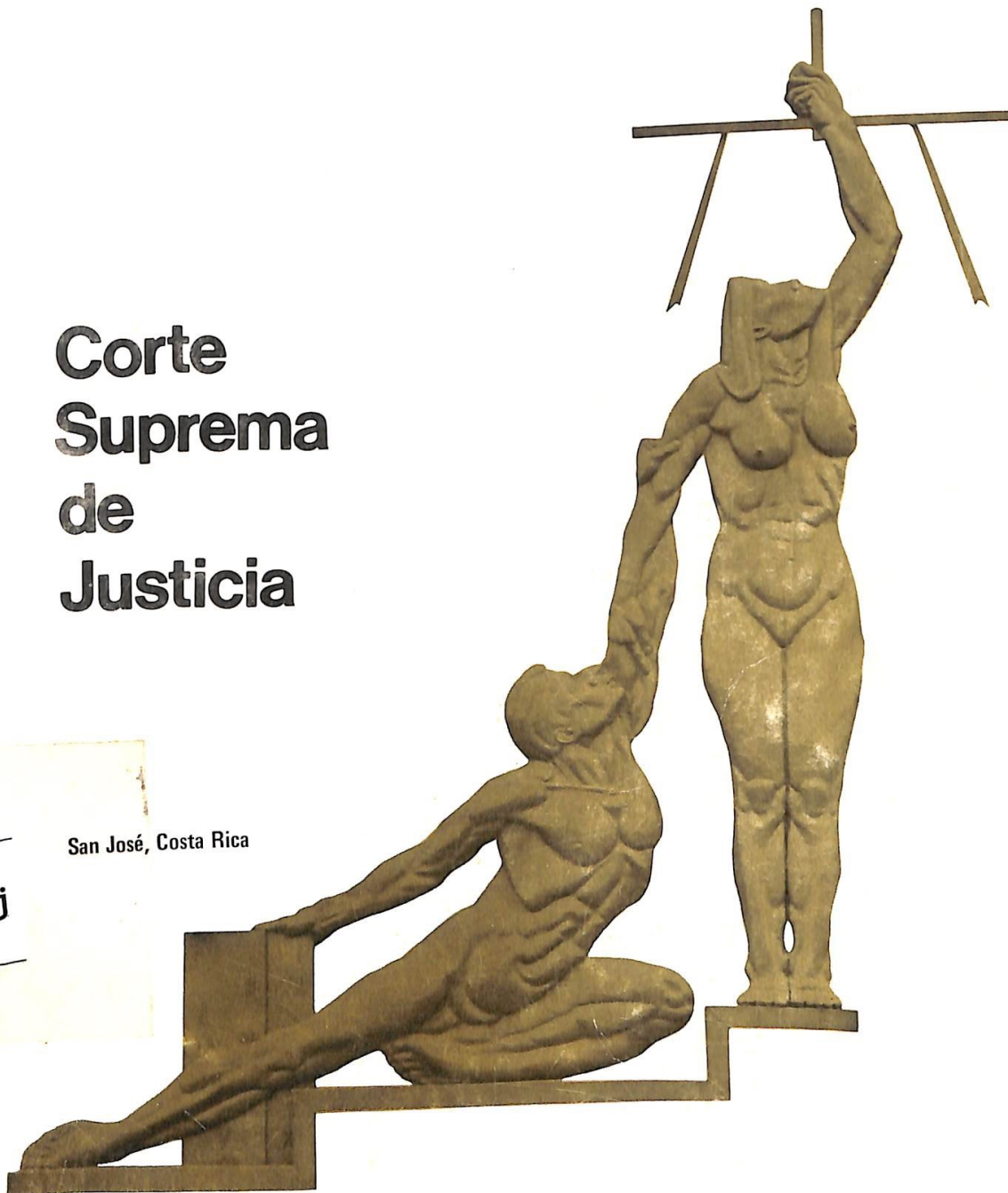
Nº 15

REVISTA JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica

R340j



Marzo, 1980

Presentación.	
El hurto de uso.	Dr. Francisco Castillo
La institucionalización del p	Dr. Ricardo Zeledón.
El delito de hurto de ganado	Dr. Jorge Hernán Roja
Realidad jurídico-social de l	Licda. Leda Salvatierr Ana María Trejos de t
Ensayo sobre los tribunales	Licda. Nury Vargas A
El patrimonio familiar.	Licda. Marina Ramíre
Nociones elementales de la	Lic. Manuel Amador l
Objetos, cosas y bienes en s	Dr. Víctor Pérez Varg
Reseña legislativa extranjera	Dr. Víctor Pérez Varg
Reseñas bibliográficas.	Dr. Enrique P. Haba. Dr. Víctor Pérez Varg
Información normativa.	Licda. Marcelina Zele
Pronunciamientos especialn	Licda. Marina Ramíre
Jurisprudencia.	Digesto.



EL HURTO DE USO

Dr. Francisco Castillo González.
Facultad de Derecho.
Universidad de Costa Rica.

1. El hurto de uso, en sentido estricto (1), es castigado por el artículo 211 del Código Penal, que dispone:

"Cualquiera que tome una cosa, con el único fin de hacer uso momentáneo de ella y la restituya después sin daño alguno, será penado con prisión de uno a cinco meses. Si lo hurtado con dicho fin fuere un vehículo automotor la pena será de seis meses a tres años.

La pena será de prisión de uno a tres años, cuando el hurto de un vehículo fuere para cometer otro delito, sin perjuicio de la incriminación del hecho perpetrado".

2. La figura del hurto de uso, conocida por la doctrina romana (2) y por el derecho medieval (3), pero dejada a un lado en la época de las codificaciones (4), tomó actualidad en el derecho penal europeo con la aparición del automóvil (5). Ocurre y ocurre que el delincuente toma un auto estacionado en la calle, lo usa unas horas o unos días y lo devuelve a su dueño o lo deja abandonado. Dado el hecho de la impunidad del hurto de uso, pues los códigos penales, a excepción del italiano, restringieron el concepto de hurto al apoderamiento con el ánimo de apropiación, no era posible conde-

- (1) El Cód. Pen. del 70, a diferencia de sus antecesores, castiga en el artículo 223 el uso indebido de una cosa, recibida del derechohabiente, respecto a la cual hay obligación de entregar o devolver. Esta figura, que no será analizada en el presente trabajo, es lo que podría denominarse una apropiación indebida de uso. Además del hurto de uso en sentido estricto (Art. 211) y de la apropiación indebida de uso, la doctrina habla de la estafa de uso (Sobre esta distinción, PLUGIA, X, pág. 114; MANZINI, "Trattato del furto...", tomo IV, pág. 18; CARRARA, "Programa...", Parág. 2031). En la doctrina hay enormes diferencias sobre lo que es el contenido de la estafa de uso. Así, mientras CARRARA (loc. cit.) cree que comete una estafa de uso quien se vale de la cosa consignada con fines distintos de los de la consigna, ten HOMPEL (pág. 806) considera que la hay cuando alguien usa una romana que funciona con monedas, echando en el aparato una moneda falsa. El Código Penal de 9 de mayo de 1924 del cantón suizo de Friburgo castigó, en su artículo 90, la estafa de uso (Así, TUCHSCHMID, pág. 57, nota 47). De los Códigos que ha tenido Costa Rica solamente el de Carrillo (Art. 656) castigó el abuso de confianza (apropiación indebida) de uso, cuando se usare la cosa depositada, pignorada o más allá de lo permitido por el contrato. Los Códigos de 1880 (Art. 471), de 1920 (Art. 365) y de 1941 (Art. 268) castigaron sólo el uso indebido de cosa ajena mediante apoderamiento.
- (2) El hurto de uso nació a partir del concepto general de hurto de la doctrina romana; el derecho del primer período y, entre él las XII Tablas, no lo contemplaron (Así, TUCHSCHMID, pág. 1; ABBEG, Parág. 340; GANTENHAMMER, pág. 7, nota 2). El hurto general fue definido por Paulus (1.1.3 D de furtis 47, 2) como "contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve". El hurto es, pues, un concepto general que contiene tres especies: "furtum ipsius rei", "furtum possessionis" y "furtum usus". Partiendo de Paulus podemos decir que el hurto de uso del derecho romano es "contractatio usus rei fraudulosa lucri faciendi gratia" (Así, TUCHSCHMID, págs. 4 y 5).
- (3) Así, la Carolina (Art. 170) subordinó el hurto de uso al hurto simple si el propietario de la cosa sufría perjuicio (Así, NOETZEL, pág. 2; TUCHSCHMID, pág. 29). Tanto el derecho intermedio italiano como el francés distinguieron entre el hurto de la cosa, del uso y de la posesión de ella (Así, BRASIELO, VII, pág. 693, para el derecho italiano y GARCON, T. II, pág. 571, para el francés). Especial mención merecen las VII Partidas, que definieron el hurto como "malfetría que fazen los omes que toman cosa mueble ajena encubiertamente sin placer de su señor, con intención de ganar el señorío o la posesión o el uso de ella" (Partida VII, Título XIV, ley 1, según cita de BASTERO ARCHANCO, pág. 7).
- (4) El hurto de uso no fue previsto ni en el Código Penal francés (1804), ni en el alemán (1871), ni en el italiano de 1889 (ZANARDELLI), ni en los Códigos españoles de 1843, 1850, 1870, 1882, 1928, 1932 y 1944. Sí lo contempló el Código italiano de 1930 (ROCCO), en el artículo 626, aún hoy vigente.
- (5) Así, NOETZEL, pág. 26; GANTENHAMMER, pág. 18.

nar a quien tomaba, sin ánimo de lucro, un auto en tales condiciones. Entonces, la jurisprudencia de varios países ideó el expediente de condenar al usurpador del uso por el hurto de la gasolina y del aceite consumidos al usar el automóvil (6). Esta solución pronto fue abandonada. Ella no resolvía el problema en los casos en que el delincuente repone la gasolina y el aceite gastados, o en los casos en que se tratara de autos movidos por electricidad (7). Pero partía, además, de falsos supuestos: el delincuente no toma el auto para apoderarse, mediante el consumo, de la gasolina y del aceite; por el contrario, consume éstos para poder utilizar el auto (8). La mayoría de las veces falta, en consecuencia, en el autor la consciencia de apoderarse del combustible y del lubricante, porque el auto no es un simple depósito de combustible y lubricante. No se puede equiparar tomar un auto, usarlo, y devolverlo sin o con menos combustible y aceite, con tomar una botella de vino, consumir su contenido y devolver la botella vacía (9).

Dos caminos siguió la doctrina europea para resolver los casos de hurto de uso: el primero fue ampliar el concepto de apropiación del hurto simple para que éste absorbiera los casos de apoderamiento temporal de una cosa con el designio de usarla y devolverla luego. Esta solución es la seguida por la jurisprudencia y por la doctrina francesa (10). La segunda vía afirma la impunidad del hurto de uso, —que no cae en el hurto simple—, salvo en casos específicos, definidos expresamente por ley (11).

3. Nuestro legislador se decidió por la separación del hurto simple y el hurto de uso. Pero los tipos

de los artículos 208 y 211 se condicionan y se limitan mutuamente: la existencia del artículo 211 indica que una desposesión transitoria, realizada con el único fin de usar y de restituir después del uso, no entra en el concepto de apropiación del artículo 208; la existencia del artículo 208 significa que aun una desposesión transitoria, realizada con el único fin de usar y de luego restituir, si es de cierta duración (no momentánea), es un acto apropiativo, que entra en el 208 y no en el 211.

Siendo el hurto simple la figura más general y de mayor contenido injusto, debe analizarse a partir de él el hurto de uso, para fijar los límites de éste, por contraste. Sería un método equivocado, que conduciría a resultados falsos, analizar ambas figuras como totalmente independientes, o fijar, partiendo del hurto de uso solamente, las características del hurto simple.

I. EL TIPO OBJETIVO DEL HURTO DE USO.

1. Bien Jurídico Tutelado.

4. El hurto de uso tutela el derecho a usar o el interés a usar la cosa (12) de quien, estando en posesión de ella conforme a derecho (13), fue desposeído por el delincuente, quien pretendió, a través del establecimiento de una posesión transitoria, que no implica una desposesión definitiva del anterior poseedor, usar la cosa y restituirla luego, sin daño alguno (14). Titular del bien jurídico es el propietario de la cosa o quien la posea legítimamente y tenga derecho a usarla (15). El hurto de uso es un delito patrimonial, en tanto que afecta

(6) Así, NOETZEL, pág. 28; FERNANDEZ ALBOR, pág. 468.

(7) Así, NOETZEL, pág. 28.

(8) Entre otros, GANTENHAMMER, pág. 14; NOETZEL, pág. 27; FRANK, Vorb. Parág. 242, Anm. VII 2 c; SEIBERT, DAR, 1955, pág. 299.

(9) SEIBERT, DAR, 1955, pág. 299.

(10) Así, BESANCON 26 janv. 1933 y Cass. Crim. 19 févr. 1959, citadas respectivamente por GARCON (T. II, pág. 621) y VOUIN (T. II, pág. 36), quienes las aprueban.

(11) Así ocurrió en el derecho alemán, en el austriaco y en el suizo, que castigan el hurto de vehículos automotores y de bicicletas. El legislador español, por ley de 8 de abril de 1967, siguiendo modelos españoles anteriores, introdujo el artículo 516 bis en el Código Penal, que castiga el hurto y el robo de uso de vehículos de motor (Así, FERNANDEZ ALBOR, pág. 471).

(12) Así, GANTENHAMMER, pág. 15.

(13) Si el poseedor de la cosa es "contra ius", —por ejemplo, el ladrón—, no puede, como poseedor de mala fe, ser sujeto pasivo del delito. Si alguien quita al ladrón la cosa para usarla, comete seguramente un hurto de uso, pero no contra éste, sino contra el propietario de la cosa.

Por lo menos en nuestro derecho, el hurto de uso no lesiona una "facultas utendi", que la tiene también el ladrón por estar en posesión de la cosa, sino, como se dijo un derecho o interés al uso jurídicamente tutelado.

(14) Así, TUCHSCHMID, pág. 38.

(15) Entre otros, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. Parág. 248 b, Anm. 7; RODRIGUEZ DEVESA, XI, pág. 230.

el derecho al uso, inherente al dominio; no puede cometerlo el propietario aunque la cosa esté legítimamente en poder de un tercero (16).

El artículo 211 no requiere perjuicio a tercero. Por tanto, hay lesión al bien jurídico con la simple supresión de la posibilidad de uso de la cosa, aunque el propietario o el derechohabiente no hayan tenido necesidad de usarla.

5. Como delito patrimonial, el hurto de uso no es realizado por quien usa una cosa de nadie o una cosa abandonada. Tampoco por quien no se apodera de la cosa ajena (por ejemplo, se utiliza una cosa encontrada o una cosa entregada por el poseedor, en virtud de artificios o engaños). Si el agente fue puesto en posesión de la cosa y tenía, respecto a ella obligación de entregar o devolver, y la usa, el hecho sólo es punible si puede ser subsumido en el artículo 223 Cód. Pen., segunda parte.

2. La cosa, objeto material de la acción.

6. Objeto material del hurto de uso solamente pueden ser cosas muebles (17). Aunque el artículo 211 hable sólo de "cosa", sin el adjetivo "mueble", no puede haber hurto de uso de inmuebles, pues la cosa debe ser tomada, —es decir, aprehendida y removida— y restituida, lo que no es posible hacer con éstos (18).

7. Hay hurto simple si la cosa se consume con el uso. Las energías y cosas similares, consumibles por el uso, están por ello excluidas del concepto de cosa, objeto material del hurto de uso, porque

en tales casos el derechohabiente es privado permanentemente del disfrute de la cosa (19). Tampoco pueden ser objeto material del hurto de uso las cosas que se alteran o se transforman con el uso (20); quien usa una cosa que él sabe se altera o se transforma actúa con ánimo de apropiación, porque sabe también que no puede devolverla "sin daño alguno". No hay hurto de uso, en principio, con relación a cosas fungibles (21), sino hurto simple.

3. La acción.

8. La acción punible consiste en "tomar" la cosa "con el único fin de hacer uso momentáneo de ella".

El artículo 211 habla de "restituir" la cosa "sin daño alguno". Esta expresión no indica una acción punible, sino una reiteración "abundantiam" del fin que debe guiar al autor al tomar la cosa. A la restitución nos referiremos luego.

El hurto de uso supone una "toma" o un "apoderamiento" de la cosa (22); en defecto de ello no es punible el uso indebido (23). El poseedor pierde la posesión cuando no puede ejercer más actos de dominio sobre la cosa (24). La diferencia entre hurto simple y hurto de uso está en que en el primero la desposesión del propietario es definitiva y querida por el delincuente como definitiva; en el hurto de uso es transitoria y querida como tal por el delincuente.

La apropiación, elemento central del hurto simple, tiene un lado positivo ("Aneignung") y un

(16) El artículo 211 no dice, como sí lo hacen otros artículos que castigan delitos contra la propiedad (Así, Arts. 208, 209, 210, 212, 213 y 223 Cód. Pen.) que la cosa, sobre la que recaiga la acción, deba ser ajena. Pensamos que no es posible hurto de uso de cosa propia. Y ello por las siguientes razones: a) por la relación entre hurto simple y hurto de uso. No siendo posible el hurto de cosa propia tampoco es posible hurto de uso de cosa propia. b) Porque la acción del propietario de desposeer a quien tiene la cosa legítimamente en su poder, es expresamente prevista y sancionada en el artículo 217 inc. 3 Cód. Pen. ("furtus possessionis"), que desplaza, por especialidad, al 211.

(17) Una corriente doctrinal afirma que el hurto de uso es posible con relación a inmuebles. Así, TUCHSCHMID, pág. 51; GANTENHAMMER, pág. 3. Tal sería el caso, afirman, de pernoctar, sin autorización del propietario, en un inmueble vacío o de sembrar, sin ánimo de apropiación, un campo ajeno. En nuestro derecho esos hechos no constituyen hurtos de uso.

(18) Así, CARL, pág. 38.

(19) Entre otros, NOETZEL, pág. 21; ten HOMPEL, pág. 810; GANTENHAMMER, pág. 5; PFLEGHARDT, pág. 182; DE MARSICO, pág. 57; MANTOVANI, pág. 715 s.; ANTOLISEI, pág. 227.

(20) Así, DE MARSICO, pág. 57; MANTOVANI, pág. 715 s.; MAGGIORE, V, pág. 72; PISAPIA, pág. 405 s.

(21) Así, MAGGIORE, V, pág. 72. Esto es cierto en tanto que se use la cosa como bien consumible; las frutas ajenas pueden ser usadas, sin embargo, como objetos de decoración (Así, GANTENHAMMER, pág. 4, nota 5).

(22) "Tomar" o "apoderarse" de la cosa, términos usados por los artículos 211 y 208 respectivamente, son sinónimos (CUELLO CALON, T. II, pág. 722). Ambos describen la acción de romper el poder de hecho que alguien tiene legítimamente sobre la cosa y de traerla a la propia esfera de dominio (Así, GILKA, pág. 33; GARCON, T. II, pág. 574; NOETZEL, pág. 3).

(23) Entre otros, MAGGIORE, V, pág. 71, quien cita el caso de quien hace fecundar su yegua con el semental ajeno sin sacarlo del establo.

(24) Otra es la posición de FRANK (Vorb. Parág. 242, Anm. VI, 1) quien cree que la cosa ha sido sustraída al poseedor cuando el delincuente puede gozar de un pacífico, aunque transitorio, dominio sobre ella. Según él, si el anterior poseedor persigue inmediatamente al ladrón, no ha habido todavía desposesión. Esta tesis es falsa; la persecución significa que el anterior poseedor trata de volver a tomar el poder de hecho que tenía sobre la cosa, que el ladrón le arrebató. Es contra toda lógica suponer que el auto, conducido por el ladrón, pero perseguido por el propietario se encuentra en poder real de éste.

lado negativo ("Enteignung") (25). El aspecto positivo de la apropiación existe cuando el agente se comporta con la cosa como propietario o cuando incorpora el valor de ella a su patrimonio (26) y ello ocurre tanto en el hurto simple como en el hurto de uso. El aspecto negativo de la apropiación ("Enteignung") consiste, objetivamente, en la pérdida definitiva para el propietario de la cosa o de su valor y subjetivamente, en la intención del delincuente de producir esta pérdida (27). Una condenatoria por hurto es imposible si falta esta tendencia subjetiva (28).

9. Los límites del hurto de uso solamente pueden ser establecidos, en consecuencia, a partir de la determinación del concepto de desposesión definitiva, que es fundamentalmente una cuestión fáctica. Este problema se plantea especialmente cuando hay uso de la cosa, —el artículo 211 no requiere, para su consumación, que haya uso efectivo de la cosa—, porque si no hay uso de ésta la diferencia entre hurto simple y hurto de uso

únicamente es posible a partir del ánimo de desposesión definitiva del autor del hurto simple.

Económicamente se usa una cosa cuando se la utiliza conforme al fin cultural que le ha sido asignado; legalmente el concepto de uso es más amplio: existe cuando se usa la cosa para fines que ella permite alcanzar, aunque sean distintos del fin cultural que le fue atribuido (29), siempre que con el uso se llene cierta necesidad económica (30). En este sentido el uso de la cosa puede ser corporal o jurídico (31), pero tiene como presupuesto que el agente ejerza sobre la cosa un dominio total y efectivo; de lo contrario, no puede haber hurto de uso (32).

Son actos de desposesión definitiva (hurto simple y no hurto de uso), objetiva y subjetivamente, el uso de las cosas que se consumen con el uso (33) o que se transforman con éste a tal punto que, después de utilizadas, no pueden cumplir la función económica que originalmente tenían (34). Es también apropiación el uso continuado de una misma cosa, en tanto que expropia definitivamente

(25) Así, BINDING, pág. 257; NOETZEL, pág. 5; GILKA, pág. 55.

(26) El concepto de apropiación (hurto simple) es definido de manera distinta por tres teorías. Conforme a la teoría de la sustancia ("Substanzlehre") apropiarse significa "hacerse por sí mismo propietario de la cosa". No se trata, desde luego, que el ladrón pueda llegar a serlo jurídicamente, pues carece de título para poder ser propietario. Se trata de una situación de hecho: quien toma la cosa puede ejercer sobre ella una posición excluyente de dominio y comportarse, entonces, como propietario. Son partidarios de esta teoría BINDING, pág. 267; WACHENFELD, pág. 374; von LISZT, pág. 247. La teoría del valor de la cosa ("Sachwertlehre") ve en la apropiación el acto de tomar para sí el valor económico de la cosa. El delincuente se apodera de la cosa en tanto que representa un valor económico, —valor de uso, valor de cambio, valor monetario—, y para satisfacer necesidades económicas. Son partidarios de esta teoría FRANK, Parág. 242, Anm. VII, 2 a; MEZGER, Parág. 44, Anm. II, 3; OLSHAUSEN, Parág. 242, Anm. 25 a; SAUER, G.A. 63, pág. 288. Por último, la teoría unificada, producto de la combinación de las dos anteriores, define la apropiación como comportarse con la cosa como propietario o como incorporar el valor de ella al patrimonio. Esta es la teoría hoy dominante. Es seguida, entre otros, por DREHER, Parág. 242, Anm. 3 A; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Parág. 242, Anm. 46 y 47.

(27) Entre otros, NOETZEL, pág. 27.

(28) Entre otros, GERLAND, pág. 573; ELSTER, pág. 443 s.; FRANK, Parág. 242, Anm. VII, 2 a; OLSHAUSEN, Vorb. 53; DREHER, Vorb. Parág. 242, Anm. 3 A; GILKA, pág. 74.

(29) Así, WINSCHIED, citado por GANTENHAMMER, pág. 3. Por ejemplo, un caballo de carreras puede usarse como animal de tiro o de carga.

(30) Es necesario que el uso del objeto llene cierta necesidad económica para el agente. Es impune el hecho de sacar el caballo del establo únicamente para admirarlo.

(31) Así, GANTENHAMMER, pág. 3. Comete hurto de uso quien toma la cosa y la alquila o la empeña, si tenía la intención de restituirla, después de cumplir con el prestamista o arrendatario.

(32) A falta de tal dominio total y efectivo sobre la cosa no comete hurto de uso quien viaja en un tren sin pagar el boleto, a pesar de que, en cierto sentido, está usando la cosa. Así, GANTENHAMMER, pág. 8.

(33) Véase bibliografía citada en nota 19. Sobre la apropiación del valor económico de la cosa, SCHÖNKE-SCHRÖDER, nas o tomar una batería, usarla y devolverla descargada.

(34) Así, NOETZEL, pág. 8; OLSHAUSEN, Vorb. Parág. 242, Anm. 25 a. Así, si el mecánico automotriz toma el traje ajeno para usarlo momentáneamente en el trabajo y lo devuelve lleno de manchas de aceite, comete un hurto simple y no un hurto de uso. Para juzgar cuándo esta desvalorización sufrida por la cosa da lugar a un hurto simple y no a un hurto de uso, hay que atenderse al modo normal de ser de la vida económica y ver si el uso quitó a la cosa la anterior función económica que tenía. Así, por ejemplo, hay hurto simple si alguien toma el auto nuevo del lugar en que lo exhibe el comerciante de autos de fábrica, lo usa y lo devuelve, porque en tal hipótesis el comerciante solamente puede vender la cosa a precio menor, como auto usado (Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. Parág. 242, Anm. 51). Si después del uso la cosa conserva aun su primogenia función económica, aunque a los ojos del propietario se haya desvalorizado, hay hurto de uso. Otra es la opinión de GLEISPACH (1. Teil, pág. 49), quien cree que hay hurto simple si la sirvienta usa el traje de la señora y ésta, por vergüenza, no vuelve a usarlo!

al propietario (35). Si el delincuente tenía al tomar la cosa la intención de no devolverla, de retenerla por un periodo de tiempo más o menos largo (uso no momentáneo) o de devolverla, pero depreciada esencialmente, hay hurto simple y no hurto de uso. Quien realiza tales actos tiene la intención de privar, definitivamente, de la cosa o de su valor al propietario.

Quien, después de utilizar la cosa, la abandona, dispone de ella como propietario y realiza un acto de desposesión definitiva contra el propietario porque, quedando la cosa a merced de terceros, es cuestión de la casualidad que el propietario recobre nuevamente la posesión de la cosa (36). Este autor es responsable, por tanto, de hurto simple y no de hurto de uso, si la intención de abandonar la cosa existía desde el inicio de la acción; si el agente quería originalmente restituir pero después decide abandonar, es autor de una apropiación indebida que, por consunción, desplaza al hurto de uso (37).

10. De conformidad con el artículo 211 la toma debe hacerse con el único fin de hacer uso momentáneo de la cosa y de restituirla. Por tanto, si el delincuente quiere hacer un uso prolongado, —no momentáneo—, aunque tenga intención de restituir, es culpable de hurto simple y no de hurto de uso. La desposesión al propietario tiene que ser querida por el delincuente como momentánea; de lo contrario existe ánimo de expropiación definitiva (38).

Para determinar cuándo hay uso momentáneo

de la cosa debemos partir de un criterio objetivo y de un criterio subjetivo. La desposesión debe ser querida como momentánea y la desposesión querida como momentánea debe ser objetivamente momentánea. No es objetivamente momentánea la desposesión que, vista desde el ángulo de la vida económica normal, causa un perjuicio económico patrimonial considerable al propietario o poseedor de la cosa. Así, entonces, la momentaneidad o la permanencia de la desposesión, varía de situación a situación. Privar de su auto al taxista que está trabajando por una hora es una desposesión definitiva, constitutiva de hurto simple, dada la pérdida económica que experimenta. Privar a quien tiene dos autos de uno de ellos por todo un día puede ser una desposesión momentánea (39).

En tanto que el hurto de uso requiere que no haya una desposesión definitiva para el propietario o poseedor de la cosa, el agente debe tener, desde el inicio de la acción, la intención de restituir el objeto sin daño alguno. Si esta intención existe y el agente no pudo devolver la cosa por fuerza mayor o por caso fortuito, —ser detenido por la policía antes de poder devolver, falta de carburante, acciones delictuosas de terceros, etc.—, o por propia culpa del agente, —accidente de la circulación—, existirá hurto de uso, aunque falte la restitución de la cosa sin daño alguno (40). No existirá, por el contrario, hurto de uso si el agente no quería, desde el inicio de la acción, restituir, si

(35) Así, GLEISPACH, pág. 49, NOETZEL, pág. 10; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. Parág. 242, Anm. 53. Delito continuado de hurto de uso no puede existir. El agente debe perseguir, en cada uno de los hechos en concurso, una misma finalidad. Esta, que sería usar la cosa cuando sea menester, excluiría el hurto de uso porque el agente tendría la intención de expropiar de la cosa definitivamente al propietario.

(36) Entre otros, MAURACH, Parág. 31, Anm. II, B 2; MEZER, Parág. 45, Anm. V 1 a; OLSHAUSEN, Vorb. Parág. 242, Anm. 26 a; ELSTER, pág. 446; RILK, Anm. 4 Sen. v. 20 Aug. 4 D 764/35, en JW 1935, pág. 3388; SEIBERT, DAR, 1955; GILKA, pág. 35; SCHAFFSTEIN, GA 1964, pág. 99; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. Parág. 242, Anm. 55; DREHER, Vorb. Parág. 242, Anm. 4 B a).

(37) Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. Parág. 242, Anm. 55. El ánimo de desposeer definitivamente existe en quien, habiendo previsto ese resultado, no lo quiere, pero lo acepta, si se produce. Hay hurto si el abandono de la cosa no fue querido, pero aceptado si se producía.

(38) El concepto de "momentaneidad" del uso es, como todo criterio de tiempo, indeterminado. Saber cuánto debe durar la desposesión para que el asunto pase de hurto de uso a hurto simple, es imposible, en general y en concreto, porque el cómputo del tiempo varía según la actividad emprendida y según el observador encargado de formular el juicio sobre la extensión de la duración. En la doctrina italiana, que comenta disposiciones similares a nuestros artículos 208 y 211, los autores se contentan que uso momentáneo es aquel que no es de "lunga durata" (Así, por ejemplo, MANTOVANI, pág. 716; MAGGIORE, V, pág. 71), lo cual es no decir nada. Otros creen (BRUTI-LIBERATI, pág. 412; MANZINI, IX, pág. 339) que el carácter momentáneo o no del uso debe determinarse de conformidad con la naturaleza de la cosa usada, criterio que tampoco dice nada, porque si la naturaleza del automóvil es ser usado de medio de transporte, tan momentáneo puede ser su uso para ir de San Pedro a La Sabana, como para ir de San Pedro a Liberia. Manzini introduce además el criterio de la intención del culpable a determinar la "momentaneidad", lo cual es inaceptable, porque ésta, de carácter objetivo, va a depender de factores subjetivos del delincuente.

(39) El artículo 519 bis del Código Penal español resuelve el problema del tiempo de la desposesión del tajo. Si el agente no abandona o restituye la cosa en 24 horas es culpable de hurto o robo simples (Así, SERRANO GOMEZ, pág. 80).

(40) Otra es la opinión de la doctrina italiana, que ve en el caso de ausencia de restitución (cualquiera que sea la causa), un "versari in re illicita", que transforma el hecho en hurto simple (Así, BRUTI-LIBERATI, pág. 419; MAGGIORE, V, pág. 72). En nuestra opinión esa tesis es equivocada porque, aparte de ir contra el principio de culpabilidad, afirma implícitamente que puede haber hurto simple cuando falta el ánimo de apropiación.

queriendo restituir desde el inicio, cambió de idea en el curso de realización de la acción y prefirió abandonar la cosa o dejársela (apropiación indebida) o si la cosa fue objeto de daños intencionales, que revelan en el autor la doble intención de comportarse como propietario y de desposesionar definitivamente de la cosa o de su valor al propietario. Tales daños intencionales deben diferenciarse del gasto natural y lógico que la cosa sufre por el uso (41). Hay hurto simple y no hurto de uso, conforme al principio anterior, cuando el agente ejerce fuerza en la cosa, —y ella produce un daño—, para apoderarse de ella y poder usarla. Por ejemplo, romper la cerradura o el vidrio del automóvil.

4. Consumación y tentativa.

11. El hurto de uso se consuma cuando el agente se apodera de la cosa con el fin de hacer uso momentáneo de ella y de restituirla (42). El uso de la cosa no es necesario para la consumación del tipo del 211; si lo hay, es un acto posterior impune, contenido en el fin del delincuente al tomar la cosa (43). El hurto de uso consiste en un apoderamiento de una cosa mueble ajena, sin el consentimiento del propietario, con el fin de usarla momentáneamente y de restituirla sin daño alguno; no es, por tanto, uso indebido de una cosa mediante apoderamiento, porque el delito existe únicamente con éste, aunque el delincuente no logre la finalidad propuesta (44).

12. La restitución de la cosa no es acción punible; tampoco es, como afirma la doctrina italiana, elemento esencial para la configuración del

tipo de hurto de uso. Es simplemente la confirmación, por acto posterior, de que el agente no tenía la intención de expropiar de la cosa al propietario definitivamente. Por ello el abandono de la cosa o los daños intencionales impiden que los hechos, que caen en otros tipos penales (45), puedan calificarse como hurto de uso.

De lo anterior se sigue que la tentativa de hurto de uso se da cuando hay actos que impliquen un comienzo de ejecución de la acción típica (apoderamiento) (46).

II. EL TIPO SUBJETIVO DEL HURTO DE USO.

13. El tipo subjetivo del hurto de uso contiene dos elementos: el dolo y un elemento subjetivo del injusto.

Al dolo pertenece la consciencia de que la cosa está bajo propiedad o posesión ajenas y de que se la toma sin el consentimiento del derechohabiente y, en todo caso, sin derecho. La suposición equivocada de que la cosa es propia, de que no tiene dueño, de que está abandonada o de que el derechohabiente permite tomarla para usarla, excluye el dolo. Con relación a la inexistencia del consentimiento del derechohabiente basta el dolo eventual.

El elemento subjetivo del injusto, distinto del dolo, es el "único fin de hacer uso momentáneo" de la cosa, el cual contiene, por necesidad lógica, la intención de restituir (47). La indicada expresión sirve al legislador para manifestar, de manera positiva, que tiene que faltar en el agente la intención

(41) Por ejemplo, desgaste de llantas o de motor, consumo de gasolina o aceite (Así, PISAPIA, pág. 405).

(42) Así, MANZINI, IX, pág. 346; ANTOLISEI, pág. 228, que comentan normas similares.

(43) Hay, por consiguiente, una enorme similitud entre el momento consumativo del hurto simple y del hurto de uso. El ladrón se apodera de la cosa ajena para apropiarse; por tanto, ese ánimo apropiativo es distinto del dolo del hurto (Así, FRANK, Vorb. Parág. 242, Anm. VII 2 c; OLSHAUSEN, Vorb. Parág. 242, Anm. 24 b; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. Parág. 242, Anm. 42, 43, 44). El hurto simple existe cuando el agente se apodera de la cosa ajena, aunque no alcance la finalidad propuesta. El elemento subjetivo del hurto está compuesto por dos elementos: el dolo, —es decir, la consciencia de que la cosa está en propiedad y en posesión ajenas y de que se la toma sin derecho—, y el ánimo de apropiación, que existe aun en el caso de que el agente no se represente la apropiación como segura, en la medida en que la acepte si se produce.

(44) Así, ANTOLISEI, pág. 228; MANZINI, IX, pág. 340; MAGGIORE, V, pág. 72, entre otros. Algunos autores llegan a afirmar (Así, MANTOVANI, pág. 716; BRUTI-LIBERATI, págs. 418, 419) que es la restitución lo que fija el momento consumativo del hurto de uso.

(45) Nuestra jurisprudencia ha partido siempre de este punto de vista para interpretar el significado de la ausencia de restitución no dolosa, —es decir, debida a caso fortuito, fuerza mayor—, o culposa de la cosa o de la entrega de la cosa con daños no dolosamente causados. Así, Cas. 2:30 p.m. de 21 de agosto de 1896 (Col. pág. 341), Cas. 2 p.m. de 11 de octubre de 1900 (Col. págs. 546 s.); Cas. 2 p.m. de 11 de junio de 1902 (Col. págs. 372 s.); Cas. 2:30 p.m. de 4 de julio de 1903 (Col. pág. 470); Cas. 2:25 p.m. de 20 de abril de 1907 (I Sem., pág. 177). Esta jurisprudencia conserva hoy día total validez.

(46) Distinto es el caso de las legislaciones que castigan el uso indebido de una cosa mediante apoderamiento, en las que la consumación ocurre únicamente con el uso.

(47) Únicamente en cuanto a la idea de que el "fin único de usar la cosa" contiene necesariamente la intención de restituirla, MANZINI, IX, pág. 347; BRUTI-LIBERATI, págs. 416 s.

de desapoderar, definitivamente, al propietario o poseedor, de la cosa o de su valor.

III. LA ANTIJURIDICIDAD DE LA ACCION.

14. Actúa antijurídicamente quien toma cosa ajena para hacer uso momentáneo de ella y restituirla luego si no está amparado por una causa legal o supralegal de justificación.

La causa de justificación más frecuente en el hurto de uso es el estado de necesidad. Por ejemplo, tomar, sin consentimiento del propietario, el auto ajeno para llevar un herido al hospital o para escapar de un peligro grave para el cuerpo o la salud. El cumplimiento de la ley justifica la toma del vehículo por el policía de tránsito para llevarlo a la detención, a raíz de un accidente, de su estado de peligro para la circulación, etc. El consentimiento del derechohabiente, desde luego que justifica y puede ser tácito o expreso. El tácito existe, por ejemplo, cuando el propietario o poseedor de la cosa ve como el vecino ensilla el caballo, se monta en él y lo deja irse, a pesar de que estaba en posibilidad de impedirlo con sólo llamarlo o mediante el empleo de la fuerza (48).

El error del agente sobre la existencia del consentimiento del derechohabiente, excluye el dolo (art. 34, segundo párrafo, Cód. Pen.). Tal error puede nacer de que, dadas las circunstancias del hecho y las relaciones (de amistad, de parentesco) entre autor y derechohabiente, aquel pudo creer, válidamente, que el consentimiento de éste se sobrentendía.

IV. CONCURSO DEL HURTO DE USO CON OTROS DELITOS.

15. El hurto de uso es subsidiario con relación a aquellos delitos que protegen la propiedad (49). Esto ocurre con relación al hurto simple y con relación a la apropiación indebida y a las formas de participación en ellos (50).

Tratándose de hurto de uso de vehículos de motor, cuya utilización tenga por consecuencia el consumo de combustible, aceite o materias necesarias para el funcionamiento, el artículo 208 es desplazado, por subsidiariedad, por el 211; de lo contrario, el artículo 211 no podría aplicarse a hurto de uso de vehículos de motor, a pesar de que el tipo penal prevé expresamente la hipótesis (51).

Salvo el caso de que la fuerza en las cosas produzca daño en la cosa, no impide la existencia del hurto de uso el hecho de que el delincuente la haya usado para apoderarse del objeto con intención de usar y devolver. La violencia (o intimidación) en las personas tampoco impide el nacimiento del hurto de uso. Pero en tanto que son utilizadas como medios para el apoderamiento, el hurto de uso entra en concurso ideal con el delito de coacción (art. 193) o amenazas (arts. 194 ó 195), si no hay lesiones u homicidio, en cuyo caso estas entrarían en concurso ideal con el hurto de uso y el homicidio calificado (delito complejo) absorbe al hurto de uso.

V. PENALIDAD DEL HURTO DE USO.

16. El artículo 211 distingue, a efectos de pena, entre hurto de uso simple y hurto de uso de un vehículo automotor y entre el hurto de uso de un vehículo automotor simple y el hurto de uso de un vehículo automotor para cometer otro delito.

Por "vehículo automotor" se entiende aquel medio de locomoción, movido por fuerza maquina y provisto de un aparato, llamado motor, capaz de transformar la energía autogenerada o recibida por el aparato, en virtud de instalaciones especiales, en movimiento.

El concepto de "vehículo automotor" del artículo 211 es, por un lado, más restringido, que el utilizado por la Ley No. 6930 de 13 de setiembre de 1976 (Ley General de Tránsito) (52), en tanto que no cubre los medios de locomoción movidos por fuerza natural, animal o humana, pero por otro lado es más amplio, porque cubre aquellos vehículos automotores que no transitan por las vías

(48) Así, TUCHSCHMID, pág. 39.

(49) Así, RUDOLPHI und and., Vorb. Parág. 248 b, Anm. 17; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. Parág. 248 b, Anm. 13.

(50) Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. Parág. 248 b, Anm. 15; DREHER, Vorb. Parág. 248 b, Anm. 9; RUDOLPHI und and., Vorb. Parág. 248 b, Anm. 18.

(51) Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. Parág. 248 b, Anm. 15.

(52) Dice esta ley en su art. 3 inc. m: "Vehículo: cualquier medio de transporte o tracción usado para transitar por la vía pública".

públicas (por ejemplo, aviones, trenes, barcos). La definición de "vehículo automotor" de la Ley General de Tránsito está en función de los fines de esta ley, pero no de los del artículo 211.

La pena para el hurto de uso de aquello que no sea un vehículo automotor es de prisión de uno a cinco meses; la pena para el hurto de uso de un vehículo automotor es de prisión (no lo dice el legislador, pero se sobreentiende) de seis meses a tres años. La razón de la agravación en este último caso está en la circunstancia de que en la vida moderna el propietario tiene que dejar su auto librado a la confianza pública, en las calles y en el hecho de que la característica de la cosa (automotor) permite una acción delictuosa y una fuga rápidas.

El legislador agrava la pena cuando el vehículo, —automotor, aunque por "lapsus calami" no lo diga el legislador—, fuere utilizado para cometer otro delito. Curiosamente solamente se eleva el mínimo de la pena, con relación al hurto de uso de un vehículo automotor, pues en el caso de que se le utilice para cometer otro delito, la pena va de uno a tres años de prisión, *"sin perjuicio de la incriminación del hecho perpetrado"* (53).

VI. EL HURTO DE USO "DE LEGE FERENDA".

17. En páginas anteriores hemos demostrado que la diferencia esencial entre hurto simple y hurto de uso radica en el ánimo de apropiación del primero, —es su aspecto negativo de desapoderamiento definitivo al poseedor de la cosa—, que falta en el segundo. Las consideraciones "de lege ferenda", partiendo de este principio, deben ocurrir después de dar respuesta a estas tres preguntas:

¿Debe castigarse el hurto de uso?

Si el hurto de uso debe castigarse, ¿debe abarcar el uso de cualquier cosa ajena mueble, o solamente determinadas categorías?

Si el hurto de uso debe castigarse, ¿debe haber un artículo independiente del hurto, o por el contrario, basta crear una circunstancia atenuante o la posibilidad de atenuación de la pena, en aquellos casos en que el apoderamiento persiga el fin de usar y la firme intención de devolver?

18. En nuestra opinión el hurto de uso debe castigarse. Sería, para emplear una expresión de Elster, "un grave error ético y jurídico" dejar impunes aquellas usurpaciones de la posesión, realizadas únicamente con el fin de usar y de luego restituir. Que ello es así, lo demuestra la evolución antes relatada del derecho europeo, que de una posición originaria de impunidad del hurto de uso pasó a una punición independiente del hurto (Código italiano), a la punición de ciertos casos de hurto de uso (Código español, Código alemán y otros) o a una equiparación del hurto de uso al hurto simple (jurisprudencia y doctrina francesas).

19. Tanto razones de política criminal, como la diversidad de contenido injusto del hurto simple y del hurto de uso, aconsejan separar ambos tipos penales. Un procedimiento como el seguido por el legislador para la apropiación indebida de uso (art. 223 Cód. Pen.) no cumpliría con esta diversidad esencial entre hurto de uso y hurto simple.

Deben, pues, ser separados hurto simple y hurto de uso a nivel legislativo. Tal separación debe tener en cuenta la relación recíproca de subordinación entre ellos, en el sentido de que el hurto de uso es subsidiario del hurto simple, que lo desplaza, y que el hurto simple es subsidiario del hurto de uso con relación al consumo de sustancias como la gasolina o el aceite en hurto de uso de vehículos de motor.

20. Tanto la evolución del derecho extranjero como la del nacional demuestran que no todos los objetos ajenos merecen igual protección contra el apoderamiento para uso indebido. Los mencionados ordenamientos europeos, partiendo de la impunidad del hurto de uso, crearon disposiciones especiales para castigarlo cuando se tratare de ciertos objetos, como vehículos de motor. Nuestro derecho, partiendo de la punibilidad del hurto de uso y conservándola, en el Código del 70 se esfuerza por dar mayor protección a través de la agravación de las penas a los vehículos automotores.

A nosotros nos parece que la tendencia que debe profundizarse es la ya existente en el Código Penal del 70: punibilidad general del hurto de uso, y agravación cuando se trate de un vehículo auto-

(53) Este hecho perpetrado la mayoría de las veces entra en concurso real con el hurto de uso. Por ejemplo, hurtar (para usar) un vehículo para cometer un robo, que se realiza. Pero puede ocurrir que haya concurso ideal. Tal sería el concurso ideal entre hurto de uso y el delito de tráfico (transporte) de drogas.

motor. Igual derecho a protección contra usos indebidos tiene el propietario de un carretón, con el que se gana la vida, que el burguesito a quien le toman momentáneamente su automóvil.

21. Con base en las anteriores observaciones, proponemos modificar el artículo 211 Cód. Pen. de la siguiente manera:

"Será reprimido con prisión de 1 mes a seis meses o multa de 15 a 90 días el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble ajena, con el fin único de usarla momentáneamente y de restituirla sin daño alguno.

Si lo hurtado con tales fines fuere un vehículo automotor, la pena será de un mes a tres años de prisión.

Lo dispuesto en este artículo solamente es aplicable si este hecho no es más severamente penado por otra disposición del presente Código".

Las principales innovaciones que proponemos en el texto anterior son las siguientes:

a) Pena alternativa de multa, para aquellos casos de poca gravedad. El hurto de uso de un vehículo automotor es castigado con penas parecidas a las de hurto simple. La pena es, considerada en concreto, mucho menor que la del hurto (con ánimo de apropiación) de un automotor, en tanto que no es afectado el hecho por circunstancias que agravan el hurto, según el 209 Cód. Pen.

La circunstancia agravante de tomar un automotor para realizar otro delito, —que se da pocas veces en la realidad, porque los delincuentes que tal hacen casi nunca tienen intención de restituir—,

la suprimimos, por considerar que se llega a mejores resultados aplicando las reglas del concurso de delitos.

b) Hay cambios en la redacción del artículo, cuyo fin es precisarlo. Así, se cambia "tomar" por "apoderarse", por armonía con el 208 Cód. Pen.; se agrega la expresión "ilegítimamente" para indicar que sólo es punible el apoderamiento no justificado; se precisa la condición de la cosa con las expresiones "mueble" y "ajena".

Importante es que el nuevo artículo contiene dos "fines", el de usar momentáneamente la cosa y el de restituir luego, los cuales bastan para indicar la ausencia de ánimo de apropiación (falta de intención de expropiar de la cosa o de su valor al propietario o poseedor), que diferencia al hurto de uso con relación al hurto simple. El fin de restituir (y no el hecho de la restitución), está contenido en el fin de usar momentáneamente la cosa.

c) Por último, el último párrafo establece una cláusula expresa de subsidiariedad del hurto de uso, con relación a cualquier otra disposición que castigue los mismos hechos. Ello quiere decir, por ejemplo, que el hurto de uso solamente puede tomarse en cuenta cuando se ha visto que los hechos no constituyen hurto o apropiación indebida. La finalidad de esta cláusula de subsidiariedad es, de un lado, describir la exacta naturaleza del hurto de uso, y de otro, evitar que sea únicamente la intención de usar y de restituir el factor que sirva, en virtud de principio de especialidad, para desplazar a otros tipos penales y, principalmente, al hurto y a la apropiación indebida.

BIBLIOGRAFIA

ABBEG, "Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft", Neustadt a. d. Orla, 1836.

ANTOLISEI, "Manuale di Diritto Penale", Parte Speciale, Milano, 1963.

BASTERO ARCHANCO, "Hurto de Uso", Madrid, 1961.

BINDING, "Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts", Leipzig, 1902 (2. Aufl.), Bd. 2.

BRASIELLO, "Furto (Diritto Intermedio)", en Novissimo Digesto Italiano, Tomo VII, Torino, 1968.

BRUTI-LIBERATI, "Furti Minori" "b) Furto d'uso", en Enciclopedia del Diritto. Tomo XVIII, Milano, 1969.

CARL, "Das furtum usus", Diss. Erlangen, 1891.

CARRARA, "Programa de Derecho Criminal", Parte Especial, Vol. IV, 2a. Ed., Bogotá, 1966.

CUELLO CALON, "Derecho Penal", Tomo II, Parte Especial, Barcelona, 1961.

DE MARSICO, "Delitti contro il patrimonio", Napoli 1951 (Ristampa).

DREHER, "Strafgesetzbuch und Nebengesetze", 35. Aufl., München, 1975.

ELSTER, "Gebrauchsdiebstahl von Geistesgut", en ZStW Bd. 53 (1934).

FERNANDEZ ALBOR, "Robo y hurto de uso de vehículos de motor", en Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho (Home-

- naje al Profesor Luis Jiménez de Asúa), Buenos Aires, 1970.
- FRANK, "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich", Berlín und Leipzig, 1931.
- GATENHAMMER, "Die Strafwürdigkeit der Gebrauchsanmassung (furtum usus)", Diss. Univ. zu Erlangen, 1934.
- GARCON, "Code Pénal Annoté", Tome IIè., Paris, 1956.
- GERLAND, "Deutsches Reichsstrafrechts", Berlin und Leipzig, 2. Aufl. 1932.
- GILKA, "Die Abgrenzung zwischen Diebstahl und Gebrauchsentwendung von Kraftfahrzeugen", Diss. Univ. Köln, 1959.
- GLEISPACH, Graf, "Die Veruntreuung an vertretbaren Sachen" 1. Teil, Berlin, 1905.
- MAGGIORE, "Derecho Penal" Parte Especial, Volumen V, Bogotá, 1972.
- MANTOVANI, "Furto (Diritto Penale Comune)", en Novissimo Digesto Italiano, Tomo VII, Torino, 1968.
- MANZINI, "Trattato del furto e delle varie sue specie", Vol. IV (Ristampa stereotipa della seconda edizione), Roma, Torino, Napoli, 1923 (Citado, MANZINI, "Trattato del furto. . .").
- MANZINI, "Trattato di Diritto Penale Italiano", Torino, 1963, Volumen IX (citado, MANZINI, IX).
- MAURACH, "Deutsches Strafrecht", B. T., 2. Aufl., Karlsruhe, 1956.
- MEZGER, "Strafrecht", II, B.T., 3. Aufl., München und Berlin, 1952.
- NOETZEL, "Der Gebrauchsdiebstahl an Körperlichen Gegenständen im geltenden und zukünftigen Recht", Diss., Univ. Köln, 1935.
- OLSHAUSEN, "Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich", 12. Aufl., Berlin, 1942.
- PFLEGEHARDT, "Die Elektrizität als Rechtsobjekt", Strassburg, 1901.
- PISAPIA, "Istituzioni di Diritto Penale", Padova, 1970.
- PLUGLIA, "Dei Delitti contro la proprietà" (Libro II, Título X del Codice Penale) en Enciclopedia del Diritto Penale Italiano, Volume X, Milano, 1908.
- RILK, Anm. zum Urteil 4 Sen. v. 20 Aug. 4 D 764/35, en JW 1935, pág. 3388.
- RODRIGUEZ DEVESA, "Hurto de Uso", en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Barcelona, 1962, Tomo XI.
- ROTERING, en Gerichtssaal, Bd. 36 (1884) págs. 520 ss.
- RUDOLPHI-HORN-SAMSON-SCHREIBER, "Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch", Bd. 2, Besonder Teil, Frankfurt am Main, 1978. (Citado, Rudolphi und and.)
- SAUER, "Der Zueignungsbegriff", en G.A. 63.
- SEIBERT, "Zur Frage des unbefugten Gebrauchs von Fahrzeugen", en D.A.R., 1955.
- SCHAFFSTEIN, "Zur Abgrenzung von Diebstahl und Gebrauchsanmassung insbesondere beim Kraftfahrzeugsdiebstahl", en G.A. 1964.
- SERRANO GOMEZ, "Sustracción de vehículos en España", Madrid, 1970.
- SCHÖNKE-SCHRÖDER, "Strafgesetzbuch", "Kommentar", 18. Aufl., München, 1976.
- Von LISZT, "Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", 25. Aufl., Berlin und Leipzig, 1927.
- VOUIN, "Droit Pénal Spécial", Tome I, 4è édition (Michèle Laure Rassat), Paris, 1976.
- TEN HOMPEL, "Das furtum usus de lege ferenda", en ZStW 19 (1899).
- TUCHSCHMID, "Furtum usus" "Gebrauchsanmassung", Diss. Univ. Bern, 1938.
- WACHENFELD, "Lehrbuch des deutschen Strafrechts", München 1914.
- WESSELS, "Zueignung, Gebrauchsanmassung und Sachentziehung", en NJW 1965.



LA INSTITUCIONALIZACION DEL PROCESO AGRARIO EN AMERICA LATINA (*)

*Dr. Ricardo Zeledón. Profesor de Derecho
Agrario de la Universidad de Costa Rica.*

SUMARIO

1. Premisa.	30
2. La evolución del sistema procesal agrario latinoamericano. Reseña del desarrollo institucional y conceptual del movimiento de la jurisdicción agraria.	31
3. Los órganos agrarios:	32
A) Función,	32
B) Competencia,	35
C) Composición,	36
D) El Juez agrario: hombre de su tiempo, carácter de funcionario social y elemento de cambio.	36
4. Los procedimientos:	37
A) El contencioso agrario,	37
B) Los procedimientos especiales.	39
5. Los principios procesales que informan el sistema:	40
A) El binomio escritura-oralidad,	40
B) El principio inquisitivo,	42
C) La justicia y defensa técnica gratuita.	43
6. La creación de la jurisdicción agraria. La técnica legislativa para la creación del instrumento procesal. Los diferentes tipos de jurisdicción conforme a los diversos tipos de órganos.	45
7. Los aportes jurídico-dogmáticos del proceso agrario latinoamericano al Derecho procesal agrario.	45

(*) *Relación presentada al OCTAVO CONGRESO MEXICANO DE DERECHO PROCESAL (Xalapa, 12-16 de noviembre de 1979) cuyo tema fue el Derecho procesal agrario.*

1. La existencia del sistema procesal agrario en Latinoamérica, ubicado histórica e institucionalmente, permite el intento dogmático de una reconstrucción del Derecho procesal agrario al denotar los elementos característicos de su nuevo proceso en formación.

Para estructurar este proceso agrario han de tomarse en cuenta, sobre todo, la presencia de lineamientos claros y precisos en cuanto a la concepción de los órganos, la competencia, el procedimiento, y naturalmente en cuanto a los principios procesales que informan el sistema. Corresponde, pues, a esta altura de la investigación en que ya se han estudiado los tres principales modelos de la jurisdicción agraria, como institutos procesal-agrarios típicos, profundizar el análisis para corroborar las hipótesis enunciadas.

El presente ensayo —cuyo tratamiento profundo requeriría de una monografía para darle la verdadera importancia que merece— busca en forma sucinta desarrollar comparativamente toda una serie de perfiles comunes presentes en los ordenamientos jurídicos escogidos, con el objeto de asegurar la existencia de la autonomía y organicidad del proceso agrario con rasgos y características (diversas del común) susceptibles de un tratamiento científico por el Derecho procesal agrario, cuya existencia se va haciendo cada vez más patente.

2. En la formación institucional del proceso agrario en Latinoamérica se presencia una interesante evolución en cuanto a la forma de concebir los diversos modelos procesal-agrarios asumidos en los ordenamientos jurídicos, y, a la vez, producto de ese grado evolutivo existe un notable desarrollo

conceptual (1) cuyas particularidades denotan un movimiento de gran madurez institucional.

La jurisdicción especial agraria creada en México en 1915 (2) permitió el establecimiento de otra de la misma naturaleza en Argentina (3), pero en este caso concreto debe hacerse la salvedad que solo en la naturaleza del sistema procesal concebido se asemejan pues las Cámaras paritarias argentinas —a diferencia del caso de México— obedecen a una estructura distinta copia de las "*Commissioni circondariali*" italianas (4) y de las "*sezioni specializzate agrarie dei tribunali*" (5) pues su objetivo fundamental era la solución de conflictos entre colonos y aparceros con los propietarios, y tanto la constitución del Tribunal, la participación de jueces-laicos, y la competencia, obedecen al modelo italiano, no al mexicano. La declaratoria de inconstitucionalidad de las Cámaras paritarias (6) fijó un hito en América pues no hubo ningún intento similar posterior: ni incorporando una jurisdicción especial, ni siguiendo un modelo tendiente a solucionar los conflictos entre co-contratantes agrarios.

Los tribunales agrarios de Chile (7) constituyen un estadio diverso en cuanto se establece por primera vez la jurisdicción especializada agraria —incorporada, por tanto, dentro de la estructura del Poder Judicial— separándose completamente de los casos anteriores de México y Argentina; la única excepción es que permitió la presencia de jueces-laicos tanto en los Tribunales provinciales como en los Tribunales de apelación. El procedimiento establecido no aporta nada especial digno de mención porque se continúa prácticamente con el previamente fijado en la legislación anterior. La competencia de los Tribunales, por el contrario, es el elemento más interesante dado que se refiere

- (1) Para todo véase ZELEDON, R., Estado y evolución de la jurisdicción agraria en América Latina (desarrollo conceptual y perspectivas histórico-jurídicas) publicado en *Desarrollo rural en las Américas*, 1977, No. 3, p. 129-43, principalmente 138-40, publicado también en *Revista Judicial*, 1978, No. 9, p. 35-48.
- (2) Ley del 6 de enero de 1915. Véase también MENDIETA Y NUÑEZ, L., El problema agrario en México (Porrúa, 14a. ed., México, 1977) p. 229-38, y, CHAVEZ PADRON, M., El Derecho agrario en México (Porrúa, 4a. ed., México, 1977) p. 291-94, y el ensayo específico sobre el tema: ZELEDON, R., La jurisdicción especial agraria de México, publicado en *Revista Judicial*, 1979, No. 13, p. 127-41.
- (3) Se trata de la Ley No. 13246 del 10 de setiembre de 1948. Para todo véase PEREZ LLAMA, E.A., Derecho agrario (Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1953), I, p. 334-39; AYARRAGARAY, C.A., El destino de la oralidad en Argentina (a propósito de la Ley 13246) publicado en la *Revista La Ley* 1950; IBAÑEZ, M., Tribunales del Agro en el *Boletín del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral*, No. 3, 1951, y, TABORDA CARO, S., Derecho agrario (Plus Ultra, 4a. ed., Buenos Aires, 1977) p. 284-91.
- (4) Ley No. 311 del 19 de octubre de 1944, No. 157 de 5 de abril de 1945, No. 639 del 10 de agosto de 1945, No. 273 del 1 de abril de 1947 y No. 277 del 1 de abril de 1947.
- (5) Ley No. 1094 del 4 de agosto de 1948 modificada por la No. 392 del 3 de junio de 1950.
- (6) La inconstitucionalidad de las leyes institutivas de las Cámaras paritarias fueron declaradas en 1960. Véase TABORDA CARO, S., Derecho agrario, *supra* nota 3, p. 286-87.
- (7) Ley sobre Tribunales Agrarios No. 2 del 3 de octubre de 1967.

principalmente a todas las acciones derivadas de las expropiaciones de interés agrario realizadas o que se realicen conforme a la Ley de Reforma Agraria (8). Dentro de la misma tónica marcada por el caso chileno aparecieron los tribunales agrarios de Ecuador (9) en los cuales se eliminó el instituto del Juez-laico del sistema procesal agrario americano, con el aporte interesante de haber ampliado la competencia a todas las acciones derivadas de la reforma agraria, cuyo conocimiento estaba confiado a una verdadera jurisdicción especializada. Aún cuando estos dos casos aportaron mucho en el plano evolutivo y conceptual al movimiento de la jurisdicción agraria, porque perfilaron un proceso mejor delineado, hoy día constituyen solo una referencia histórica pues están derogados.

Con el Fuero privativo del Perú se llega al caso más importante concebido hasta ahora en el continente pues alcanza el mayor desarrollo institucional del proceso agrario con la presencia de una serie de principios fundamentales concebidos magistralmente para hacer efectivo el cumplimiento de la justicia social en el campo (10), estableciendo un proceso nuevo para todo el Derecho agrario, con un acabado técnico y dogmático de una refinada precisión, en virtud del cual históricamente, se ha de dividir el grado evolutivo del sistema procesal agrario del continente en dos períodos: pre y

post-Perú (11). Pero en cuanto a importancia y originalidad de concepción se refiere, en el nuevo período se encuentra también la jurisdicción especializada en Venezuela (12) que siguiendo en buena parte las directrices marcadas en Perú incorpora para el proceso agrario el procedimiento pautado para la jurisdicción del trabajo (13) recibiendo de ésta todo lo mejor, pues adapta a través de una buena técnica legislativa las normas generales indispensables para hacer el procedimiento del trabajo funcional para la materia jurídica agraria.

La experiencia de los últimos cincuenta años con diferentes modelos procesal agrarios refleja una indiscutible evolución institucional, pues, aparte de encontrarse una buena dosis de originalidad como reflejo de diversas necesidades en el plano de la definición política, se han ido desechando una serie de hipótesis (vgr. la jurisdicción especial (14), el Juez laico (15), una competencia reducida, etc.) para forjar un verdadero modelo latinoamericano (16) dotado de características propias.

A la evolución operada durante todo el período de formación del sistema agrario en forma indisoluble corresponde a su vez un alto desarrollo en el plano conceptual e institucional. Este desarrollo, para efectos de corroborar las hipótesis planteadas y cumplir con el objetivo fundamental de esta in-

(8) Cfr. art. 41 de la Ley No. 2 del 3 octubre de 1967.

(9) Ley de Reforma Agraria y Colonización No. 1480 del 11 de julio de 1964.

(10) Art. 1 de la Ley de Reforma Agraria No. 17716 del 24 de junio de 1969.

(11) En este sentido ZELEDON, R., Elementos de calificación del Fuero privativo agrario del Perú dentro del nuevo período histórico-jurídico, y su influencia en América Latina, publicado en *Revista de Derecho Agrario*, 1978, p. 183-229, especialmente p. 216, ZELEDON, R., La jurisdicción especializada agraria en Perú, publicado en *Revista Judicial*, 1979, No. 14, p. 65-77, FIGALLO, G., Reforma agraria y administración de justicia (FAO, Roma, 1978), también ZELEDON, R., Estado y evolución de la jurisdicción agraria en América Latina (desarrollo conceptual y perspectivas histórico-jurídicas), *supra* nota 1, p. 134.

(12) Ley orgánica de Tribunales y procedimientos agrarios del 14 de abril de 1976. Véase también ZELEDON, R., La jurisdicción agraria en Venezuela, publicado en *Revista de Derecho Agrario*, 1977, p. 612-35, y también ZELEDON, R., La nueva jurisdicción especializada agraria de Venezuela, publicado en *Revista Judicial*, 1979, No. 12, p. 139-49.

(13) ZELEDON, R., *Ibid*, p. 619-22, 626-27.

(14) Hay que tomar en consideración que la jurisdicción especial es un fenómeno siempre presente "en los años de crisis" (ARAGONES, P., *Proceso y Derecho procesal*, Aguilar, Madrid, 1960, p. 241) pues "la tendencia a la creación de jurisdicciones especiales, para determinadas materias, encargadas de decidir determinadas relaciones en base, como afirma CALAMANDREI, a la necesidad de canalizar el derecho nuevo que se presenta en la crisis revolucionaria, en las que tales jurisdicciones van solidificando tal derecho según sale de las vísceras de la sociedad" (ARAGONES, P., *Ibid*, p. 241-42). Es por esto que la jurisdicción agraria "debe quedar en forma exclusiva en el ámbito del Poder Judicial" (MARIN, R., *El procedimiento y la jurisdicción agraria*, Universidad de Costa Rica, San José, 1974, p. 7) pues "indudablemente (...) la sentencia final deberá pronunciarla siempre un tribunal judicial de máximo rango por sus condiciones de independencia, imparcialidad y preparación tanto científicas como jurídicas" (AGUNDEZ FERNANDEZ, A., *Jurisdicción de arrendamientos rústicos con especial consideración de los sistemas italiano y español*, publicado en la *Revista de Derecho Agrario*, 1975, p. 687-700, 689, como relación a las *Segundas jornadas italo-españolas de Derecho agrario*).

(15) En América mucho más que en Europa se ha puesto en evidencia cómo la complejidad técnica de la materia agraria no es suficiente para justificar la presencia de expertos en los Tribunales agrarios (véase *infra* No. 3, especialmente nota 48).

(16) Un magnífico ejemplo lo constituye los proyectos de ley confeccionados en Costa Rica, Honduras y Panamá inspirados en los principios y con los aportes marcados por los casos del Perú y Venezuela. Véase ZELEDON, R., Estado y evolución de la jurisdicción agraria en América Latina (desarrollo conceptual y perspectivas histórico-jurídicas) *supra* nota 1, p. 138, y ZELEDON, R., *Hacia la jurisdicción agraria en Costa Rica* publicado en *Revista de Derecho Agrario*, 1977, p. 790-808.

vestigación, se apreciará con mayor incidencia en cuanto a la naturaleza de los órganos agrarios, la dimensión de la competencia, los diversos tipos de procedimientos establecidos, los principios procesales adoptados para el sistema, e incluso la técnica legislativa utilizada para concebir el instrumento procesal.

3. Los órganos agrarios —partiendo de un criterio amplio (17) que abarque todos aquellos facultados para el ejercicio de la jurisdicción (18)— encuentran su capacidad general (19) en forma diferente en la jurisdicción especial mexicana por una parte y la especializada de Perú y Venezuela al otro extremo. Resulta evidente —sin ahondar mucho— que la diversa naturaleza de la jurisdicción concebida influye profundamente en la concepción institucional del órgano agrario y del entero sistema, pues el grado de control, la garantía de imparcialidad, e incluso la diferente preparación técnico-jurídica para la apreciación profunda de la materia objeto de competencia varía sustancialmente en uno y otro sistema. Independientemente de la forma en que los jueces agrarios especiales o especializados administren justicia —e incluso hagan realidad los ideales de justicia social confiados por el legislador (20)—, pues no es por el momento lo más importante, la diversidad de concepción sí influye profundamente sobre la función, competencia e incluso la composición misma de los órganos agrarios pues éstos son factores vinculados estrechamente a

una definición política que encuentra diverso grado de desarrollo conforme se hayan incorporado interna o externamente a una estructura como es el Poder Judicial, o bien a los principios generales informadores de ésta, porque en la dialéctica de las facultades y los límites de uno y otro caso se adquieren orientaciones particulares.

A) En cuanto a la función los órganos agrarios presentan —dada la naturaleza del proceso, y de la problemática general dentro de la cual están inbuidos— una serie de elementos referidos a los poderes del juez (21) como forma de hacer efectiva aquella característica tendencial del proceso agrario de atenuar el principio dispositivo.

La publicización del Derecho agrario (22) en efecto, ha dado como consecuencia inmediata la sustitución en la titularidad del impulso procesal de la esfera de las partes hacia otra con mayores garantías para hacer posible el contenido de ese Derecho, es decir, hacia la esfera de facultades del Juez (23) para constituir el fenómeno de la publicización del proceso (24). Este fenómeno, tanto para la jurisdicción especial como especializada, implica un cambio sustancial en el sistema y su proceso, pues, en virtud de las facultades concedidas y el impulso procesal de que es depositario el Juez, se opera un cambio profundo en la definición misma de la obtención de la verdad material (25). Las partes dejan de ser "dominae" (26) exclusivas; si bien tienen capacidad para fijar los

(17) Se parte de un criterio amplio de definición, pues se les da, para nuestros efectos, el calificativo de órganos agrarios a "todos los sujetos investidos también ocasionalmente de una función coordinada al desarrollo del proceso" (SATTA, *Diritto processuale civile*, Cedam, 8a. ed., Padova, 1973, p. 5).

(18) SATTA, S., *Ibid.*

(19) "El estar investido de jurisdicción, según las normas del ordenamiento jurídico constituye la capacidad general de los órganos jurisdiccionales" (CHIOVENDA, G., *Principi di Diritto processuale civile*, Jovene, 3a. ed., Napoli, 1923, p. 324).

(20) CALAMANDREI, P., *Istituzioni di Diritto processuale civile*, recopilado ahora en *Opere Giuridiche*, (al cuidado de Mauro Cappelletti) (Morano, Napoli, 1970) IV, p. 37.

(21) "En el desempeño de sus funciones, las autoridades encargadas de ejercer la jurisdicción en sentido estricto (jueces y magistrados) están investidas, por razón de ella, de ciertos poderes, que pueden comprenderse en cuatro grupos: a) Poderes de decisión... b) Poder de coerción... c) Poder de documentación... d) Poder de ejecución..." (DEVIS ECHANDIA, H., *Nociones generales de Derecho procesal civil*, Aguilar, Madrid, 1966, p. 74-75).

(22) Cfr. CARROZZA, A., y ROMAGNOLI, E., *L'orientamento attuale del Diritto agrario*, publicado en *Rivista di Diritto agrario*, 1974, p. 741-54, especialmente p. 753.

(23) Cfr. CALAMANDREI, P., *Istituzioni di Diritto processuale civile*, *supra* nota 20, IV, p. 192.

(24) "Los poderes de impulso, atribuidos al juez para garantizar una efectiva igualdad de las partes en el proceso dan lugar al fenómeno que se ha indicado como publicización del proceso" (GERMANO, A., *Il processo agrario*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 198).

(25) Para diferenciar entre *formelle Prozessleitung* y *materielle Prozessleitung* véase CAPELLETTI, M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità* (Giuffrè, Milano, 1962) I, p. 71-72.

(26) "Las partes privadas, aún siendo libres para disponer del objeto del proceso, no tienen la señoría de disponer a su gusto del modo como el proceso deba desarrollarse" (GERMANO, A., *Il processo agrario*, *supra* nota 24, p. 197) pues "La delimitación de los poderes procesales al Juez de frente a los de la parte se reflejan necesariamente en el terreno de la prueba" (SATTA, S., *Diritto processuale civile*, *supra* nota 17, p. 161) (véase también SENTIS MELENDO, S., *La prueba en el proceso en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, Nos. 2-3, p. 425-50).

límites de la discusión, se encuentran restringidas para determinar el elemento probatorio y sobre todo para paralizar el resultado de la litis en un momento determinado para producir una verdad formal en detrimento de la material pues esto riñe abiertamente con la publicización alcanzada por el derecho sustancial. Por otra parte, a mayores poderes de conducción concedidos al Juez mayor dinamicidad del proceso y un criterio diverso para establecer el punto de equilibrio entre el interés público y la autonomía privada (27).

Conviene subrayar la importancia de los poderes del Juez agrario en el nuevo proceso. Tanto en México, Perú y Venezuela el derecho sustancial agrario tiene un notable carácter de orden público, por eso el procedimiento debe configurarse de modo de dar importancia a la iniciativa del Juez (28); en efecto, tratándose de materias en rápida transformación (29) la actividad jurisdiccional no se reduce a un aspecto práctico sino que también toma relieves políticos (30) porque las normas conllevan situaciones subjetivas de poder y de deber (31) cuya apreciación no puede estar exenta de poderes jurisdiccionales y procesales (32). En México el órgano agrario tiene posibilidades frecuentes de ini-

ciar y mover el proceso de oficio (33), así como dirigir, suplir, complementar y actuar oficiosamente (34) porque no existe ni siquiera la posibilidad de las partes de desistir (35), dado que ha partido de un criterio —sobre todo en materia ejidal— de tutela decidida a los intereses sociales (36). El Fuero privativo agrario del Perú presenta características muy interesantes en este aspecto pues su ley constitutiva establece que "*las normas legales que tutelan los derechos de los campesinos serán aplicadas de oficio por los jueces de tierras y el Tribunal agrario*" (37) de modo que los poderes para la investigación de la verdad son bastante amplios, sobre todo porque la jurisprudencia ha establecido que "*el proceso agrario peruano contempla la posibilidad de la discusión y esclareciendo de todos los aspectos del objeto de litigio aunque no hayan sido alegados en la demanda o reconvención*" (38), es decir, aún en la jurisdicción especializada la tutela de los derechos de los sujetos de Derecho agrario y correlativamente los poderes del Juez pueden tener una dimensión igualmente amplia de la especial, al punto que, cuando las partes son campesinos, perfectamente pueden recaer fallos *ultra petita* y *extra petita* (39) lo que significa que el Juez es verda-

(27) "El punto de equilibrio entre los poderes de iniciativa del Juez y aquellos de las partes no se pueden fijar una vez para siempre en base a consideraciones de pura técnica procesal, pero debe necesariamente, en toda legislación positiva, estar indicado en función del punto de encuentro que se encuentra entre el interés público y la autonomía privada en el derecho sustancial del cual el proceso es instrumento" (CALAMANDREI, P., *Istituzioni di Diritto processuale civile*, *supra* nota 20, p. 193).

(28) Cfr. CALAMANDREI, P., *Istituzioni di Diritto processuale civile*, *ibid*, p. 195.

(29) CAPELLETTI, M., *Il problema processuale del Diritto agrario alla luce delle tendenze pianificatrice delle costituzione moderne*, publicado en *Atti della Seconda Assemblea dell'Istituto di Diritto agrario internazionale e comparato* (Giuffrè, Milano, 1964) II, p. 475-514, 488.

(30) CALAMANDREI, P., *Istituzioni di Diritto processuale civile*, *supra* nota 20, p. 37.

(31) ANSELMI BLAAS, V., *Il processo agrario speciale* (Giuffrè, Milano, 1967) p. 73-74.

(32) Los poderes del Juez son de dos tipos: a) jurisdiccionales, identificables con la función concedida al juzgador, es un poder fin, se da en los casos que la ley autoriza a constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas; y, b) procesales que son poderes medios por excelencia, instrumentos que la ley concede al Juez para el ejercicio de la función jurisdiccional; a su vez éstos se dividen en dos: b') referidos a la dirección y desarrollo del proceso y depende de la estructura del proceso mismo según sea escrito u oral y b'') más sustancial, de las relaciones entre el poder del Juez y el de las partes, es decir las relaciones entre jurisdicción y acción (SATTA, S., *Diritto processuale civile*, *supra* nota 17, p. 146-47). Para una mayor profundización véase FENECH, M., *Facultades procesales de dirección*, que es la ponencia presentada al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Hamburgo, 1962) publicado en el volumen conjunto FENECH, M. y CARRERAS, J., *Estudios de Derecho procesal* (Bosch, Barcelona, 1962) p. 241-51; y, CARRERAS, J., *Facultades materiales de dirección*, ponencia presentada al mismo congreso, *ibid*, p. 273-64.

(33) CHAVEZ PADRON, M., *El proceso social agrario y sus procedimientos* (Porrúa, 2a. ed., México, 1976) p. 33.

(34) CHAVEZ PADRON, M., *ibid*, p. 34.

(35) CHAVEZ PADRON, M., *ibid*.

(36) CHAVEZ PADRON, M., *ibid*.

(37) Art. 154 L.R.A.

(38) FIGALLO, G., *Memorias del Presidente del Tribunal agrario. Año Judicial, 1972-1973* (Corte Suprema de Justicia, Lima, 1973) p. 15.

(39) FIGALLO, G., *ibid*.

deramente director del proceso (40) pues no solo se encuentra facultado para ordenar de oficio la actuación de pruebas sino también rechazar todas las articulaciones que juzgue dilatorias o maliciosas para alargar el proceso o hacerlo marchar por rumbos alejados del esclarecimiento de la verdad (41); para evitar una prolongación de la tutela del Juez a sujetos agrarios en condiciones económicas, sociales, culturales o políticas que no son precisamente las del campesino medio, la jurisprudencia del Tribunal agrario ha limitado inteligentemente las facultades del Juez al establecer que "*la aplicación de oficio de las normas legales vigentes solo es procedente para el amparo de los derechos de los campesinos*" (42) y también que "*el Juez no actúa como abogado de las partes cuando éstas han contado con el patrocinio profesional correspondiente, y de consiguiente no pueden resolver un punto no demandado*" (43). En Venezuela, igualmente, el Juez se encuentra facultado para conducir el impulso procesal y en esta forma aligerar los trámites, actuaciones y pruebas (44) convirtiéndose en el director del proceso en busca de la verdad real, al punto que puede dar por concluida la fase probatoria en el momento que lo estime conveniente (45), sin embargo no puede sustituirse en la defensa de las partes como en el caso del Perú pues por una parte se ha concebido el instituto de la Procuraduría agraria que ejerce la defensa de quienes no gocen del patrocinio y además porque las facultades concedidas no llegan a ser tan amplias como en el caso de México y Perú, por otra parte, resulta

inconcebible sobrepasar los límites de discusión fijados por las partes y menos aún la posibilidad del Juez de sustraerse a la parte para promover una acción en defensa de sus derechos. Resulta explicable la existencia de estas amplísimas facultades —dentro del orden de premisas asentadas para el proceso agrario (divorciadas de criterios conservadores)— pues la efectividad de las normas agrarias no es obra del legislador, es tarea a cumplir por el Juez (46) cuya realización se opera únicamente en caso de una bien entendida administración de justicia; sobre todo cuando también se debe hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso atenuando las diferencias provenientes de la menor habilidad, capacidad económica o cultural, cuya realización solo puede lograrse cuando se le han dado suficientes facultades para intervenir activamente en el proceso advirtiendo a las partes de las irregularidades o lagunas de su defensa y a su vez buscar la prueba de los hechos alegados (47) para dar contenido a la justicia social.

Un problema distinto es la coexistencia de jueces laicos con jueces juristas en los órganos agrarios para el conocimiento y resolución de los asuntos propios de su competencia. La complejidad técnica de la materia agraria en el sistema procesal agrario latinoamericano, se ha visto, no es suficiente para justificar la presencia de expertos en los tribunales agrarios (48): por una parte la garantía de la independencia y la imparcialidad del órgano jurisdiccional constituye una gran limitación pues el Juez laico (49) más que una justificación técnica obede-

(40) ZELEDON, R., Elementos de calificación del Fuero Privativo agrario del Perú dentro del nuevo período histórico-jurídico, y su influencia en América Latina, *supra* nota 11, p. 213.

(41) FIGALLO, G., El fuero privativo agrario peruano, publicado en el volumen *Ciclo de conferencias sobre Derecho agrario* (Corte Suprema de Justicia, San José, 1993) p. 47-53, 51.

(42) Véase la máxima en ROBLES RECAVARREN, A., La administración de justicia en la nueva estructura agraria peruana (Ital Perú, Lima, 1977) p. 123-24.

(43) En ROBLES RECAVARREN, A., *Ibid.*, p. 122-23.

(44) Art. 6 L.J.A.

(45) *Ibid.*

(46) "Si es verdad que el suceso de las leyes depende de los hombres, el suceso, en particular, de las leyes procesales depende, sobre todo, de los jueces", en CAPPELLETTI, M., *Per una nuova giustizia del lavoro*, publicado en *Rivista Giurídica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1971, p. 283-304, ahora en *Giustizia e Società* (Edizioni di Comunità, 2a. ed., Milano, 1977) p. 305-31, 322.

(47) Cfr. en este sentido GERMANO, A., El derecho agrario y el proceso, relación presentada a las *Jornadas italo-españolas de Derecho agrario* publicadas en el volumen del mismo nombre (Universidades de Salamanca y Valladolid, Valladolid, 1976) p. 499-508, 506.

(48) En este sentido ANDRIOLI, V., *Aspetti processuali delle controversie agrarie*, en *Atti del terzo congresso di Diritto agrario* (Giuffrè, Milano, 1954) p. 344-59, especialmente 350-53; ANSELMINI BLAAS, V., *Il processo agrario speciale*, *supra* nota 31, p. 8 ss. y más recientemente LO MORO, M.F., *Controversie agrarie e nuovo rito del lavoro* publicado en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, p. 377-98, 384.

(49) Cfr. en este sentido GERMANO, A., *Il processo agrario*, *supra* nota 24, p. 143, aún cuando sostiene que "la conservación del carácter profesional del órgano juzgador exige la presencia de jueces de extracción diferente, es decir pertenecientes a cada una de las dos categorías interesadas en la litis". (*Ibid.*, p. 142).

ce a toda una serie de consideraciones políticas (50), y, por otra parte, la presencia de Jueces especiales diferencia el estado jurídico y las garantías de los juzgadores motivo por el cual correlativamente crece la incerteza sobre el Juez en cada caso que es competente (51). Actualmente solo en México se encuentra la presencia de jueces laicos (52) contra los cuales se ha pronunciado la más autorizada doctrina (53) (54) sin resultados dignos de mención para justificar su presencia para otros modelos en el continente.

B) La competencia (55) del órgano agrario constituye un elemento importante en cuanto determina el grado de amplitud y profundidad del sistema adoptado (56). Posiblemente es éste uno de los temas donde se ha manifestado la mayor evolución del sistema procesal agrario latinoamericano pues los diversos instrumentos aprobados en los últimos años han ido aportando una mayor configuración conceptual con influencia decidida para la definición del mismo Derecho agrario sustancial.

En México la competencia desde 1915 se ha referido a un conjunto de acciones provenientes de

la garantía concedida a los campesinos para el ejercicio de una serie de derechos obtenidos a través de la normativa de la reforma agraria. En Argentina se varió sustancialmente el criterio pues se hacía referencia solamente a las controversias habidas entre colonos y aparceros con los propietarios contratantes en virtud de las diferencias surgidas con ocasión de los contratos agrarios. En Chile se refería únicamente a las acciones relacionadas con las expropiaciones efectuadas en cumplimiento de la puesta en marcha de la reforma agraria. La definición más importante fue en primer lugar la del ejemplo ecuatoriano en cuanto amplió la competencia para todas las acciones referidas a la reforma agraria, pero, por desgracia no se puede mencionar como un caso trascendente por su prematura derogatoria sin dar los resultados esperados. En verdad el caso más profundo, que refleja el climax de la madurez institucional, también en este aspecto, se encuentra constituido por el Fuero privativo agrario del Perú, competente para conocer de todos los asuntos referidos al Derecho agrario. El último caso, Venezuela, influido positivamente aún cuando no hace referencia a todo el Derecho agrario, conoce y decide de los asuntos que

-
- (50) El punto más delicado de la jurisdicción agraria —en cuanto refiriere al Juez agrario— radica no solo en la discusión en torno a que se encuentre definido el Juez laico, con paridad de voto al Juez jurista, sino que sea un experto de la materia y de la técnica particular, que sea un sujeto "partícipe" de aquel conflicto general de intereses entre grupos o categorías, de cuya manifestación haya sido deducida en juicio (CAPPELLETTI, M., *Il problema processuale del Diritto agrario alla luce delle tendenze pianificatrici delle costituzione moderne*, *supra* nota 29, p. 491). En efecto "la justificación de la presencia del experto no se debe solamente a exigencias técnicas, sino también a consideraciones políticas, bajo el peculiar perfil por el cual la participación a la resolución de las litis de personas pertenecientes a categorías sociales contrapuestas realiza un punto de encuentro entre opuestas categorías: se ha hablado en tal sentido de jurisdicción interclasista" (LO MORO, M.F., *Controversie agrarie e nuovo rito del lavoro*, *supra* nota 48, p. 384-85).
- (51) En este sentido LIEBMAN, E.T., *Manuale di Diritto processuale civile* (Giuffrè, Milano, 1973) I, p. 10.
- (52) La magistratura agraria mexicana se encuentra "estructurada en forma notoriamente singular, hay autoridades y órganos que, sin formar parte del Poder Judicial, son verdaderos jueces; y sin ser juristas aplican la ley en unos casos y en otros seleccionan cuidadosamente la norma que debe aplicarse en un caso determinado como lo haría un juez; a veces funcionan recibiendo expediente en segunda instancia y a veces en instancia única; unas veces actúan vinculados al concepto de competencia estatal y otras al concepto de la competencia Federal" (CHAVEZ PADRON, M., *El proceso social agrario y sus procedimientos*, *supra* nota 33, p. 35).
- (53) "Resulta necesario conformar una justicia agraria integrada por verdaderos jueces, pues el nobilísimo ejercicio de la función jurisdiccional, requiere de la excelsa vocación de impartir justicia y de una especialización en el conocimiento de las cuestiones jurídicas, que se plantea en toda controversia de carácter agrario y esta función no puede ser realizada eficazmente por autoridades, que por muy bien intencionadas que se les suponga, están constreñidas por criterios políticos y administrativos" (FIX ZAMUDIO, H., *Lineamientos fundamentales del proceso social agrario en el Derecho mexicano*, publicado en *Atti della Seconda assemblea dell'Istituto di Diritto agrario internazionale e comparato*, Giuffrè, Milano, 1964, I, p. 369-429, 417).
- (54) "Todavía no se puede justificar la necesidad de la presencia de los jueces expertos junto a los jueces togados exclusivamente en razón de su aporte técnico a la resolución de la litis". (LO MORO, M.F., *Controversie agrarie e nuovo rito del lavoro*, *supra* nota 48, p. 384).
- (55) Para todos los efectos se sigue el criterio de competencia como "la asignación a un cierto órgano jurisdiccional de determinadas pretensiones de la jurisdicción (...) tiene, dentro del proceso, la misión específica de completar u ordenar las soluciones genéricas presentadas por las normas sobre la función jurisdiccional (...). La competencia es, por su naturaleza, un problema puro y exclusivamente procesal. Funciona tan solo como un requisito del proceso, en el sentido de que si un determinado órgano judicial carece de competencia no podrá examinar, en cuanto al fondo, la pretensión que ante él se interpone, y a la inversa en caso contrario" (GUASP, J., *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, 3a. ed., Madrid, 1977, I, p. 127).
- (56) "En el proceso especial en materia agraria los presupuestos procesales inherentes a la posición de las partes son idénticos a aquellos exigidos por la constitución de la relación procesal de mérito en el proceso ordinario de cognición, mientras normas particulares son dictadas para aquello que se refiere al presupuesto inherente a la posición del órgano procesal, es decir de la competencia" (ANSELMi BLAAS, V., *Il processo agrario speciale*, *supra* nota 31, p. 75).

se originen de la aplicación de la legislación agraria y del aprovechamiento de los recursos agrícolas (57).

No existe en ningún ordenamiento jurídico del mundo (58) una concepción tan amplia en relación a este cardinal aspecto como se presenta actualmente en el sistema procesal agrario latinoamericano, de donde obtiene importantes elementos de originalidad.

C) La composición de los tribunales agrarios latinoamericanos, al no existir representación de intereses en conflicto a través de jueces laicos, tiene una importancia relativamente inferior de la que tiene actualmente en Europa (59). Sin embargo, en este aspecto también el sistema ofrece aportes realmente interesantes, no solo dentro del ámbito del Derecho agrario sino en un ámbito procesal más amplio. En Venezuela, aún cuando se sigue en línea de máximas la orientación general de los sistemas judiciales del continente, en segunda instancia, es decir ante los Juzgados superiores agrarios, no existe un órgano colegiado sino que se ha seguido el criterio de darle un carácter unipersonal (60) para una más pronta solución (61). El aporte más singular en este aspecto se encuentra constituido por el ejemplo peruano, pues aún manteniendo en primera instancia un carácter unipersonal y en segunda colegiado, la estructura

de la administración de justicia al pretender la sencillez eliminó el recurso extraordinario de casación y en consecuencia este órgano no forma parte de su sistema procesal (62) como sí sucede en Venezuela.

D) Pese a la amplia referencia hecha a los poderes del Juez en el proceso agrario, debe subrayarse su importancia como elemento inbuido en una realidad social en la cual también debe ser elemento de cambio.

Cuando se le han confiado al Juez amplios poderes en el proceso agrario no se ha tratado solamente de darle un alto contenido técnico a la materia, sino, principalmente, darle la responsabilidad para que se comporte como hombre de su tiempo (63) —casi como representante de la parte pobre para establecer el equilibrio (64)— y a su vez pueda conducir con sabiduría las grandes decisiones que su responsabilidad exige, es decir, comportarse como elemento de cambio, inbuido en una mística que busca satisfacer el valor justicia. La filosofía en torno al Juez agrario podría resumirse como lo ha hecho recientemente un Presidente del Tribunal agrario del Perú al definirlo así: "*un funcionario que no solo tiene que reunir los requisitos comunes a todos los demás jueces, sino también otros, tales como su decidida vocación de trabajo, espíritu de sacrificio, permanente entusiasmo y sobre*

-
- (57) Para todo véase de ZELEDON, R., Estado y evolución de la jurisdicción agraria en América Latina (desarrollo conceptual y perspectivas histórico-jurídicas), *supra* nota 1, p. 139, Elementos de calificación del Fuero privativo agrario del Perú dentro del nuevo período histórico jurídico y su influencia en América Latina, *supra* nota 11, p. 198-200, La jurisdicción agraria en Venezuela, *supra* nota 12, p. 618-19 y La nueva jurisdicción especializada agraria de Venezuela, *supra* nota 12, p. 144-45.
- (58) Comparativamente véase el caso de la Europa occidental cuya competencia se reduce casi fundamentalmente a la solución de controversias referidas a la contratación agraria (GERMANO, A., Il processo agrario, *supra* nota 24, p. 19-74; AGUNDEZ FERNANDEZ, A., Jurisdicción de arrendamientos rústicos, con especial consideración de los sistemas italiano y español, *supra* nota 14, y MUGNAINI, S., La competenza della sezione specializzata agraria, *Rivista di Diritto Agrario*, 1976, p. 381-432) y en los demás países de Africa, Asia y Oceanía en que se comienzan a perfilar tímidos ejemplos (para todo véase MASREVERY, J., Derecho agrario y Justicia agraria, F.A.O., Roma, 1974), no hay innovaciones dignas de resaltar.
- (59) Para todo véase el capítulo La composizione dei tribunali agrari en GERMANO, A., Il processo agrario *supra* nota 24, p. 121-48, en que se analizan desde este ángulo los Agricultural land tribunals ingleses, los tribunaux paritaires de baux ruraux franceses, los Pachtkamers holandeses, las sezioni specializzate agrarie italianas y los Landwirtschaftsgerichte alemanes.
- (60) Cfr. ZELEDON, R., La jurisdicción agraria en Venezuela, *supra* nota 12, p. 616.
- (61) En efecto "las actividades que deben ser cumplidas para llegar al final son más simples cuando el órgano precedente se encuentra constituido por una sola persona física, y más complicadas cuando éste está compuesto de más personas (colegio)" (CALAMANDREI, P., Istituzioni di Diritto processuale civile, *supra* nota 20, p. 195).
- (62) ZELEDON, R., Elementos de calificación del Fuero privativo agrario del Perú dentro del nuevo período histórico-jurídico, y su influencia en América Latina, *supra* nota 11, p. 197.
- (63) "Resulta evidente como más perfectamente las aspiraciones sociales vendrán tomadas por el Juez, cuanto más éste será un hombre de su tiempo, es decir un hombre que viviendo inmerso en la sociedad concurre a constituir precisamente aquella conciencia colectiva común que deberá ser utilizada como fuente de derecho" (GERMANO, Il processo agrario, *supra* nota 24, p. 86).
- (64) En este sentido, MENER, A., Il diritto civile e il proletariato (Fratelli Bocca Ed., Torino, 1894) p. 27. En las controversias agrarias, como en las del trabajo "a la natural urgencia del actor se combina el hecho que él se encuentra por definición, en un plano de desigualdad económica respecto al contenido. . . Debilidad económica significa también, obviamente, menor capacidad de resistencia y de espera. . . Una espera prolongada resulta imposible, mejor la renuncia, o una transacción aunque sea desastrosa" (CAPPELLETTI, M., Per una nuova giustizia del lavoro, *supra* nota 46 p. 305-31).

todo el afán y la perenne conciencia de sentirse un elemento de transformación de un orden que pretendemos superar; que tenga siempre en mente la certeza de que en los expedientes que tiene entre manos existe el clamor de un hombre, de una familia o de un grupo que espera justicia y que es un deber administrarla con prontitud, certeza e independencia; que rompa el marasmo de los tiempos y siga al lugar de los hechos; que busque la prueba y con ella la verdad; que se ponga a la altura del papel que desempeña y que sepa hacerlo con sencillez y dignidad" (65).

En el sistema procesal agrario latinoamericano el Juez constituye un elemento fundamental; de él depende la creación de una sólida jurisprudencia sensible a la problemática política y social (66), así como a dar cumplimiento a las exigencias técnicas del Derecho agrario cuyo contenido tiene una fuerte raigambre social (67) que debe ser correctamente interpretada.

4. La competencia de los órganos agrarios se ejerce en dos tipos de procedimientos: A) el contencioso agrario, y, B) los especiales. El primero constituye otro de los elementos distintos del sistema procesal agrario: su reciente aparición en el continente marca un hito importante en cuanto permite la discusión más amplia de los extremos de la litis, dando, a su vez, una mayor organicidad a la materia, no lograda completamente a través de los

procedimientos especiales cuyo tratamiento no se ajusta siempre a patrones precisos.

A) El contencioso agrario se encuentra instituido solamente en Perú y Venezuela. En el Fuero privativo el legislador estableció un proceso completamente nuevo, a través de la Ley de Reforma Agraria de 1969, constituyendo un contencioso agrario en sentido estricto pues difiere completamente de los pautados para otras materias (68); en la jurisdicción agraria venezolana, por el contrario, rige el mismo establecido por la "Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos de Trabajo" (L.J.L.) con algunas modificaciones introducidas por la ley constitutiva de la jurisdicción (69).

En línea de máximas, a través del contencioso agrario se conoce de todas las causas en cuya resolución deba ser aplicado el Derecho agrario para las cuales no exista una tramitación especial.

Como los fines del proceso agrario tienden a buscar las simplificaciones, evitar incidencias y formalidades, dotar al Juez de los poderes suficientes para el esclarecimiento de la verdad, el contencioso ha debido especializar el procedimiento (70) en su estructura (71) para permitir la confluencia de los sujetos agrarios que buscan la tutela de sus derechos subjetivos (72) con la satisfacción de los intereses públicos y sociales (73), sin dejar de cumplir con el objetivo de superar el esquema tradicional incapaz de dar una respuesta a su existencia (74).

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

(66) La interpretación judicial "requiere no de un juez tradicionalista, dogmático, formalista, capaz de mirar solamente a aquella que ha sido llamada la fuente formal del Derecho, o sea a la formulación legislativa; sino que requiere un juez sensible y atento a los fenómenos políticos y sociales, que del Derecho son fuente material", CAPPELLETTI, M., *Per una nuova giustizia del lavoro*, *supra* nota 46, p. 325.

(67) "El Juez, administrando inmediatamente la justicia en sentido jurídico, es decir haciendo observar las leyes, viene con esto a traducir mediatamente aquellos ideales de justicia social, a los cuales el legislador se ha inspirado en formular" (CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, *supra* nota 20, p. 37).

(68) ZELEDON, R., *Elementos de calificación del Fuero privativo agrario del Perú dentro del nuevo período histórico-jurídico, y su influencia en América Latina*, *supra* nota 11, p. 200-02.

(69) ZELEDON, R., *La jurisdicción agraria en Venezuela*, *supra* nota 12, p. 619-22, especialmente 619.

(70) En efecto, el proceso agrario implica una "*specializzazione della procedura*"; CAPPELLETTI, M., *Il problema processuale del diritto agrario alla luce delle tendenze pianificatrice delle costituzione moderne*, *supra* nota 29, p. 498.

(71) "La publicización del derecho sustancial repercute inmediatamente sobre la estructura misma del proceso agrario", GERMANO, A., *Il processo agrario*, *supra* nota 24, p. 77.

(72) El procedimiento especial en materia agraria se configura como el instrumento exclusivo para el logro de un grupo determinado de derechos subjetivos", ANSELMINI BLAAS, V., *Il processo agrario speciale*, *supra* nota 31, p. 42.

(73) En el contencioso agrario "por un lado se deja a los titulares del derecho subjetivo lesionado el poder exclusivo de acudir al Juez para pedir la tutela judicial y determinar el objeto del juicio, por otro se atribuye al Juez especiales facultades para impulsar *ex officio* la búsqueda de pruebas que permitan alcanzar en forma más fácil y segura, la verdad" GERMANO, A., *El Derecho agrario y el proceso*, *supra* nota 47, p. 507.

(74) Porque "el contencioso agrario de los estados modernos se encuentra caracterizado por la superación del tradicional principio dispositivo del proceso civil común, dado que los esquemas de tal tipo de proceso (dispositivo también en tema de pruebas) se presentan inadecuados allá donde sobre el plano sustancial hay —como sucede para el Derecho agrario— una situación jurídica cuya relevancia trasciende el individuo y contempla la colectividad misma y el Estado", GERMANO, A., *Il processo agrario*, *supra* nota 24, p. 196.

Se distinguen tres etapas bien diferenciadas: la interposición de la demanda, la audiencia de pruebas y la sentencia.

En la interposición de la demanda, una vez conocido por la autoridad judicial el objeto del proceso (75) el Juez revisa los aspectos formales para determinar si se ha cumplido con los requisitos que debe contener el escrito (76), para prevenir al actor subsane cualquier omisión, y luego darle traslado al demandado para su conocimiento y contestación indicándole se refiera a todos los hechos negándolos, negándolos con modificaciones o aceptándolos como ciertos; el demandado al momento de dar respuesta puede reconvenir de cuyo contenido también se le da traslado al actor o demandante para que responda dentro de las mismas condiciones. Tanto en la interposición como en la contestación, o bien en la réplica o contrarréplica, las partes deben ofrecer la prueba pertinente so pena de ser declarada inadmisibles (77). También la interposición debe ser por escrito, sin embargo en Venezuela ésto sucederá cuando el actor se encuentre en posibilidades de recurrir a un profesional en Derecho, pues, caso contrario, tiene dos posibilidades: recurrir directamente al Tribunal para interponer verbalmente la demanda de cuyo contenido el Secretario levantará una acta laconica que cumpla los mismos efectos (78), o bien, dirigirse al Procurador agrario para que éste formalice la de-

manda cuando se trate de reclamación de derechos (79). En Venezuela también hay un aspecto interesante en esta etapa procesal en cuanto el Juez tiene la facultad de interrogar al actor al momento de la presentación sobre hechos nuevos no contemplados o para concretizar los alegados, teniéndose las respuestas como parte integrante —por ampliación— de la demanda (80). En esta parte se concretiza el principio de contradicción (81).

El momento procesal más importante del contencioso agrario se encuentra constituido por la audiencia de pruebas. Se trata de un momento procesal en el cual las partes, sus defensores, testigos, peritos, pruebas, etc., comparecen frente al Juez para la discusión central de la causa (82). En esta etapa el Juez ejerce plenamente sus poderes pues le corresponde regular el desarrollo de la audiencia, instruir la forma de evacuación de la prueba, dar y quitar la palabra, eliminar la prueba y diálogos inútiles que a su juicio pretendan distraer la discusión (83), y ordena cualquier otra tendiente al esclarecimiento de los hechos (bien fuera de la audiencia o a través de los testigos, peritos, expertos comparecientes ante él), para luego, operada la inmediatez con los comparecientes, una vez que estime evacuado todo el elemento probatorio indispensable para llevar a su mente la resolución de la causa, ordenar la clausura de la audiencia y dictar posterior-

- (75) "El objeto del proceso —sostiene ANSELMI BLAAS— es en realidad el mínimo común denominador al cual van reportados los más importantes problemas procesales: sobre todo aquél del contenido normativo del pronunciamiento jurisdiccional, en el cual resume la eficacia del proceso. . . en segundo lugar el relativo a la extensión de la eficacia material del proceso, es decir a los límites objetivos del juzgado; en fin aquel de la determinación de la competencia material del Juez" (ANSELMI BLAAS, V., *Il processo agrario speciale*, *supra* nota 31, p. 62-63). CAPPELLETTI lo ve como "la relación jurídico-sustancial o el status agrario speciale, que es deducido en juicio, que es afirmado en juicio y del cual la parte afirma además la necesidad de tutela jurisdiccional" (CAPPELLETTI, M., *Ideologie nel diritto processuale*, que es la lección leída el 28 de enero de 1962 en la inauguración del Año académico en la Universidad de Macerata, publicado en la *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1962, p. 193-219, ahora en *Processo e ideologie* (Il Mulino, Bologna, 1969) p. 3-54, 11). Para GUASP, por su parte sostiene que "no hay más que un elemento básico que sea lógicamente posible: la reclamación que una parte dirige frente a la otra y ante el Juez. . . la pretensión procesal" (GUASP, J., *Derecho procesal civil*, *supra* nota 55, p. 211) pues para él "el verdadero elemento objetivo es la pretensión" (*Ibid*, p. 212).
- (76) En el Perú es el artículo 306 del C.P.C.; en Venezuela el artículo 57 de la L.J.T.
- (77) Arts. 165 de la L.R.A. y 57 L.J.L.
- (78) Art. 63 L.J.L.
- (79) Arts. 63 L.J.L. y, 29 y 30 L.J.A.
- (80) "... El Juez, sin avanzar opinión, debe interrogar al demandante para completar la demanda, si ello fuere necesario, con el objeto de que la demanda contenga todos los datos necesarios. . ." (Art. 63 L.J.L.).
- (81) Las formas procesales al imponer un cierto modo de expresión en las deducciones de las partes y prohibiendo al Juez tener en cuenta las defensas opuestas en diversa forma, aseguran el respeto de la contradicción y la igualdad de las partes; es decir, no sirven —como se podría pensar— para hacer más complicado o menos comprensible el desarrollo del proceso, por el contrario se hace más simple (para todo, véase CALAMANDREI, P., *Istituzioni di Diritto processuale civile*, *supra* nota 20, p. 168).
- (82) "Las audiencias son periodos de tiempo durante los cuales el magistrado sienta en una sala, destinada para ello, en su domicilio, y las partes comparecen delante de él para tratar de las causas": CHIOVENDA, G., *Principi di Diritto processuale civile* (Jovene, 2a. ed., Napoli, 1923) p. 560-61.
- (83) Con gran claridad CHIOVENDA describe la audiencia así: "el complejo de las actividades que se desarrollan en la audiencia se encuentra regulado por el juez, y si el juez es colegiado por el presidente: él da y quita la palabra, llama al orden a los que sobrepasan los límites de una decente y ordenada discusión; elimina las digresiones ociosas

mente sentencia (84). En el contencioso agrario esta etapa deviene en fundamental porque —aparte de que el Juez examina los testigos propuestos, practica el reconocimiento de documentos, recibe la confesión y demás pruebas ofrecidas— existe un contacto directo con las partes: el Juez se comunica oralmente con ellas, teniendo plenos poderes para evitar todo tipo de recurso o discusión y evitar así lo dilatorio de los demás procesos (85). En Venezuela se hace referencia a ocho audiencias en las cuales se debe desarrollar esta etapa procesal (86), mientras en Perú se refiere solo a una, la cual —cuando el tiempo previsto no hubiere sido suficiente, no hubiere sido recibida parte de la propuesta, o cuando el Juez desee recibir alguna otra— podrá ampliarse a varias pero en días sucesivos (87).

En el contencioso agrario latinoamericano la sentencia, última etapa, debe ser dictada inmediatamente después de concluida la audiencia de pruebas por el carácter oral del proceso (88), para evitar así que el Juez pierda las impresiones obtenidas en el debate, de tal suerte que existe una estrecha correspondencia entre las hipótesis abstractamente formuladas por la norma y el hecho concreto real (89) para ajustar así su actuación al verdadero sentido de la sentencia tomando en cuenta también los criterios de equidad propios del caso concreto (90). El fallo dictado pone fin al proceso de primera instancia con autoridad de cosa juzgada salvo

que se interponga recurso de apelación para ante el Tribunal ad quen (91) en que se replantea la causa: en Perú una vez recibidos los autos es potestativo recibir las pruebas —pero sí debe pasar el asunto al Fiscal en caso de interés del Estado para su pronunciamiento— luego de lo cual, dentro del quinto día se dicta sentencia definitiva (92); en Venezuela en segunda instancia las partes ofrecen pruebas para ser evacuadas por el Juzgado superior, luego se oyen los alegatos de las partes y se dicta posteriormente la sentencia definitiva. De la sentencia de segunda instancia solo en el caso Venezuela cabe el recurso de casación (93) como una cuasi-tercera instancia, con el agravante de ser un colegio no especializado en materia agraria el que conocerá en definitiva dejando aparentemente en entredicho la especialidad de la jurisdicción (94).

El contencioso agrario perfilado tiene grandes virtudes —cuya importancia será más evidente al denotar los principios procesales— pues muestra un alto grado de modernismo en aspectos particularmente álgidos: baste señalar la ponderación del proceso a quo (95) con una segunda instancia concebida para un control formal y solo en el caso venezolano la Casación existe con el carácter de cuasi-tercera instancia.

B) El sistema procesal agrario iberoamericano presenta una pluralidad de tipos de procedimiento (96) producto de las necesidades de los or-

y las inútiles gestiones; prohíbe las interrupciones y cuando reconoce que la causa ha sido suficientemente discutida y aclarada hace cesar las disputas; fija además las cuestiones sobre las cuales, a continuación de la exposición del hecho, debe girar la discusión pública" (*Ibid.*, p. 562).

(84) CHIOVENDA, G., *Ibid.*

(85) Véase ZELEDON, R., Elementos de calificación del Fuero privativo agrario del Perú dentro del nuevo período histórico-jurídico, y su influencia en América Latina, *supra* nota 11, p. 201.

(86) Art. 69 L.J.L.

(87) Art. 165 L.R.A.

(88) A manera de ejemplo véase el caso del Perú (ZELEDON, R., La jurisdicción especializada agraria en Perú, *supra* nota 11, p. 74).

(89) CALAMANDREI, P., Istituzioni di Diritto processuale civile, *supra* nota 20, p. 64.

(90) En sentido contrario BAUR, F., Potere giudiziario e formalismo processuale, publicado en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1965, p. 1683-1704, 1702, pues afirma que "dalla valutazione degli atti processuali si debbono escludere i criteri di equità inerenti al caso concreto".

(91) Ante el Tribunal Agrario en Perú y ante el Juzgado Superior Agrario en Venezuela.

(92) Art. 167 L.R.A.

(93) Art. 21 L.J.A.

(94) Véase en este sentido la crítica hecha en ZELEDON, R., La jurisdicción agraria en Venezuela, *supra* nota 12, p. 625.

(95) Resulta de cardinal importancia percatarse como "un proceso moderno no debe rechazar en efecto toda innecesaria desvalorización del primer grado del juicio, que es el solo en el cual pueda verdaderamente efectuarse una relación directa e inmediata del juez con los hechos y con las pruebas" (CAPPELLETTI, M., *Per una nuova giustizia del lavoro*, *supra* nota 46, p. 320).

(96) Según las diversas finalidades prácticas que las partes persiguen con la acción, y según el diferente contenido de la providencia a la cual las actividades procesales ponen a la cabeza, el procedimiento que se desarrolla hacia esta meta puede asumir diferentes tipos: subsiste para ésto en toda legislación positiva una pluralidad de tipos de procedimiento" (CALAMANDREI, P., Istituzioni di Diritto processuale civile, *supra* nota 20, p. 193).

denamientos jurídicos para canalizar las diversas causas confiadas dentro de la órbita del proceso agrario.

Los procedimientos especiales constituyen todo un amplio sector de tipos de procedimiento adoptados en forma muy distinta en los casos de México, Perú y Venezuela. En México éstos constituyen la regla —a la inversa de los otros dos en que el contencioso agrario es el más importante— pues se han concebido tanto procedimientos como derechos existen, de ahí la multiplicidad y difusión del procedimiento especial (97). En Perú se siguió el criterio de llevar al Fuero privativo agrario una serie de procedimientos especiales existentes en el fuero común cuya naturaleza exigía de un conocimiento especializado pero se mantuvieron los mismos ritos existentes (98). En Venezuela la Ley de Jurisdicción Agraria refiere al contencioso agrario al adoptar las disposiciones procesal-laborales como forma principal de conocer de las acciones propias del Derecho agrario, dándoles cabida al disponer: "*a menos que en otras leyes se establezcan los procedimientos especiales para ventilar la acción*" (99).

Aún cuando el grado evolutivo del sistema procesal agrario latinoamericano tiende hacia el contencioso agrario, alejándose de la multiplicidad,

en todos los casos en que se establezcan procedimientos especiales producto de circunstancias fijadas por la ley que requieran una tramitación precisa se deben aplicar los mismos principios procesales inspiradores de la totalidad del sistema concebido (100) como forma de afirmar la exigencia global del proceso agrario, llevando a la jurisdicción los procedimientos sumarios y breves (101) para que sean parte no excepción (102).

5. Las características tendenciales del proceso agrario (103), en cada uno de los casos, presenta una serie de principios (104) que identifican el sistema procesal agrario en general y a su vez lo diferencian de los demás. A riesgo de repetir lo ya analizado (105), conviene hacer una breve enunciación comparativa pues la novedad misma del sistema —y naturalmente las diferencias históricas en los ordenamientos jurídicos de México, Perú y Venezuela— presenta tendencias muy marcadas que —al igual de como sucede en otros tipos de proceso— tiene absoluta organicidad, aun cuando no es enteramente homogéneo.

Es a través de tres principios fundamentales por los cuales se puede valorar el entero sistema.

A) En el binomio escritura-oralidad (106) el

- (97) Véase ZELEDON, R., La jurisdicción especial agraria de México, *supra* nota 2, p. 133-39.
- (98) Véase ZELEDON, R., Elementos para la calificación del Fuero privativo agrario del Perú dentro del nuevo período histórico-jurídico, y su influencia en América Latina, *supra* nota 11, p. 202.
- (99) Art. 14 L.J.A.
- (100) En este sentido ZELEDON, R., Elementos de calificación del Fuero privativo agrario del Perú dentro del nuevo período histórico-jurídico, y su influencia en América Latina, *supra* nota 11, p. 202.
- (101) "De frente al proceso ordinario los procedimientos sumarios presentan el carácter de una abreviación y compendiosidad de formas (de ahí su denominación) que permite llegar con rapidez, casi por una descoordinación a la misma meta a la cual llevaría por otro camino más largo el procedimiento ordinario: la diferencia no tiene que ver entonces con los efectos del procedimiento final, sino con la mayor rapidez con la cual se logra por esta vía obtener la providencia" (CALAMANDREI, P., Istituzioni di Diritto processuale civile, *supra* nota 20, p. 197).
- (102) Cuando "se alude al procedimiento en materia agraria (...) como a un proceso especial, se entiende solo poner relevancia sobre su diversidad morfológica respecto del proceso de cognición, del cual éste se destaca sensiblemente por la composición del órgano juzgador, por el mecanismo del trato de la causa y por el régimen probatorio", ANSELMINI BLAAS, V., Il processo agrario speciale, *supra* nota 31, p. 16.
- (103) Cfr. ZELEDON, R., Derecho y proceso agrario publicado en *Revista Judicial*, 1979, No. 14, p. 73-74.
- (104) Son, efectivamente, los principios procesales los que distinguen unos procesos de otros (en este sentido CHIOVENDA, G., Principi di Diritto processuale civile, *supra* nota 82, p. 569, que sostiene: "los diferentes procesos de un mismo tiempo y de un mismo lugar, se distinguen entre ellos por la diversidad de los principios que le informan"). Estos se encuentran en la doctrina generalmente enunciados en parejas antitéticas: escritura y oralidad, mediatez e inmediatez, concentración y fraccionamiento, publicidad y secreto, preclusión y elasticidad. Los principios así contrapuestos en parejas como típicos se encuentran combinados en el ordenamiento jurídico conforme a cierta afinidad: la oralidad generalmente se encuentra acompañada de la inmediatez, la concentración, la escritura y con la elasticidad del procedimiento; por el otro lado en un procedimiento basado en el sistema de Instituciones de Diritto processuale civile, *supra* nota 20, p. 172, 173, 176.
- (105) En extrema síntesis, en tema de los principios se encuentra el binomio escritura-oralidad del que dependiendo la mayor o menor incidencia en uno de los elementos se logra determinar la modernidad, y el grado de evolución, del sistema de que se trate. Para un mejor conocimiento del tema, véase el artículo CAPPELLETTI, M., *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, publicado en *Giurisprudenza italiana*, 1948, p. 1-48, y ahora en *Processo e ideologie* (Il Mulino, Bologna, 1969) p. 169-251.
- (106) Para todo véase de ZELEDON, R., La jurisdicción especial agraria en México, *supra* nota 2, p. 139-41; La jurisdicción especializada agraria en Perú, *supra* nota 11, p. 74-77; y, La nueva jurisdicción especializada agraria en Venezuela, *supra* nota 12, p. 147-49.

(106) Para todo véase CALAMANDREI, P., Oralità nel processo, que es la voz del mismo nombre publicada en el *Nuo-*

proceso agrario generalmente se encuentra influido por el segundo de los extremos, dado su alto grado de modernidad (107) impregnado siempre por características diferentes a los del proceso civil ordinario (108).

El problema de la oralidad o la escritura (109) presenta aspectos muy interesantes en América pues antes del Fuero privativo agrario siempre hubo una influencia del civil ordinario en cuanto a la definición general del proceso agrario. Ante la ruptura, sobre todo por el grado de evolución alcanzado, cabría hacer algunos interrogantes: ¿Será acaso tan importante el haberse desligado de toda influencia anterior del Derecho procesal civil como para explicar por esta vía que hoy solamente el caso mexicano se encuentra vigente de los cuatro encontrados antes de 1969? ¿Podría afirmarse que la tendencia del proceso agrario hacia la oralidad no es solamente una necesidad de modernización de un proceso para una materia nueva, sino, además, que un proceso tradicional para la materia jurídica de la agricultura y el conjunto de intereses sociales a su alrededor resultan absolutamente incompatibles? Las respuestas adquieren cardinal importancia no solo retrospectivamente, sino, en forma principal, para el futuro, en cuanto constituyen un elemento histórico referido doblemente al continente americano y a una disciplina que cobra en ese espacio rasgos particulares.

Como el proceso agrario mexicano no sigue el principio de la oralidad, separándose de la acusada característica tendencial a que se ha hecho referencia, debe afirmarse categóricamente que tampoco constituye otra ruta. Si en forma particular no cumple con una premisa importante, ésto no es óbice para declarar una escisión o ruptura porque

al analizar el problema en el contexto esta hipótesis carece de sentido. La escritura en México se encuentra justificada históricamente pues para la época en la cual fue concebido el proceso agrario el simple hecho de constituir tribunales en materia agraria constituía en el mundo un hecho revolucionario, máxime por la ponderación de los poderes del Juez y la reivindicación institucional del campesino. Además, en 1915 el movimiento de la oralidad —después desarrollado con gran fuerza— era conocido en el mundo latino solamente en pequeños círculos intelectuales europeos, sin influencia en la legislación, cuyas inquietudes posiblemente llegaron a América hasta muchos años después de los gritos de los revolucionarios mexicanos. Por otra parte, dada la naturaleza de la competencia concedida a la jurisdicción especial agraria y el carácter de los jueces especiales, tampoco esa medida resulta tan importante como lo es para el contencioso agrario de Perú o Venezuela cuya existencia es palpable.

Sería arriesgado afirmar que el fracaso de los modelos de Argentina, Chile y Ecuador obedecen a la ausencia del principio de la oralidad —máxime teniendo en consideración las particularidades históricas en juego—, pero sí podría sostenerse su conformidad acrítica con el proceso civil ordinario sin ninguna innovación, del cual no sacaron absolutamente nada positivo, antes bien constituyó un obstáculo para apreciar en toda su magnitud la problemática agraria y por eso fueron casos con grandes limitaciones no obstante los valiosos aportes históricos al moderno proceso agrario.

Actualmente la oralidad es norma en el proceso agrario latinoamericano (110) en cuanto constituye uno de sus principios fundamentales (111)

vo *Digesto italiano*, IX, U.T.E.T. Torino, 1940, IX, p. 178-80, ahora en *Opere Giuridiche*, al cuidado de Mauro Cappelletti, Morano, Napoli, 1965, I, p. 450-55; e igualmente CAPELLETTI, M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità* (Giuffrè, Milano, 1962).

- (107) La idea de la oralidad victoriosa representaba y representa una válida exigencia del espíritu moderno (CAPELLETTI, M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, *Ibid*, p. 16) pues "considerándose la oralidad como la directiva a la cual debería inspirarse el proceso del futuro y la prevalencia de la escritura como la típica expresión de aquel proceso anticuado que la reforma debería abolir", CALAMANDREI, P., *Oralità nel processo*, *supra* nota 106, p. 450.
- (108) Cfr. GERMANO, A., *El Derecho agrario y el proceso*, *supra* nota 47, p. 504; e, *Il processo agrario*, *supra* nota 24, p. 81.
- (109) El problema de la oralidad o escritura no es tan simple como para fijarlo en una "coordinación y conjugación de elementos escritos y orales en el proceso" (FAIREN GUILLEN, V., *La humanización del proceso; lenguaje; formas; contacto entre los jueces y las partes*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, No. 2-3, p. 343-402, 381): su proyección es muy amplia pues de la mayor o menor incidencia de uno de los elementos se define todo el proceso.
- (110) No obstante que "todo proceso moderno es mixto de actos orales y de actos escritos" (CALAMANDREI, P., *Oralità nel processo*, *supra* nota 106, p. 452), un proceso de carácter mixto "se dirá oral o escrito según el puesto que tenga la oralidad y la escritura, y sobre todo según el modo con que actúa la oralidad". (*Ibid*).
- (111) En los ordenamientos jurídicos de la familia romano germánica —desde hace más de un siglo— cuando se planea verificar una reforma sustancial en el proceso, se recurre al estudio de los planteamientos de la corriente doctrina-

con sus correlativos de inmediatez y concentración.

En el Perú la Ley de Reforma Agraria No. 17716 de 1969 establece categóricamente que "*la audiencia de pruebas es oral*" (112) para constituir un sistema de oralidad plena en cuanto le da ese carácter a la etapa más importante del proceso. Adquiere plenitud la oralidad pues no obstante que la etapa de interposición y la sentencia sean escritas ésto no constituye un elemento suficiente para declarar escrito o semi-escrito el proceso (113), antes bien, lo que califica el carácter del sistema es la forma en cómo se desarrolla la audiencia de pruebas, no solo por ser la etapa más importante, sino, en modo especial, porque en ese momento procesal las partes se encontrarán frente al Juez con sus defensores, y estarán presentes también los documentos, testigos, peritos, y demás elementos probatorios para permitir al Juez apreciar en forma amplia las probanzas y así, al dictar sentencia, compenetrar profundamente los extremos alegados por las partes con la prueba para aplicar la fatiespecie más adecuada.

En Venezuela, por influencia de la normativa procesal laboral y procesal civil se sigue el principio de la oralidad, pero no plenamente como en Perú, porque permanecen, sobre todo en las audiencias de prueba, elementos que no corresponden plenamente a este principio, por ejemplo en las ocho audiencias en que debe evacuarse la prueba, en la práctica, se recurre muchas veces a funcionarios judiciales subalternos del Juez para recibirlas con lo cual se rompe por una parte con la inmediatez (114). Y, por otra, la oralidad no adquiere su verdadero sentido pues el Juez deja de ser el conductor del proceso y no se compenetra realmente de todas las vicisitudes de los asuntos en que debe dictar sentencia (115).

B) Consecuentes con la naturaleza de la normativa jurídica agraria México, Perú y Venezuela han seguido el principio inquisitivo (116) para el conocimiento de sus controversias (117) por estar impregnadas de un altísimo interés general (118): el nuevo proceso agrario rechaza los

ria de la oralidad para adaptar el ordenamiento jurídico a los principios elaborados desde hace tantísimo tiempo cuyos importantes resultados obligan siempre a su profundo estudio. La oralidad en el proceso es la máxima aspiración del jurista, sobre todo de aquél que coadyuva con el legislador en el aspecto técnico de la emanación de un instrumento legislativo moderno, pues ve en esta corriente la más clara manifestación del desarrollo científico del proceso civil.

La elaboración doctrinal del movimiento de la oralidad (iniciada en Austria con FRANZ KLEIN, seguida en Alemania y desarrollada para la cultura latina por los juristas italianos GIUSSEPPE CHIOVENDA, PIERO CALAMANDREI y actualmente MAURO CAPPELLETTI busca la consolidación legislativa de un movimiento de grandes magnitudes que representa todo un hito histórico. Desgraciadamente esta tesis es un fenómeno típico mente europeo-continental que aún no ha llegado a concebirse en América Latina.

En el tema expuesto por la corriente se han interesado los juristas en América Latina. En el punto que en solo veinte años el Congreso Internacional de Derecho Comparado —que se reúne cada cuatro años— ha tenido como tema central el procedimiento oral y escrito. En 1950, al celebrarse el III Congreso Internacional de Derecho Comparado, en Londres, el tema fue L'élément écrit et l'élément oral dans la procédure civile, y en el reciente VIII Congreso que se verificó en Italia en 1970 el tema fue Procédure écrite et procédure orale, donde se han aprovechado para plantear en un foro internacional de gran prestigio las experiencias que se han ido desarrollando en los diversos países como medio doctrinario de ir elaborando una cada vez mejor entendida teoría de la oralidad procesal.

Entre tanta literatura jurídica al respecto, véase el magnífico ensayo: CAPPELLETTI, M., *Procédure écrite et procédure orale*, que es la relación presentada al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado organizado por la International Academy of Comparative Law (Pescara, 29 agosto-5 setiembre 1970) que aparece ahora en la versión italiana con el nombre *Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo*, publicado en el libro *Giustizia e Società* (Edizioni di Comunità, 2a ed., Milano, 1977) p. 145-219.

(112) Art. 165 L.R.A.

(113) ZELEDON, R., Elementos de calificación del Fuero privativo agrario del Perú dentro del nuevo período histórico-jurídico, y su influencia en América Latina, *supra* nota 11, p. 206.

(114) "El proceso oral hace posible el contacto inmediato entre las partes y el Juez" (CHIOVENDA, G., *Principi di Diritto processuale civile*, *supra* nota 82, p. 568-69), pero cuando aún en un proceso oral este contacto no se manifiesta plenamente se presencia una verdadera desviación del principio de la inmediatez (CHIOVENDA, G., *Ibid*, p. 591) pues este principio "consiste en aquello que las partes comunican directamente entre ellas o con el juez que debe proveer y el juez comunica directamente con las partes y con las otras personas que intervengan en el proceso" (CHIOVENDA, G., *Ibid*, p. 590-91).

(115) Esto es un aspecto realmente álgido de la concepción del sistema procesal agrario venezolano, sobre todo si se toma en cuenta que la importancia procesal de la oralidad "ha sido presentada como una garantía de mayor correspondencia de la decisión de la causa a la verdad de los hechos" (CHIOVENDA, G., *Ibid*, p. 567).

(116) En efecto "hablar de un proceso a tipo dispositivo para controversias sobre derechos indisponibles sería en efecto una contradicción de términos" (CALAMANDREI, P., *Il processo inquisitorio e il diritto civile*, publicado en *Giurisprudenza italiana*, 1939, IV, p. 237-46, luego en *Studi sul processo civile* (Cedam, Padova, 1947) V, p. 53-65, ahora en *Opere Giuridiche*, I, p. 415-26, 419).

(117) Para un interesante análisis del principio véase FAIREN GUILLEN, V., Los principios procesales de oralidad y de publicidad general y su carácter técnico o político, publicado en la *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1975, 2-3, p. 309 ss.

(118) Es el interés general el que determina en último análisis la exigencia de la inquisitorialidad en el proceso (SATTI, S., *Diritto processuale civile*, *supra* nota 17, p. 148).

principios liberales informadores del proceso (119) civil ordinario al conceder amplios poderes al Juez, limitando las amplísimas facultades de las partes (120) y sus consecuentes abusos para obtener la verdad (121), como modo de garantizar el cumplimiento de los fines últimos del Derecho agrario a través de la jurisdicción (122).

En estos países —según se ha indicado (123)— los poderes del Juez tienen interesantes modalidades: en México el órgano agrario se encuentra facultado para iniciar y mover el proceso de oficio, así como dirigir, suplir, complementar, y actuar oficiosamente para la búsqueda de la verdad y la pronta solución de los asuntos de su conocimiento (124); en Perú también cobra particular importancia este aspecto en cuanto el Juez tiene la obligación de tutelar los intereses de las partes para aplicar la normativa que tutela sus derechos, sobre todo cuando comparecen litigando desprovistas de asistencia técnica jurídica, adquiriendo el carácter de director del proceso al ejercer una verdadera función activa (125); finalmente, en Venezuela, el

Juez tiene la potestad de dictar resoluciones para aligerar los trámites, y actuaciones; evacuar el elemento probatorio, pudiendo rechazar probanzas que estime impertinentes y proceder al cierre de la fase de pruebas cuando considere cumplido su objetivo (126).

El principio inquisitivo en el proceso agrario no es más que la puesta en acto de la publicización o socialización del Derecho sustantivo agrario (127), en cuanto exige al Juez que busque la verdad facultándolo ampliamente para conducir el proceso y ordenar la prueba (128) necesaria para encontrar precisamente esa verdad y hacer así justicia (129).

C) En cuanto a la justicia y defensa técnica gratuita como principio procesal también presente en el sistema procesal agrario latinoamericano se encuentran interesantes modalidades en los diferentes ordenamientos jurídicos. La particularidad del defensor agrario (130) —justificable para algunos solo en materia penal— obedece, como se ha

- (119) Cfr. ANSELMI BLAAS, V., *Il processo agrario speciale*, *supra* nota 31, p. 125; y DENTI, V., *¿Un nuovo caso di processo inquisitorio?* publicado en la *Rivista di Procedura Civile*, 1963, p. 422 ss.
- (120) "Si son las partes las que pueden dar al proceso un determinado sentido de dirección en el ejercicio de su poder dispositivo y de aportación de materiales por iniciativa propia y no del Juez, solamente se conseguirá la obtención de una verdad formal con el único fin de ponerse de acuerdo sobre el conflicto de intereses que plantearon", FAIREN GUILLEN, V., *Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento*, publicado en *Anuario de Derecho Civil*, 1949, p. 1345 y ss., ahora en *Estudios de Derecho procesal* (Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955) p. 253-80, 262.
- (121) "Una vez iniciado el proceso —sostiene CALAMANDREI— el abuso clásico o tradicional que una parte o la otra intentará (o a lo mejor ambas de acuerdo) será aquel de alargarlo. . . y el vocabulario judicial se ha llenado, desde la antigüedad, de palabras que cuelgan todas las matizaciones de esta enfermedad endémica de los juicios: *tergiversar, fatigar, vejar, agotar, reenviar, diferir*. . ." (CALAMANDREI, P., *Il processo come giuoco*, publicado en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti* (Cedam, Padova, 1955) II, p. 485-511, y en *Rivista di Diritto Processuale*, 1950, V, p. 23-51, luego en *Studi sul processo civile* (Cedam, Padova, 1957) VI, p. 43-71, ahora en *Opere Giuridiche*, I, p. 537-62, 548). Porque "en todo proceso sucede casi siempre que, de frente a la parte que tiene prisa está la que quiere ir lento: generalmente quien tiene prisa es el actor, y quien no la tiene es el demandado, interesado en alejar lo más posible el sacar cuentas. Pero puede suceder que el espíritu retardatario esté de parte del actor, cuando, conociendo su equivocación, busca tener en pie la causa lo más que puede, para fatigar al adversario tímido bajo aquella espada de Democles, para inducirlo a aceptar una transacción" (CALAMANDREI, P., *Ibid.*, p. 548).
- (122) Cfr. ARAGONESES, P., *Proceso y Derecho procesal* (Aguilar, Madrid, 1960) p. 280.
- (123) Véase *supra* nota 3.
- (124) Cfr. CHAVES PADRON, M., *El proceso social agrario y sus procedimientos*, *supra* nota 33, p. 33-34.
- (125) Cfr. ZELEDON, R., *Elementos de calificación del Fuero privativo agrario del Perú dentro del nuevo período histórico-jurídico, y su influencia en América Latina*, *supra* nota 11, p. 203, 210-14.
- (126) Art. 6 L.J.A.
- (127) Cfr. CAPPELLETTI, M., *Ideologie nel diritto processuale*, *supra* nota 75, p. 25.
- (128) "Se habla de principio dispositivo, cuando la determinación del tema de la causa y la recolección del material de decisión son dejados al poder de disposición de las partes, y de principio inquisitivo, cuando tal determinación y tal recolección son por el contrario dejadas a la iniciativa del Juez" (CALAMANDREI, P., *Istituzioni di Diritto processuale civile*, *supra* nota 20, p. 192).
- (129) Consecuencia fundamental de la publicización "es la necesidad de una pronta actuación de la justicia y, por tal, de un *modus procedendi* diferente del juicio ordinario, además de una función asistencial del juez por el cual él no sea más un árbitro que asista, sin intervenir, al duelo jurídico que se desarrolla entre las partes, sino que la guíe en la investigación de la verdad" (GERMANO, A., *Il processo agrario*, publicado en el volumen colectivo *Manuale di Diritto agrario italiano*, U.T.E.T., Torino, 1978, p. 627-88, 629).
- (130) "El defensor —sostiene SATTA— más que un representante de la parte, es una figura particular del derecho particular, que no encuentra verificación en las ordinarias categorías del derecho privado", en SATTA, S., *Diritto processuale civile*, *supra* nota 17, p. 91. Para un análisis histórico y comparativo del defensor, véase CAPPELLETTI, M., *Povertà e giustizia*, publicado en *Foro italiano*, 1969, ahora en *Giustizia e Società*, p. 237-66.

dicho, a un concepto moderno de proceso, producto de un Estado que garantiza la tutela de los derechos de las partes desde su primera fase (131) como forma de igualar las diferencias entre los contendientes (132), extremadamente patente en materia agraria (133); por otra parte, de la misma inspiración, reverbera la necesidad de hacer la justicia accesible a todos en cuanto ésta no constituya una carga económica a superar, por eso en el proceso agrario generalmente existe exención del pago de especies fiscales, de diligencias realizadas por empleados judiciales, etc.

En México desde 1921 se creó la Procuraduría de los Pueblos (134) convertida actualmente (135) en la Dirección de inspección, procuración y quejas de la Secretaría de la reforma agraria, cuya función consiste en brindar asistencia jurídica a las partes en el proceso y patrocinar gratuitamente a los poblados que lo soliciten, para cumplir así con las exigencias sociales del Derecho procesal agrario mexicano (136) que desde principio de Siglo ha venido interpretando y promoviendo institucionalmente esta nueva materia.

En Perú, sobre la misma tesis mexicana, la Ley de Reforma Agraria No. 17716 consagró el derecho de los campesinos a la defensa gratuita (137) encomendada a la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Agricultura, en la cual se encuentra una sección especial denominada Oficina de Defensa Gratuita de Campesinos, cuyo

objetivo también consiste en brindar a los campesinos profesionales en Derecho para que les conduzcan las causas judicialmente, incluso, cuando el campesino no pudiese ser asistido por un abogado del Ministerio de Agricultura se han instituido en los diferentes Juzgados de tierras los defensores de oficio pagados por el mismo Ministerio con lo cual se da una cobertura total.

En Venezuela, por otra parte, el Instituto se ha perfeccionado bastante al crear la Procuraduría agraria (138) la cual garantiza la defensa y asesoría jurídica a los campesinos judicial y administrativamente (139) para la tutela de sus derechos, no solo en estrados o frente a la administración de justicia sino también con terceros para lograr extrajudicialmente soluciones previas. El Procurador agrario (140), que es en esencia el funcionario que está a la base del instituto de la Procuraduría, tiene amplísimas facultades para tutelar los derechos de los sujetos beneficiarios de la Ley de reforma agraria al punto que acciona con solo que tenga en conocimiento la violación o trasgresión de ellos (141).

Tanto en México, como en Perú y Venezuela, las partes no deben sufragar los gastos ocasionados por la puesta en marcha de la justicia, como sucede normalmente en las otras sedes jurisdiccionales para lograr así cumplir con un proceso económico.

La justicia y defensa técnica gratuita han sido correctamente interpretadas en América pues las grandes limitaciones históricas de los no habientes

- (131) KLEIN, F., *Zeit-und Geistesstromung im Prozess* (Leipzig, 1901) publicado ahora en *Deutsches Rechtsdenken* (Frankfurt, 1958) fascículo 3, citado por BAUR, F., *Potere giudiziario e formalismo processuale*, *supra* nota 90, p. 1689.
- (132) MENDER, A., *Il diritto e il proletariato*, *supra* nota 64, p. 23.
- (133) "En el proceso agrario el ministerio del defensor es siempre necesario", ANSELM BLAAS, V., *Il processo agrario speciale*, *supra* nota 31, p. 126.
- (134) Véase el artículo 4 del Decreto del 22 de noviembre de 1921 que desarrollando el programa político de la Revolución estableció "la creación de la Procuraduría de los Pueblos".
- (135) La Procuraduría de los Pueblos en 1936 pasó a integrar el Departamento Autónomo de Asuntos Indígenas, incluido dentro del Ministerio o Secretaría de Educación Pública, desapareciendo en 1946. A través del Decreto del 1 de julio de 1953 se creó nuevamente dependiente de la Secretaría de la reforma agraria como Procuraduría de asuntos agrarios, convertida casualmente con la L.F.R.A. en Dirección de inspección, procuración y quejas.
- (136) CHAVEZ PADRON, M., *El proceso social agrario y sus procedimientos*, *supra* nota 33, p. 55.
- (137) Art. 154 L.R.A.
- (138) El origen institucional de la Procuraduría agraria se encuentra en Venezuela fundamentalmente en el artículo 68 de la Constitución Política que consagra el derecho a utilizar los organismos de la administración de justicia para la defensa de los derechos de los ciudadanos ("Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes. La defensa es derecho inviolable de todo estado y grado del proceso"), posteriormente en la creación de la Procuraduría general de trabajadores a través de la L.J.L. por la cual se le dio asesoría y defensa a éstos, finalmente, el proyecto de ley de jurisdicción agraria creaba una defensoría agraria para ofrecer asistencia técnico-jurídica al campesino, sin embargo, antes de la promulgación de la ley, en marzo de 1971, el Directorio del I.A.N. creó la Procuraduría agraria para brindar asistencia jurídica gratuita a los campesinos.
- (139) Ver ZELEDON, R., *La jurisdicción agraria en Venezuela*, *supra* nota 12, p. 617.
- (140) Arts. 24-31 L.J.A.
- (141) Inciso f), art. 30 L.J.A.

frente a la justicia y el Estado (142) han sido siempre un gran obstáculo para las clases pobres y campesinas del continente.

6. Se llega a un punto, que por práctico parece inatendible, bastante interesante para dar un marco global de las vicisitudes del sistema procesal agrario latinoamericano, se trata de la técnica legislativa empleada en los diferentes ordenamientos jurídicos para crear la jurisdicción agraria y sus eventuales límites.

En materia procesal agraria se pretende el establecimiento de una jurisdicción especial o especializada con el objeto de conocer de un conjunto normativo referido al Derecho agrario. La jurisdicción (143) tiende en América a ser especializada (144) agraria, pues desde hace más de treinta años no existe ningún intento en sentido inverso, lo que excluye cualquier previsión del Poder Ejecutivo; por ésto, preferiblemente, debe centrarse la atención sobre un intento estrictamente legislativo.

Por otra parte, desde un punto de vista legislativo parece también estar excluida la posibilidad de emanar un código procesal agrario (145) pues todo un conjunto de principios fundamentales existen en otros códigos más acabados (146) de los cuales sin dificultades se extraen las principales directivas.

La experiencia del continente en esta materia demuestra que un conjunto normativo pequeño es suficiente para cumplir con las necesidades de una buena técnica legislativa, bien formando parte de la Ley de reforma agraria como en los casos de

México y Perú en que constituye solamente un capítulo, o bien, como en Venezuela que se ha concebido una pequeña ley orgánica, en virtud de las cuales se establecen las pautas principales del rito a seguir, así como los principios fundamentales que inspiran el proceso y el entero sistema, remitiendo en aspectos secundarios o específicos a otras legislaciones que no riñan con sus principios.

7. Al llegar a la conclusión resulta interesante extraer del estudio comparativo los aportes jurídico-dogmáticos del proceso agrario latinoamericano al Derecho procesal agrario, o quizás, llamándolo de otra forma, las grandes directivas marcadas en el continente sobre las cuales aparentemente se irá desarrollando el naciente movimiento y se asientan las bases institucionales para el entero sistema procesal agrario.

En primer lugar, la función jurisdiccional se ha reencontrado definiendo un magnífico sistema con una jurisdicción encargada de conocer los asuntos propios de la materia jurídica agraria a través de órganos adscritos a ella, dotados de una amplia competencia, en un proceso (con principios propios) apto para cumplir con los objetivos (147) estrechamente ligados al hecho técnico agricultura y a las desajustadas relaciones sociales que giran en torno a ella.

En el reencuentro de la función jurisdiccional, es decir en la definición general del sistema procesal agrario latinoamericano que entraña una organización propia ahora inspirada sobre un conjunto de

(142) "El sentido de frustración y de alienación de los pobres, que sienten la máquina de la justicia del Estado —y por tal el derecho mismo del Estado— como algo extraño e inalcanzable, y por ello en último análisis hostil, es una tragedia que da frutos bastante peligrosos" CAPPELLETTI, M., *¿La giustizia è uguale per tutti?* publicado en *Resistenza*, XXIII, No. 6, junio de 1969, p. 8, ahora en *Giustizia e Società*, p. 233-36, 235.

(143) Para un análisis de la evolución histórica del concepto de jurisdicción véase CALAMANDREI, P., *Istituzioni di Diritto processuale civile*, *supra* nota 20, p. 77-79, y, SERRA DOMINGUEZ, M., voz *Jurisdicción* publicada en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, XIV, ahora en *Estudios de Derecho Procesal* (Ariel, Barcelona, 1969) p. 23-49.

(144) La jurisdicción especial, siendo producto generalmente de los estados de emergencia o extraordinarios, carece de sentido en materia agraria, "es de esperar que tan pronto se desvanezcan recelos injustificados respecto de la judicatura, o el Ejecutivo se convenza de que jamás debe intervenir en menesteres procesales, sea cual fuere su índole, se alcance la plena jurisdiccionalización de los litigios agrarios, como la de los de cualquier otro género" (ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Delimitación del proceso agrario: litigio, jurisdicción, procedimiento* publicado en *Atti della Seconda Assemblea dell'Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato* (Giuffrè, Milano, 1964) I, p. 435-64, 446-447).

(145) Cuando MASREVERY menciona un código no lo hace en el sentido estricto de la palabra, se refiere sobre todo a un conjunto de principios: "El ideal sería hallar la fórmula más universal, que podría servir de base para una especie de Código universal de principios de justicia agraria, que a su vez serviría de patrón a todos los países de manera que los problemas relativos al binomio hombre-tierra fuesen tratados con una misma filosofía" (MASREVERY, J., *Derecho agrario y justicia agraria*, F.A.O., Roma, 1974, p. 68).

(146) "Carecería por completo de sentido que para resolver las controversias agrarias se elaborase un código aparte del procesal civil, con el que forzosamente habría de coincidir en la inmensa mayoría de sus principios y disposiciones, so pena de que el afán de ser antes cabeza de ratón que cola de león arrastrase a los ofuscados procesalistas agrarios a instaurar a cada paso divergencias caprichosas y perturbadoras"; (ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Delimitación del proceso agrario: litigio, jurisdicción, procedimiento*, *supra* nota 144, p. 459).

(147) "La función jurisdiccional se realiza por los órganos especialmente adscritos a ella, empleando como medio instrumental el proceso, para hacer efectivo subjetivo público a los ciudadanos" (PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ, L., *Derecho procesal civil*, Tecnos, 3a. ed., Madrid, 1975, I, p. 23).

normas bastante similar, la existencia de tribunales agrarios es un aspecto fundamental en cuanto constituye la aspiración más alta y a su vez la condición *sine qua non* para la vigencia histórica de cualquier modelo (148), así como fundamental resulta comprender perfectamente la técnica legislativa para la creación de los órganos, la competencia, el proceso y sus principios procesales, los cuales, a su vez, unilateralmente obedecen a un grado evolutivo determinado cuyas directivas se deben interpretar adecuadamente.

En la técnica legislativa para la creación del instrumento procesal agrario la experiencia americana aconseja se haga a través de un conjunto sencillo de normas —bien concebidas en una ley orgánica, o integrando la normativa de la reforma agraria o cualquiera otra ley general— en que se pauten las directrices fundamentales del nuevo proceso y se remita a otras leyes orgánicas más amplias, o bien a Códigos, para aspectos concretos al rito o de las formalidades procesales sin importancia capital al nuevo proceso por ser generalmente iguales para todo tipo de causa. El contenido del instrumento necesariamente debe comprender: la conformación de la materia procesal agraria extrayendo de la jurisdicción genérica una parte para el conocimiento de esta parte específica, la creación de los órganos agrarios con sus poderes y límites, el establecimiento de una competencia para ser conocida por los órganos en ejercicio de la jurisdicción, y, un proceso en el que se conozcan las causas comprendidas en la competencia, fijando los principios procesales inspiradores del proceso y su sistema.

Los órganos agrarios inexorablemente deben estar incluidos dentro del Poder Judicial (149).

con la autonomía de decisión jerárquica, económica y política de los demás tribunales y poderes públicos (150). En primera instancia el órgano debe ser unipersonal, ubicado preferentemente en los lugares donde el problema agrario es más evidente (por ejemplo en las zonas marcadas por el Poder Ejecutivo, o el ente de reforma, para dar ejecución a la reforma agraria, dejando de lado el criterio tradicional que obedece sobre todo a la división política del país), con poderes suficientes para la búsqueda de la verdad pues la primera instancia debe ser fundamental en cuanto el Juez se encuentra directamente en contacto con la prueba, las partes, y sobre todo inmerso en un lugar del cual debe conocer las características sociales, económicas, agrícolas e incluso psicológicas (151); en segunda instancia el órgano agrario puede ser indistintamente colegiado como en el caso del Perú o unipersonal como en Venezuela, pero debe ser el que resuelva definitivamente la causa con autoridad de cosa juzgada. Los requisitos para ser titular del órgano han de ser los mismos de los jueces ordinarios, con cierta especialidad en la materia jurídica agraria (152), pero ha de tratarse de jueces motivados por el papel que cumplen pues a ellos corresponde sentar las bases de una sociedad más justa (153).

La competencia de los órganos agrarios, después del interesante grado evolutivo alcanzado en este aspecto, ha de ser sobre toda la normativa del Derecho agrario, en especial de los asuntos en que hay intereses colectivos como en los casos de contratación agraria o las diferencias de intereses en la explotación de bienes agrarios (154). Una competencia parcial (vgr. referida a la expropiación agraria, a la normativa de la reforma agraria, o acciones particulares) no tiene sentido en este momento.

- (148) El establecimiento de tribunales agrarios "es una de las cuestiones a la que conduce forzosamente la evolución del Derecho (FIX ZAMUDIO, H., *Lineamientos del proceso social agrario en el Derecho mexicano*, publicado en *Atti della Seconda assemblea dell'Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato* (Giuffrè, Milano, 1964) I, p. 369-429, 415.
- (149) El Derecho agrario requiere "de una reforma procesal, que aprovechando el indudable progreso de nuestra legislación instrumental agraria, efectúe una verdadera estructuración procesal creando tribunales agrarios organizados judicialmente" (FIX ZAMUDIO, H., *Ibid*, p. 422-23).
- (150) ZELEDON, R., Estado y evolución de la jurisdicción agraria en América Latina (desarrollo conceptual y perspectivas histórico-jurídicas), *supra* nota 1, p. 139.
- (151) GERMANO, A., Il processo agrario, *supra* nota 24, p. 9.
- (152) No se requiere "especializaciones exageradas" (ZELEDON, R., Estado y evolución de la jurisdicción agraria en América Latina (desarrollo conceptual y perspectivas histórico-jurídicas), *supra* nota 1, p. 139) como se ha hecho en algunos proyectos de ley (ZELEDON, R., Hacia la jurisdicción agraria en Costa Rica, *supra* nota 13, p. 800) en que se pide al Juez Superior incluso estudios de postgrado en Derecho agrario, completamente absurdo dentro de la realidad latinoamericana.
- (153) FIGALLO, G., El Fuero privativo agrario peruano, *supra* nota 41, p. 50.
- (154) ZELEDON, R., Estado y evolución de la jurisdicción agraria en América Latina (desarrollo conceptual y perspectivas histórico-jurídicas), *supra* nota 1, p. 139.

El nuevo proceso agrario, de carácter publicista (155), busca cumplir con las exigencias sociales del Derecho agrario y en consecuencia es corto, barato, carente de formalidades, accesible al campesino. Para el establecimiento del rito a seguir la experiencia latinoamericana marca dos distintos caminos: se elabora un procedimiento sencillo, original, para la materia jurídica agraria conforme a las exigencias de cada ordenamiento jurídico y de la realidad social que debe regular como en el caso del Fuero privativo agrario del Perú (156), o bien, aprovechando un procedimiento similar, como es el laboral, adoptarlo haciéndole las modificaciones necesarias para que sea funcional, como en el caso de la jurisdicción especializada agraria de Venezuela (157). Para cumplir con las características (de corto, barato, carente de formalidades, accesible al campesino) el proceso agrario ha ponderado enormemente la primera instancia pues en verdad es ahí donde se realizan las actividades procesales más importantes, sobre todo en cuanto a la recolección de la prueba y constatación de la verdad de los hechos, dejando la segunda instancia como un control de legalidad (158) y solo en el caso venezolano aún se mantiene el recurso extraordinario de Casación, el cual encontraría razón de ser solamente en el caso de que el Tribunal encargado de conocer de este recurso fuera especializado en materia agraria pues de lo contrario —como sucede actualmente— a ese grado se pierde la especialización concebida para la primera y segunda instancia, por otra parte el recurso de Casación también constituye —dentro de la filosofía inspiradora del sistema— una negación del principio de celeridad buscado también por el proceso agrario. Entre la multiplicidad de procedimientos, en América el contencioso agrario cobra cada día más vi-

gencia en cuanto constituye no solo un instrumento más moderno, sino, principalmente, una forma de permitir el conocimiento más amplio de todo el Derecho agrario, lo que no sucede en tratándose de procedimientos especiales que agotan con su existencia el número de acciones.

Los principios procesales, finalmente, dan el acabado perfecto al sistema procesal agrario latinoamericano. Estos difieren sustancialmente de aquellos del proceso civil, penal, contencioso administrativo, en cuanto deben informar un conjunto de relaciones jurídicas y sociales muy diferentes a los de aquellos. El proceso agrario es un proceso realmente moderno y por eso comulga con el movimiento de la oralidad (159), y el principio del mismo nombre, en virtud del cual va a existir un estrecho ligamen entre el Juez, las partes, los defensores, pero especialmente la prueba que se recibe con la presencia de todos en una o pocas audiencias en forma verbal, así, junto a la oralidad también estará presente el principio de la inmediatez y la concentración, permitiendo la simplicidad y racionalidad de las formas; por otra parte, el proceso agrario, dada la naturaleza de las relaciones jurídicas agrarias, ha adoptado el principio inquisitivo como modo de concederle al Juez el impulso del proceso para la obtención de la verdad, limitando los poderes que el liberalismo irrestrictamente le había concedido a las partes; todo esto se encuentra magníficamente acabado por el principio de la justicia y asistencia jurídica gratuita al campesino, como forma de darle contenido real a la igualdad de las partes en el proceso.

Los aportes dado por el proceso agrario latinoamericano al Derecho procesal agrario constituyen verdaderos baluartes para la construcción dogmática de la nueva clasificación jurídica.

-
- (155) El denominado movimiento procesal publicista "tiene a restituir al Juez en el proceso civil su verdadero carácter de entidad pública interesada únicamente en hacer justicia del modo mejor y más rápido mediante la devolución a él de la autoridad que los códigos franceses le habían arrebatado a través de la limitación del principio dispositivo" (FAIREN GUILLEN, V., *Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento*, *supra* nota 120, p. 271-72).
- (156) FIGALLO, G., *El Fuero privativo agrario peruano*, *supra* nota 153, p. 49-52, y ROBLES RECAVARREN, A., *La administración de justicia en la nueva estructura agraria peruana* (Ital-Perú, Lima, 1977) p. 45-52.
- (157) DUQUE CORREDOR, R.J., *Justicia agraria y proceso agrario* (Colegio de Abogados, mimeografiado, Arauca, 1977) p. 45-55.
- (158) Sostiene CAPPELLETTI que "cada vez que se alcanza un nuevo grado de jurisdicción, no se hace solo un servicio a una parte, aquella que se ha equivocado, sino se hace también obviamente un servicio a la otra parte, a aquella que ha tenido razón. El exceso de garantías se regresa contra el sistema" CAPPELLETTI, M., *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano*, publicado en *Giurisprudenza italiana*, 1969, IV, p. 81-88, ahora en *Giustizia e Società* (Edizioni di Comunità, 2da. ed., Milano, 1977) p. 111-22, 117.
- (159) Para todo véase CHIOVENDA, G., *La oralità e la prova*, publicado en *Rivista di Diritto Processuale Civile* 1924, luego en *Saggi di Diritto processuale civile*, (Soc. Foro italiano, Roma, 1931) II, p. 198.

EL DELITO DE HURTO DE GANADO

Dr. Jorge Hernán Rojas Sánchez.

CONTENIDO:

I. Introducción.	50
II. Breve reseña y análisis de la legislación positiva.	50
III. Características de los sujetos del delito.	52
A) Sujeto pasivo.	53
B) Sujeto activo.	53
IV. Problema que presenta su investigación.	53

INTRODUCCION

El delito de hurto de ganado es muy corriente en algunas zonas del país, especialmente en la zona de Guanacaste, considerada por los técnicos en la materia, como región que en su mayoría debe ser dedicada al desarrollo ganadero por sus condiciones climatológicas. De ahí que, he considerado de interés, sin pretender agotar el tema, hacer en torno a esta figura delictiva y aprovechando la experiencia como juzgador en esa zona, un breve análisis de la historia de este delito; cómo lo contempla nuestra legislación vigente y cuáles son las características de los sujetos que participan. Al juzgar un delito, el Juez debe, además del conocimiento del derecho, saber la situación de los sujetos activo y pasivo. Para tener más claridad a la hora de dictar el fallo, de ahí que trate en este estudio el punto.

También quiero, para efectos prácticos, comentar el *modus operandi* del autor de un hurto de ganado, tocando las dificultades que se presentan en la investigación para ir las salvando en lo posible y tratar de que al Tribunal le llegue la verdad real y la sentencia sea justa.

II. Breve Reseña Histórica de este delito y Análisis de la Legislación Positiva.

La ganadería es una actividad tan antigua como la humanidad misma. Encontró el hombre, desde un principio en la ganadería, un medio de subsistencia y en ciertas sociedades han llegado las vacas a adquirir importancia religiosa (1).

No puede negarse que la explotación de la ganadería, sobre todo la bovina fue una gran ayuda para los pueblos que se desarrollaron en condiciones precarias, especialmente los nómadas que encontraron en esta actividad un buen medio de subsistencia y fuente de riqueza y hasta les permitió sedentarizarse. La ganadería es una actividad en constante desarrollo, porque es lucrativa en mayor

o menor grado, dependiendo tal cosa del precio en el mercado internacional y porque es un oficio que se hereda, adquiriendo fama dentro del grupo, quien posea el mejor hato y siempre se tendrá como meta el mejoramiento. Siguiendo el criterio de la doctrina mercantil de dividir toda la actividad en industrias, podemos considerar a la ganadería como una industria de cultivo, pues no podemos decir que sea una industria extractiva, como es la explotación forestal realizada irracionalmente.

Como toda actividad lucrativa, tropieza la ganadería con una serie de factores o problemas que la afectan, teniendo su origen algunos en fenómenos naturales y de otro tipo, como es la sequía, enfermedades que afectan los semovientes, problemas de comercialización, los contrabandos de ganado, y del que nos ocuparemos aquí concretamente, que se origina en la actividad delictiva de sujetos que se dedican al hurto de ganado, con grave perjuicio para los ganaderos.

Vale la pena comentar someramente, que el contrabando de ganado especialmente del vecino país del norte, afecta mucho la ganadería, porque las plantas destazadoras costarricenses las adquieren en circunstancias, que les reporta más utilidad que el nacional, especialmente cuando el precio del ganado es bajo en Nicaragua, aumentándose la oferta con la lógica consecuencia, de que se baja el precio del ganado en nuestro país y se cubren las cuotas de exportación, antes de que los ganaderos costarricenses hayan podido vender sus existencias. Sin embargo el contrabando de ganado por la zona norte es muy difícil de evitar por la escasa vigilancia de la frontera; también la legislación que rige la materia y define al delito de contrabando de ganado no ha sido actualizado en beneficio de la ganadería nacional y los Tribunales han tenido problemas a la hora de sancionarlo (2).

Volviendo sobre el hurto de ganados, es un delito que se ha cometido desde que personas se han dedicado a la explotación ganadera con ánimo de lucro.

La Biblia (3) se ocupó del problema y sancio-

- (1) En la India las vacas son objeto de gran respeto considerándolas sagradas. Son consideradas el símbolo de la parsi-monia.
- (2) Las leyes que regulan la importación y exportación de ganado vacuno fueron emitidas hace años. La número 2930 de 5 de diciembre de 1966, la número 6 de 30 de agosto de 1932, la número 34 de 2 de julio de 1932, la número 13 de 30 de mayo de 1932. Aunque hay otras leyes referidas a la ganadería más reciente no regulan en forma directa lo relacionado con el contrabando de ganado.
- (3) Exodo 22-1.

nó la conducta de las personas que se dedicaban a sustraer ganados, severamente a la vez que reguló otros aspectos relacionados con la ganadería, dada la importancia que tenía desde esa época. A partir de las doce tablas, todas las legislaciones represivas se han ocupado del hurto de ganado por el grave problema que ocasiona a una actividad que en muchos países significa una de las principales fuentes de divisas para su economía, además de una fuente de alimentos.

En Costa Rica, la ganadería tiene gran importancia como actividad económica. Los ganaderos se han preocupado por mejorar sus hatos experimentando con razas y pastos apropiados para la zona (4). El hurto de ganado ha sido y es un fuerte azote de esta actividad agropecuaria, lo que nos ha movido para hacer el presente comentario, que consideramos puede tener interés sobre todo en zonas ganaderas donde los tribunales con frecuencia conocen de esta especie de delito.

El legislador costarricense preocupado por este problema, ha sido celoso en emitir leyes que castiguen el hurto de ganado. Para no enfrascarnos en el aspecto histórico, podemos empezar citando la llamada ley de protección agrícola o de mero-deo, (5) considerada una ley draconiana por la dureza de sus penas y las limitaciones en la defensa que tenían quienes incurrieran en las conductas que definía su articulado. Tal era el criterio de protección que existía para el ganadero y el agricultor en esta ley, que por medio de un decreto ejecutivo (6). Para asegurar su cumplimiento se dio carácter de autoridad a los mandadores de fincas (7).

El delito de hurto de ganados, considerado por nuestra legislación penal como hurto agravado es sancionado, también severamente por las circunstancias especiales en que se encuentra el objeto de este delito, el ganado, que permanece pastando sin la protección directa de su dueño, generalmente en lugares alejados a los centros de población.

Esta es la principal causa por lo que se agrava

este delito. Ya hemos dicho que algunos pueblos primitivos consideraban a los animales vacunos como sagrados y hasta llegaron a castigar el hurto con pena de muerte (8).

A la sustracción de ganado se le llama también abigeato, que significa echar por delante, arrear, que es la palabra descriptiva de cómo se consuma el hurto de los animales. La facilidad que ofrece para el ladrón el hurto de los ganados y la circunstancia de que se encuentran en campo abierto con la consiguiente dificultad del dueño para vigilarlos constantemente, es lo que hace que el Código Penal costarricense en el artículo 209 inciso 1 lo define como hurto agravado, sancionándolo con prisión de un año hasta diez años. Puede suceder y de hecho sucede, que para sustraer ganado, se corte la cerca de la finca donde está pastando debiendo determinar el Juez si incurre el sujeto pasivo en la conducta que tipifica el artículo 212 del código represivo, que define como robo simple la conducta de quien para cometer la sustracción hace uso de la fuerza sobre las cosas, siendo obvio que para cortar una cerca hay que ejercer fuerza sobre la misma. Pero no puede calificarse como robo esa conducta cuando el apoderamiento del ganado se refiere porque se considera que el robo simple se configura cuando se ejerce fuerza sobre las cosas que sirven de protección o defensa de los bienes que se sustraen, no en el caso de los ganados, donde las cercas no son construidas con ánimo de dar protección sino con la intención de impedir la salida de los vacunos del lugar donde pastan. Es por esa razón que no estamos cuando nos encontramos con un hurto de ganado ante un robo sino ante un hurto agravado, el cual se califica por la dificultad de la vigilancia de los objetos, igual que sucede cuando los objetos sustraídos son aves de corral, frutos, objetos de viajero y demás casos que engloba el artículo 209 del Código Penal. Sin embargo, existe la posibilidad de que el apoderamiento ilegítimo de un animal vacuno configure el delito de robo que tipifica y define el artículo 212 del Código Penal. Si un finquero, tiene por alguna circuns-

-
- (4) Don Fernando Castro Cervantes de grata memoria, en los últimos años de la década de los treinta y en década de los cuarenta, trajo al país el ganado cebú y también la semilla de pasto jaragua, lo que dio un gran auge a la ganadería, porque la raza y la variedad del pasto encontraron en nuestras tierras un buen medio para el desarrollo.
- (5) Ley número 23 de 2 de julio de 1943.
- (6) Decreto ejecutivo número 13 de 26 de enero de 1950.
- (7) Artículo 209 inciso 1 del Código Penal de Costa Rica.
- (8) Los negros de Guinea castigaban el hurto de una bestia con la muerte, lo mismo que el hurto de un niño, porque dicen que estas criaturas por ser mudas no pueden pedir socorro, Narra Tissot, Droit Penale. Volumen 11, pág. 85, citado por Carrara. Programa Derecho Criminal, Parte Especial, tomo 6, pág. 90.

tancia especial un semental u otro bovino que requiera un cuidado especial en un establo debidamente cerrado, con defensas que superan las simples cercas que impiden la salida de los semovientes, incluso bajo llave, de tal forma que para sustraerlo sea necesario ejercer fuerza para salvar las defensas, quien incurra en esa conducta, estará incurriendo en la que tipifica y define el artículo 212 del código punitivo como un robo simple y no la de hurto agravado. No debe olvidarse que la ley sanciona más fuertemente la peligrosidad demostrada por el sujeto activo y no hay duda de que actúa con más peligrosidad quien sustrae un semoviente de su establo ejerciendo fuerza sobre las defensas que tiene, que quien se apodera de los semovientes que pastan en los potreros libremente. Sin embargo, si ese mismo semental es sustraído de su establo donde se encuentra encerrado pero el apoderamiento se realiza sin ejercer fuerza sobre las cosas porque para abrir el aposento donde se encuentra sin llave no es necesario romper nada, sino un actuar normal como lo hace la persona encargada de cuidarlo, se presenta el problema de si se incurre en la conducta que tipifica el artículo 209 inciso 1 del Código Penal o estamos ante la figura de hurto simple del artículo 208 del mismo cuerpo de leyes, por no encontrarse el semoviente en campo abierto sino bajo el cuidado directo de su dueño o encargado. Puede considerarse que la agravación del hurto no desaparece, pues uno de los motivos por los que se agrava el hurto de un semoviente, además de por estar en campo abierto es por la facilidad que hay de transportarlo, que es arreándolo o echándolo por delante significado de la palabra abigeato, como se llama también al hurto de semovientes. Sin embargo si tomamos como motivo de agravación del hurto de ganado solo el hecho de que permanezca desprotegido en campo abierto, puede considerarse que la sustracción de una res, que no se encuentra desprotegida sino en un establo, es un hurto simple (9).

III. Características de los Sujetos del delito de Hurto de Ganado.

Considero que al tratar del hurto de ganado, es importante hacer un estudio de los sujetos del mismo, para que los jueces al momento de juzgarlos tengan idea del campo donde tienen que desenvolverse sobre todo para la aplicación del artículo 71 del Código Penal, en lo que se refiere a la imposición de la pena.

A. Sujeto Pasivo.

Las personas que se han dedicado en Costa Rica a la actividad ganadera, ya sea por mantener la tradición familiar y mantener la ganadería que ha recibido en herencia o porque le atrae la actividad y ha logrado convertirse en ganadero, han llegado a formar un grupo que en muchas oportunidades ejercen presión ante el gobierno, demandando generalmente una política ganadera que les permita desarrollar mejor su actividad. Así tenemos que existen Cámaras de Ganaderos en diferentes cantones y provincias quienes luchan tenazmente por sus intereses. Por lo general quienes se dedican a la actividad ganadera, son personas con ideología liberal y aunque con muchas excepciones son personas económicamente acomodadas. Sin embargo en su propio beneficio han aceptado que el Estado por medio de sus instituciones regule esa actividad, sobre todo en lo atinente a la comercialización. El carácter liberal de los ganaderos influye en el tema que nos ocupa, debido a que por su forma de ser, a veces prefiere no denunciar ante las autoridades respectivas las sustracciones de algunas cabezas de ganado porque considera que se va a encontrar con dificultades que prefiere evitar. Son muchos los casos en que el ganadero por sus propios medios logra recobrar los semovientes que le han sustraído o por lo menos una parte y se olvida del asunto. En otras oportunidades descubre que es un empleado que le ha prestado sus servicios durante mucho

(9) No referido a semovientes sino a gallos de pelea, el Tribunal Superior de Liberia consideró en sentencia de las 10:45 horas del 10 de agosto de 1977, que quien había sustraído de los encierros, donde estaban en cuido preparados para pelear, unos gallos no cometió el delito de hurto agravado porque esas aves no estaban en campo abierto, ni podían considerarse aves de corral, ya que el fin con que se tienen es diferente al fin con que se poseen y cuidan otras razas de aves que sí son calificadas como de corral.

tiempo quien le ha sustraído ganado, lo que lo hace desistir de dar parte a la autoridad, aprovechando esta situación para despedir sin indemnización alguna a su trabajador, considerándose así resarcido del perjuicio sufrido. No parece que sean conscientes los ganaderos de su actitud cuando actúan como se ha dicho, pues va en su propio perjuicio. En los Estados Unidos, Estado de Texas, por la gran cantidad de hurtos que tenían que soportar los ganaderos optaron por asociarse formando un organismo que aquí equivaldrían a las Cámaras de Ganaderos, con el objeto de luchar contra los hurtos de ganado y la usurpación de tierras en la zona (10).

B. Sujeto Activo.

En total contraste con el ganadero, encontramos al sujeto activo del delito de hurto agravado, llamado ladrón de ganados o cuatrero. Pocos son los casos en que nos encontramos con una persona que sin ser descubierto en corto tiempo ha logrado hacer del hurto de ganado su *modus vivendi* y adquiere alguna finca sin que sea de gran extensión por lo general hasta que es descubierto. En la mayor parte de los casos el sujeto pasivo del hurto de ganados es persona de bajo nivel cultural, económico y moral. No son pocas las oportunidades que tiene un Tribunal de juzgar a una persona que dé como explicación a su conducta delictiva en perjuicio de su patrono, el bajo salario que le pagan y las pocas comodidades de que disfrutaba en su labor de cuidar los ganados que en determinado momento decidió hurtar.

Para realizar o cometer este delito generalmente se pone de acuerdo el sujeto pasivo con un sabañero de la finca para que deje sin herrar con el fierro correspondiente algunos semovientes, lo que sustrae en determinado momento y dispone de ellos vendiéndolos, después de marcarlos con otro fierro y así evitar que sean identificados. En otros casos, el sujeto activo es una persona que conoce las fincas del lugar donde opera y ayudado de un camión transporta el ganado sustraído a lugares lejanos, no sin antes haber matado o manchado el fierro, marcándolo con otro. Algunas veces los sustratores de ganados escogen una finca que por su extensión el ganado no es revisado a menudo y hacen un fierro que coincida con el que tienen los se-

movientes, agregándole algún signo que deforme el original, evitándose así matar el fierro, lo que es visible y sospechoso para el comprador (11).

Actuando a la par del sujeto pasivo del delito de hurto agravado, tenemos al receptor, o comprador de ganado hurtado, quien es el que mantiene la actividad pues son pocos los comerciantes de ganado que no exigen la guía de transporte del ganado donde conste quién es el verdadero dueño o dueño anterior, no comprando ganado de dudosa procedencia.

Generalmente los receptores de ganados son carniceros quienes compran a precios bajos estos ganados y hacen posible la subsistencia de los que se dedican a hurtar ganados, pues no tienen el problema de cómo deshacerse del objeto del delito. Por regla general quienes se dedican a comprar ganado hurtado, son personas que tienen posibilidades económicas superiores a quien se dedica a sustraerlo y tienen carnicerías.

IV. Problemas que presenta su investigación.

Varios son los problemas que encuentra el investigador de un hurto de ganado vacuno. Poco tiempo después de la sustracción, si no es en forma inmediata, hacen desaparecer el ganado, pues con los medios de transporte que existen, con gran facilidad se traslada de Guanacaste a la Plaza de Montecillos en pocas horas un ganado. Los autores de estos hechos se aprovechan de la noche para realizar el delito sin ser vistos tratando así de asegurarse su impunidad. Además son escasos los investigadores con que cuenta ahora el Organismo de Investigación Judicial, que conocen la materia para dedicarlos a la investigación de este tipo de delitos, para lo que tienen que trasladarse varios días a las fincas en averiguación de los hechos. Sería conveniente que el Organismo de Investigación Judicial sobre todo en zonas ganaderas, tuviera un control sobre los vehículos que tienen capacidad para transportar ganados y facilitar así la investigación. Además debe de ejercerse más control sobre el transporte de ganado, pues el que realiza actualmente la Guardia de Asistencia Rural no resulta suficiente, ya que por los puestos de control, pasa con ganado de legíti-

(10) Entrevista con don Arturo Woolf en el Hotel Las Espuelas de Liberia. 25 de julio de 1978.

(11) Esta situación se da en las fincas de los señores Stewart (Los Wilson) en Bagaces donde según manifestación de los propietarios no saben la cantidad de ganado que tienen.

ma procedencia, dentro de un camión, mucho ganado hurtado. Resulta conveniente, recomendar a los Jueces de Instrucción, que en la investigación de los hurtos de ganado, procedan a identificar el semoviente, al examen de las marcas o fierros que ostenta, lo que debe hacerse lo antes posible y en casos de que tenga fierros difíciles de constatar, se nombre un perito en la materia para que determine las características de las marcas, si fue hecha con fuego, con ácido, antigüedad y demás circunstancias que resulten interesantes. Asimismo debe procederse al avalúo, porque por lo general cuando se da en depósito al ganadero una vez que esté

gordo lo vende pues mantenerlo en su finca le produce pérdidas y cuando se le previene la presentación, opta por reponerlo con otro, sobre el que no daría resultado una inspección o peritazgo.

Con la tecnificación que se busca en la investigación por medio del Organismo de Investigación Judicial y los capaces Jueces con que cuenta la Corte Suprema de Justicia, es muy posible que cada día sean menos los delitos de hurto agravado que se queden sin sancionar, lo que de seguro, hará que disminuyan éstos delitos en todo el país.

* * *



REALIDAD JURIDICO-SOCIAL DE LA MUJER COSTARRICENSE

*Licda. Leda Salvatierra de Durán.
Ana María Trejos de Hidalgo.*

INTRODUCCION

Este estudio fue preparado por iniciativa de la Licda. Liliana García de Davis, quien como Delegada titular de Costa Rica ante la COMISION INTERAMERICANA DE MUJERES (CIM), y como profesional preocupada por los derechos de la mujer, inspiró su realización, con el objetivo principal de divulgar los derechos, que a través de nuestra historia ha ido conquistando la mujer costarricense y que forman parte de la vivencia nacional.

Persiste en muchos países una notable falta de interés por los derechos de la mujer, ya sea por una incompreensión de este problema, o por considerar peligroso enfrentarse a los cambios que trae consigo el reconocimiento de la posición de la mujer en la sociedad actual, y a la pérdida de ciertas funciones que tradicionalmente desempeñaron los hombres.

Como se podrá observar a lo largo de este documento, la mujer costarricense ha tenido acceso a todos los estudios y a todas las profesiones; al ejercicio de los **derechos civiles en igualdad** con los hombres, desde la promulgación en 1886 del Código Civil vigente, y al ejercicio de los derechos políticos en 1949 con la promulgación de la actual Constitución.

Sin embargo, en la práctica se mantiene una cierta discriminación en perjuicio de las mujeres, y una palpable resistencia por parte de los hombres a aceptar a las mujeres en puestos de jefatura.

No obstante, el problema esencial de la mujer en la actualidad parece ser, no tanto el de su emancipación y su liberación, que ya ha logrado, sino uno más profundo: el de su encuentro consigo misma. La mujer tiene que aprender a vivir de acuerdo con su verdadera naturaleza de mujer, su fin y su misión; para ello hace falta encontrar el verdadero cauce al sentido de la familia, del matrimonio y del amor humano.

Si el papel de la mujer en la Sociedad actual es en ciertos aspectos distinto al que desempeñaba en los siglos pasados, no lo es tanto por la influencia de un movimiento o de una ideología en particular, sino porque han cambiado una serie de factores históricos, sociales, económicos y culturales. Estos factores son los que han ido ejerciendo su influencia sobre la mujer y su incorporación al proceso de desarrollo, a la vida de las instituciones públicas, en fin, a todo el quehacer humano, con un ritmo tan rápido que ella no ha podido plantearse con base en estos nuevos cambios, su papel y su misión.

Su nueva situación le exige ir descubriendo fuerzas necesarias para poder mantener siempre el delicado balance entre la dedicación a la familia y la actividad profesional.

Creemos, sin falsa modestia, que la mujer costarricense se encuentra en el recto camino que le señalan sus nuevas obligaciones y que, gracias a su

actividad y al reconocimiento y visión de los formadores de nuestra Patria, se han dado los fundamentos legales y políticos para que la mujer costarricense se realice a plenitud.

El presente estudio es un análisis de los derechos adquiridos por la mujer costarricense en los diferentes campos: Comenzamos con el régimen patrimonial en el derecho de familia costarricense en el que se comprenden las capitulaciones matrimoniales, sociedad conyugal, la Patria Potestad, las características del matrimonio, la separación judicial y el divorcio, la creación de un tribunal de familia, y la prestación alimenticia.

Un segundo capítulo se dedica al estudio de los regímenes de trabajo y seguridad social, haciendo énfasis en la legislación que protege a la mujer. El tercer capítulo toca todos los aspectos relativos

a la educación en Costa Rica, orientados siempre a recalcar los logros que en ese campo ha alcanzado la mujer.

El cuarto capítulo trata de los derechos políticos de la mujer, y un último capítulo se extiende sobre la aplicación de la legislación penal a la mujer costarricense.

El presente estudio no desarrolla exhaustivamente los temas tratados, pero intenta ser la primera recopilación sobre el panorama jurídico legal en que se realiza la mujer costarricense y, a la vez, quiere divulgar los logros obtenidos hacia todas las mujeres de nuestro país para que conozcan los alcances de sus derechos y obligaciones y, con ese conocimiento, lograr que su participación en la vida nacional sea más fructífera.

* * *

CAPITULO I

EL DERECHO DE LA FAMILIA EN COSTA RICA

REGIMEN PATRIMONIAL EN EL DERECHO DE FAMILIA COSTARRICENSE.

Derecho de administrar sus bienes en el matrimonio:

Se inicia el presente estudio estableciendo, que el matrimonio, una vez celebrado, no sólo produce una serie de consecuencias personales entre los cónyuges, tales como: deber de cohabitación, socorro, respeto, fidelidad, etc., sino que extiende su influencia a la esfera patrimonial.

El régimen patrimonial de la familia es la regulación jurídica de la situación que el matrimonio instaure, en cuanto al aspecto económico (1).

Sin embargo, en nuestra legislación se ha dado la oportunidad a los contrayentes, de escoger entre varios sistemas que el Código de Familia estipula. No así en el caso de que los esposos no hubieren celebrado convenio alguno, ya que entonces entra

a funcionar un régimen supletorio establecido por la Ley.

Las capitulaciones matrimoniales.

Este aparte de nuestro Código de Familia (2), constituye una de las mejores formas de proteger el régimen patrimonial.

Las capitulaciones pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante su existencia y comprenden los bienes presentes y futuros. Para que sea válido el convenio debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público. En caso de que no se hayan celebrado estas capitulaciones, cada cónyuge dispone libremente de los bienes que tenía antes de contraer matrimonio, de los que adquiere durante él por cualquier título, y de los frutos de unos y otros.

Las capitulaciones pueden referirse tanto a los bienes presentes (sean los que cada cónyuge aporte

(1) Introducción al Derecho de Familia Costarricense, Lic. Gerardo Trejos. Edit. Colegio de Abogados 1977. Pág. 61.
(2) Arts. 37 y siguientes, Código de Familia 1973. Art. 1, Ley No. 5476 de 2 de diciembre 1973.

al matrimonio), como a los bienes futuros (los que se adquieren luego de celebrado el matrimonio) y regulan, no sólo lo relativo a la propiedad de dichos bienes sino también la administración y disfrute de aquellos.

Las capitulaciones celebradas antes del matrimonio entran en vigencia al celebrarse el mismo, y pierden toda eficacia si las bodas no se celebran. Los interesados pueden modificar el convenio por mutuo acuerdo, después de casados.

Antiguamente en nuestro país y rigiéndose por el Código Civil, (3), las capitulaciones se podían hacer únicamente antes del matrimonio, pero es muy importante señalar que al desaparecer de nuestro derecho la autoridad marital y promulgar el principio de igualdad de derechos y deberes de los cónyuges (4), se considera a la mujer como ser adulto, y plenamente capaz para disponer de los bienes de la familia.

El Régimen de participación diferida en los gananciales.

El régimen patrimonial supletorio regulado en nuestro ordenamiento se conoce en nuestro país común y erróneamente con el nombre de *Sociedad Legal de Gananciales*. Es importante destacar el hecho que Costa Rica fue el primer país del mundo en establecerlo, en el año 1888.

Este sistema combina el régimen de separación con el de comunidad. Es un régimen mixto, brinda a los esposos la posibilidad de poseer bienes separadamente pero al mismo tiempo los asocia a los beneficios, con el objeto de conciliar el gusto por la independencia y la atracción por la comunidad, mediante un sistema de participación diferido al momento de la disolución del régimen.

Cuando se disuelve el vínculo existe la garantía de que cada uno de los cónyuges tiene derecho a participar en los beneficios de los bienes del otro.

Hay que tener en cuenta que en la mayoría de los hogares costarricenses no se dan las capitulaciones matrimoniales. Cada cónyuge es dueño de los bienes aportados y los que se adquieren con posterioridad, de manera que cada dueño administra, goza y dispone sus bienes sin necesidad de requerir

el asentimiento del otro, a su vez, cada uno responde individualmente de las deudas contraídas antes o después de la celebración de las bodas (5).

Cabe hacer la aclaración de que en el caso de obligaciones contraídas por ambos, son los dos solidariamente responsables.

Podemos observar que el régimen de participación diferida de los gananciales funciona integralmente como un sistema de completa separación de bienes, en el que cada contrayente permanece con exclusivo dominio sobre lo que aporta al unirse en matrimonio, y sobre lo demás que en lo sucesivo adquiera.

Lo más importante de este régimen es que deja en libertad completa a los esposos para la adquisición y disposición de bienes, no obstante que se encuentran unidos, y además que la mujer costarricense mediante este sistema mantiene su autonomía.

Sistema voluntario y parcial de la afectación del inmueble familiar.

Nuestro Código de Familia establece lo relativo al patrimonio familiar, que se refiere a la parte del patrimonio destinada a habitación familiar (inmueble cuya superficie no sea mayor de mil metros cuadrados, o una parcela que sea fuente de sustento y con una extensión no superior a los diez mil metros cuadrados) (6).

Consideremos algunos aspectos en relación al patrimonio de la familia:

- a) es un sistema puramente voluntario,
- b) puede ser constituido antes o después del matrimonio,
- c) solamente inmuebles forman parte de él,
- d) el bien afectado no puede ser gravado ni enajenado sino con el consentimiento de ambos cónyuges, ni podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo en cobro de deudas contraídas por ambos, o por el propietario con anterioridad a la afectación,
- e) la afectación se hará en escritura pública y no está sujeta al pago de impuestos ni de derechos de registro (7).

(3) Código Civil de 1886.

(4) Art. 2, Código de Familia, 1973.

(5) Art. 41 Código de Familia.

(6) Art. 46 Código de Familia.

(7) Art. 43 Código de Familia.

Las consecuencias jurídicas de la afectación significan claramente la protección del legislador a la familia costarricense, ya que se establece que ambos cónyuges son propietarios, pero a la vez existe inmunidad en cuanto a que no podrán ser perseguidos por acreedores personales, salvo lo indicado.

PATRIA POTESTAD.

En el derecho costarricense, la autoridad parental se atribuye conjuntamente al padre y a la madre. Significa el poder ejercido por los padres encaminado a procurar a los hijos su adaptación útil y armónica a la vida social, deber de protección, de cuidado racional y benévolo tratamiento, así como deber de respeto y consideración mutuos (8).

En Costa Rica el Código General de 1841 y el Código Civil de 1886 emplearon exclusivamente la voz "patria potestad", o sea poder del padre sobre los hijos. Pero la Constitución de 1949 y las reformas al Código Civil de 1952 introdujeron cambios importantes en esta materia, al consagrar constitucionalmente la igualdad de derechos de los cónyuges y prescribir que compete a los padres, con iguales derechos, el ejercicio de la patria potestad (9).

La autoridad parental se otorga a los padres para que protejan a los hijos menores en su salud, seguridad y moralidad.

Su ejercicio confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y de corregir al hijo en forma moderada.

a) En cuanto a los hijos habidos dentro del matrimonio:

La patria potestad corresponde a ambos padres con iguales derechos y deberes, sean consanguíneos o adoptivos. En caso de conflicto, predomina lo que decida el padre mientras el Tribunal no resuelva otra cosa tomando en cuenta el interés del menor (10).

Respecto a esta reglamentación existe un gran avance en nuestro Código ya que anteriormente no

era el Tribunal quien se pronunciaba sobre la autoridad parental, sino que lo establecía el hecho de resultar un cónyuge culpable o inocente en el caso de juicio de divorcio o separación. En nuestros días, es el Juez el que indica a quién corresponde la guarda, crianza y educación del menor, a falta de acuerdo entre los padres.

b) Respecto a los hijos habidos fuera de matrimonio:

Antiguamente el Código Civil establecía que las madres ejercían el derecho de patria potestad sobre sus hijos nacidos fuera del matrimonio. Pero si se trataba de hijos reconocidos por el padre, con el consentimiento de la madre, o si el padre había dado alimentos al hijo en los dos años anteriores al reconocimiento, la patria potestad pertenecía a ambos padres; con las excepciones indicadas. En los demás casos, de hijos reconocidos, el ejercicio de la patria potestad correspondía al padre a falta de la madre (11).

El actual Código de Familia establece que la madre, aún siendo menor, ejerce la autoridad parental sobre sus hijos y tiene plena personería jurídica para esos efectos (12).

Nuestro Código establece que aunque el padre haya reconocido a los hijos, es la madre quien ejerce exclusivamente la autoridad sobre ellos. No obstante, señala que en casos especiales el Tribunal, a petición del PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA y atendiendo el interés del menor, concederá la autoridad al padre conjuntamente con la madre (13).

De modo que el reconocimiento hecho por el padre con o sin el consentimiento de la madre, no lo habilita para ejercer la autoridad sobre el hijo, salvo que así lo haya dispuesto el Tribunal.

Vemos pues, que nuestra legislación establece que, aunque el padre haya reconocido a hijos fuera de matrimonio, no podrá ejercer en forma absoluta la patria potestad sobre ellos, ya que siempre será compartida con la madre, aunque ésta no cumpla las responsabilidades que conlleva dicha autoridad. Diríamos que esta es una de las fallas de nuestro actual sistema, ya que existen situaciones, en las

(8) Trejos, Lic. Gerardo; op. cit. págs. 125 y sigts.

(9) Arts. 129 y 138 del Código Civil.

(10) Art. 138 del Código de Familia.

(11) Art. 144 del Código Civil.

(12) Art. 142 del Código de Familia.

(13) Art. cit. párrafo 2.

que la madre soltera no cumple a cabalidad con sus deberes y aún así aquellos hijos estarán siempre bajo dicha autoridad.

Sin embargo, nuestros legisladores consideraron que esta atribución está de más justificada y constituye una solución realista: es la madre quien generalmente asume la guarda, crianza y educación de los hijos habidos fuera del matrimonio, por cuanto no es posible regular lo que excepcionalmente sucede, como sería que el padre se hiciera cargo del hijo extramatrimonial, es que se legisla para situaciones generales.

El padre o la madre, cuya negativa a reconocer al hijo, hiciera necesaria la declaración judicial de filiación, no podrá en principio, ejercer los derechos y poderes inherentes a la autoridad parental, puesto que ha incumplido el natural deber de otorgar el reconocimiento y dar protección a su hijo. Sin embargo, el Tribunal podrá luego, y según la conveniencia del menor, habilitar para el ejercicio de la patria potestad al progenitor que no quiso reconocer voluntariamente a sus hijos (14).

c) Término, suspensión y modificación del ejercicio de la patria potestad:

En nuestro país, los derechos inherentes a la autoridad parental no pueden renunciarse y son intransmisibles por convenio, por cuanto significan deberes que pesan sobre los padres. Debemos hacer notar que la patria potestad es necesariamente temporal, puesto que tiene por objeto la protección de los hijos mientras que, por su corta edad necesitan de quien les proporcione los medios de subsistencia, los eduque y represente en la vida civil. Por tanto, una vez que se hallaren en capacidad de procurarse los medios por sí mismos, la cesación es necesaria (15).

Sin embargo, en nuestro medio, los hijos mientras vivan bajo el cuidado de sus padres, dependen en todo momento de aquellos, y ellos a su vez, orientan su formación con miras a proporcionarles los fundamentos adecuados para que sean buenos ciudadanos. Así también tenemos que la patria potestad termina por inhabilidad de los llamados a ejercerla, situación que se da primordial-

mente cuando el padre o la madre procura o favorece la corrupción o prostitución de los hijos (16).

Tal pérdida del poder paterno es total, ya que tan irregular conducta del progenitor lo hace indigno de continuar desempeñando las funciones, que por ley le están encomendadas en bien de los hijos.

Igualmente puede ser inhabilitado el padre o la madre que observare mala conducta, abusare del poder paterno o incumpliese la obligación alimentaria y educativa que están a su cargo. Sin embargo, la Ley contempla que en ciertos casos no es necesario aplicar medidas tan rigurosas, y se señala para estas situaciones la modificación o la suspensión temporal respecto a cada uno de ellos, conforme a las circunstancias, y, una vez que cese el motivo o expire el término de la suspensión, el padre o la madre pueden reasumir sus funciones mediante autorización judicial.

Podrán solicitar la cesación temporal o definitiva de la patria potestad, tanto el Ministerio Público como cualquiera de los parientes del menor de que se trate (17).

La suspensión comprende todos los atributos de la autoridad, tanto personales como patrimoniales, puede referirse a todos o a determinados hijos. La modificación, en cambio, puede referirse a determinados atributos de la autoridad parental. En caso de que ambos padres hayan sido suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, los menores han de ser declarados en abandono y podrán ser puestos bajo custodia del Patronato Nacional de la Infancia, para que los coloque en una Institución adecuada, persona o familia, idóneos, que asumirán las funciones de tutor (18).

MATRIMONIO.

La importancia social del matrimonio ha hecho que nuestra legislación subordine su validez a la observancia de ciertas formalidades, con lo que se pretende exteriorizar la intervención de la sociedad en la fundación de un nuevo hogar, y dotar a los contrayentes del documento que prueba la unión contraída. Los fines del matrimonio son

(14) Art. 143 Código de Familia. Trejos, Gerardo, op. cit. pág. 145.

(15) Introducción al Derecho de Familia Costarricense. Lic. Gerardo Trejos, pág. 146.

(16) Art. 146 Código de Familia.

(17) Art. 147 Código de Familia.

(18) Art. 148 Código de Familia.

o Albán"

la convivencia y el mutuo auxilio, eliminándose la procreación como fin esencial del matrimonio que contemplaba el anterior Código Civil.

Formalidades previas (19):

Tanto para el matrimonio civil como para el católico, la pareja debe en primer lugar demostrar que reúne las condiciones requeridas para tal efecto:

1. Presentar testigos idóneos que declaren bajo juramento la libertad de estado y la aptitud legal de los contrayentes.
2. Aportar documentos que demuestren haber obtenido el correspondiente asentimiento de cualquiera de los padres o del tutor, cuando se trate de menores. En este caso, cuando el menor haya sido declarado en estado de abandono, podrá relevarse este asentimiento, cuando los motivos aducidos para la negativa no sean razonables y cuando el menor, aun sin el asentimiento de los padres pueda evitar sufrir los perjuicios que podría derivar de los delitos, cuya acción o pena se extinguen con el matrimonio (20).
3. La certificación de los asientos de nacimiento y de libertad de estado de los contrayentes expedida por el Registro Civil.
4. Si la contrayente hubiere estado casada antes, deberá presentar una certificación de la fecha de disolución de su anterior matrimonio con el objeto de demostrar que ha transcurrido un plazo de trescientos días, llamado plazo de viudez, contando a partir de la muerte del cónyuge o desde la declaración de divorcio o de nulidad de su anterior matrimonio, o bien, la prueba de que no está embarazada o de que haya habido parto, antes del plazo indicado. Esto para impedir que luego se suscite un conflicto de paternidad. No exige nuestro Código certificación médica prenupcial.

El matrimonio se celebrará ante funcionario competente del lugar donde hubiere residido en los últimos tres meses cualquiera de los cónyuges. Son

funcionarios competentes para celebrar matrimonios: el Juez o Alcalde Civil, el Gobernador de la provincia, los Sacerdotes Católicos, y en los casos donde no existan dichas autoridades, podrá celebrarse ante el Delegado Cantonal de la Guardia de Asistencia Rural. Los Notarios Públicos están autorizados para celebrar matrimonios en todo el país (21).

El funcionario ante quien se celebre un matrimonio, está obligado a enviar todos los antecedentes y el acta del mismo, o certificación de ésta, al Registro Civil (22).

El matrimonio Católico:

Según lo estipula nuestro Código de Familia, el matrimonio que celebre la Iglesia Católica, con sujeción a las disposiciones de este Código, surtirá efectos civiles. Es decir, que en nuestro país, al celebrarse el matrimonio Católico, implícitamente cumple la pareja con la ceremonia civil, siempre que se reúnan todos los requisitos para tal efecto. Los Sacerdotes fungen como registradores auxiliares del Registro Civil (23).

El matrimonio religioso no Católico:

Con base en el Sistema democrático que vivimos en Costa Rica, se practican muchas otras religiones. Los matrimonios que celebren los ministros de las diferentes Iglesias solamente son válidos cuando se cumple con la ceremonia civil que establece nuestro Código de Familia (24).

Diversas circunstancias dadas dentro de la institución.

a) Matrimonio Anulable:

1. En el caso de que uno o ambos cónyuges hayan consentido por violencia o miedo grave, o por error en cuanto a la identidad del otro.
2. Del que padezca incapacidad mental al celebrarlo.
3. De la persona menor de quince años.

(19) Art. 28 Código de Familia.
 (20) Arts. 81 y 162 Código Penal.
 (21) Art. 24 Código de Familia.
 (22) Art. 31 Código de Familia.
 (23) Art. 23 Código de Familia.
 (24) Art. 24 Código de Familia.

4. Del incapaz por impotencia absoluta o relativa siempre que el defecto sea por su naturaleza incurable y anterior al matrimonio.
5. Cuando fuere celebrado ante funcionario incompetente.

b) Matrimonio Prohibido:

1. Del menor de 18 años sin el asentimiento previo y expreso de quien ejerza la patria potestad o tutela, salvo que el Tribunal releve este asentimiento de acuerdo a la conveniencia del menor.
2. De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución o declaratoria de nulidad del anterior matrimonio.
3. De los tutores o cualquiera de sus descendientes, con los pupilos, mientras no estén aprobadas y canceladas las cuentas dinales de la tutela, salvo que el padre o madre difuntos hayan permitido expresamente en testamento u otro instrumento público.
4. El matrimonio celebrado sin la previa publicación o dispensa de los edictos legales.

c) Matrimonio legalmente imposible:

1. De la persona que esté ligada por un matrimonio anterior.
2. Entre ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad.
3. Entre hermanos consanguíneos.
4. Entre adoptante y adoptado y sus descendientes, los hijos adoptivos de la misma persona, el adoptado y los hijos del adoptante, el adoptado y el excónyuge del adoptante, el adoptante y el excónyuge del adoptado.
5. Entre el autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio de uno de los cónyuges y el cónyuge sobreviviente.
6. Entre personas de un mismo sexo.
7. El matrimonio celebrado por el menor de 18 años sin el asentimiento previo y expreso de quien ejerza sobre él la patria potestad o tutela, salvo en los casos en que dispense este asentimiento (25), y de la mujer antes de que transcurran trescientos

días contados desde la disolución o declaratoria de nulidad de su anterior matrimonio, a menos que haya habido parto antes de cumplirse ese término, o se pruebe mediante dictámenes de los peritos médicos oficiales que no existe embarazo.

d) Revalidaciones en los diferentes casos:

El matrimonio celebrado, quedará revalidado sin declaración expresa del Tribunal cuando los cónyuges no se hubiesen separado durante un mes, luego de la celebración del mismo o de que se descubra el error, cese el miedo grave o la violencia o el incapaz mental recobre el juicio. El matrimonio del menor de quince años, quedará convalidado sin necesidad de declaratoria expresa por el hecho de no separarse los contrayentes durante un mes después de que el cónyuge menor cumpla esa edad.

El del impotente quedará revalidado cuando se dejaren transcurrir dos años sin reclamar la nulidad (26).

DIVORCIO.

Causales (27):

1. El adulterio de cualquiera de los cónyuges.
2. El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de sus hijos.
3. La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción de los hijos de cualquiera de ellos.
4. La sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos.
5. La separación judicial por un término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges; durante ese tiempo y a solicitud de los interesados y con intervalo no menor de tres meses el Tribunal celebrará no menos de dos comparecencias para intentar la reconciliación entre los cónyuges.
6. La ausencia del cónyuge legalmente declarado.
7. El mutuo consentimiento de ambos cónyuges.

(25) Art. 21 Código de Familia.

(26) Arts. 18, 19, y 20 Código de Familia.

(27) Art. 48 Código de Familia.

Todas estas causales se dan pero en Costa Rica la que más usa en la práctica, es la última, el divorcio por mutuo consentimiento, cuya causal es implícita, el acuerdo de ambos cónyuges, constituye una novedad en nuestra legislación. El convenio debidamente presentado ante el Tribunal, tendrá su aprobación y el matrimonio será disuelto. El mutuo consentimiento como motivo de disolución del vínculo matrimonial, es una institución viva, como empieza a demostrarlo la estadística judicial, así por ejemplo en 1976, de 1377 sentencias dictadas en asuntos de Familia por el Juzgado Séptimo de Familia de San José, 928 eran sentencias de divorcio, de los cuales 607 se referían a divorcio por mutuo consentimiento, sea el 65.40 por ciento.

El Juzgado Séptimo de Familia:

Como Institución importantísima, en el desarrollo de nuestro Derecho de Familia, hemos de referirnos a la creación de un Tribunal específico, que conoce de todos los asuntos relacionados con la Familia, a saber, divorcios, separaciones, adopciones, etc. En este momento está formado por un Juez y dos actuarios, cargos que ocupan dos destacadas abogadas de nuestro medio. Dicho Tribunal, labora en coordinación con el Patronato Nacional de la Infancia, de la Procuraduría General de la República y del Ministerio Público, en algunos casos, además conoce en segunda instancia, los asuntos relacionados con Pensiones Alimenticias en la jurisdicción de San José.

El Juzgado Séptimo de Familia se creó por acuerdo de Corte Plena en sesión No. 18 realizada el 9 de mayo 1974, art. 1 (28).

Nuestro Código de Familia, no contiene reglas en lo que se refiere al procedimiento a seguir en cada uno de los asuntos, por lo que se aplican las Normas contenidas para tal efecto en el Código de Procedimientos Civiles vigente (29) (30).

Aspectos Generales de la Institución:

El divorcio consiste en la disolución, en vida de los cónyuges, de un matrimonio válidamente contraído. Las causales, que son los motivos que al existir determinan la disolución del vínculo, surgen

con posterioridad a la formación del vínculo y afectan propiamente la relación matrimonial y no al matrimonio en cuanto al acto.

Cabe señalar que, aparte de las causales enunciadas por la Ley, ninguna otra es susceptible de producir dicha disolución siendo imposible por tanto cualquier ampliación en ese sentido.

SEPARACION JUDICIAL

1. Causales (31):

- a) Cualquiera de las que autorizan el divorcio.
- b) El abandono voluntario y malicioso que uno de los cónyuges haga del otro.
- c) La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir los deberes de asistencia y alimentación para con el otro o los hijos comunes.
- d) Las ofensas graves.
- e) La enajenación mental de uno de los cónyuges que se prolongue por más de un año u otra enfermedad o los trastornos graves de conducta de uno de los cónyuges que hagan imposible o peligrosa la vida en común.
- f) El haber sido sentenciado cualquiera de los cónyuges a sufrir una pena de prisión durante tres o más años por delito no político.
- g) El mutuo consentimiento de ambos cónyuges.
- h) La separación de hecho de los cónyuges durante un año consecutivo ocurrido después de dos años de verificado el matrimonio.

La separación judicial o de cuerpos, es el estado de los cónyuges en el cual se hallan judicialmente dispensados de la vida común que el matrimonio les imponía. Esta regulación se ha mantenido para que, en los casos en que el régimen eclesiástico mantiene la indisolubilidad del vínculo, sea posible atender a la necesidad que a veces se siente, de autorizar la separación de cónyuges en quienes la vida en común se ha hecho imposible, por el advenimiento de determinadas circunstancias o porque a las partes no les interese el divorcio, sino únicamente la separación, declarada judicialmente.

(28) Empezó a funcionar como Tribunal de Familia a partir del 1 de abril de 1976.

(29) Art. 9 Código de Familia.

(30) Arts. 383 y subsiguientes del Código de Procedimientos Civiles.

(31) Art. 58 Código de Familia.

2. Separación por mutuo consentimiento (32):

En el transcurso de la vida matrimonial ocurren a veces perturbaciones de tal magnitud, que hacen difícil y aun imposible, dadas las circunstancias, la convivencia de los esposos. Sin embargo, por guardar las conveniencias sociales o para poner a cubierto su honra y también posiblemente por el bien de sus hijos, a los interesados importa no hacer ostensible en un proceso público, las causas que los mueven a la separación. Atendiendo a esta circunstancia, el Código de Familia costarricense, ha introducido el mutuo consentimiento.

Tres requisitos debe reunir: que el convenio conste en escritura pública, que hayan pasado lo menos dos años desde la celebración del matrimonio, y que la separación haya sido judicialmente decretada (33).

Efectos del divorcio y separación judicial (34):

1. La acción de divorcio sólo puede establecerla el cónyuge inocente dentro de un año contado desde que tuvo conocimiento de los hechos que lo motiven. En los casos de ausencia, podrá solicitarlo el cónyuge presente.
2. La muerte de cualquiera de los cónyuges pone término al juicio de divorcio.
3. La reaparición del ausente no revive el régimen matrimonial disuelto.
4. No procede el divorcio si ha habido reconciliación entre las partes o vida marital después del conocimiento de los hechos que habrían podido autorizarlo.
5. Pedido el divorcio, el Tribunal puede autorizar u ordenar a cualquiera de los cónyuges la salida del domicilio conyugal.
6. A solicitud del padre o madre, del Ministerio Público o del Patronato Nacional de la Infancia, el Tribunal resolverá a cuál de los cónyuges, persona, pariente o institución adecuada debe dejarse el cuidado provisional de los hijos.
7. La sentencia firme de divorcio disuelve el vínculo matrimonial.
8. En la sentencia que declare el divorcio,

aunque se origine en una separación judicial, puede el Tribunal conceder al cónyuge inocente una pensión alimenticia a cargo del culpable. Esta pensión se regulará conforme a las disposiciones sobre alimentos y se revocarán cuando el inocente contraiga nuevas nupcias. Si no existe cónyuge culpable, puede el Tribunal conceder una prestación alimenticia a uno de los cónyuges, y a cargo del otro. En este mismo estudio nos referiremos con amplitud a la obligación alimentaria en Costa Rica, como símbolo de avance obtenido a favor de la familia. (Ver sección sobre alimentos, página 38).

En cuanto a la separación:

1. Lo dispuesto para el divorcio se observará también para la separación judicial en cuanto fuere aplicable y no contraiga lo estipulado por el Código (35).
2. Los efectos de la separación judicial son los mismos que los del divorcio, con la diferencia de que aquella no disuelve el vínculo, subsiste deber de fidelidad y mutuo auxilio.

ADULTERIO.

En nuestro país, después del mutuo consentimiento, es la causal más utilizada para disolver el vínculo matrimonial. Consiste en las relaciones sexuales de uno de los cónyuges con un tercero. Es una violación al deber de fidelidad que debe prevalecer en todo matrimonio, que puede ser cometido incluso con persona del mismo sexo, (homosexualismo y lesbianismo), y que no requiere necesariamente la consumación del coito.

La igualdad de los cónyuges con relación al adulterio como causal de divorcio, es obra, según vimos del Código de Familia en nuestro país (36). Este principio, sin embargo, se ha impuesto en casi todos los países del mundo.

Según el estudio practicado, notamos que hubo gran controversia cuando se trató de hacer esta

(32) Art. 58 del Código de Familia.

(33) Art. 60 Código de Familia.

(34) Arts. 50 y ss. Código de Familia.

(35) Art. 62 Código de Familia.

(36) Art. 48 Código de Familia.

equiparación en el Derecho de Familia costarricense. Sin embargo, nuestro Código Civil (37), señala que los esposos están obligados a respetarse y guardarse fidelidad.

Tenemos que partir de que estamos ante una cuestión de derechos, la mujer tiene el derecho de exigir a su marido la fidelidad, de la misma manera que ella debe guardársela al marido. La violación de esa fidelidad trae consigo una sanción, cual es que el cónyuge inocente pueda pedir la disolución del vínculo.

Señalamos, pues, de que al conceder tal equiparación, nuestros legisladores no pretendieron en modo alguno conceder a los cónyuges la igualdad para violar un deber propio de su estado como es la fidelidad, sino que por el contrario, se trata de poner en claro la igualdad de derechos de ambos cónyuges. Es importante introducir aquí la opinión del Lic. Carlos José Gutiérrez, expresada en la Comisión redactora del Proyecto del Código de Familia: *"Derecho y deber jurídico son dos términos correlativos y que se implican de manera necesaria, desde el momento en que el Derecho es bilateral. Por lo tanto si hay una norma sancionadora que establece distinta sanción para partes que tienen igualdad de derechos y deberes, esa norma sancionadora está estableciendo un régimen de desigualdad. ..."*

Quizás tenían razón, los opositores de la reforma que finalmente fue incluida en el Código, al señalar que la equiparación de las causales de divorcio y la sanción no serían nunca freno suficiente para los hombres. También cuando afirmaban que la infidelidad en los varones costarricenses es más frecuente que en sus esposas y que entonces aumentarían las demandas de divorcio por parte de ellas.

Pero por sobre todo esto prevalece el cambio de mentalidad surgido en nuestro país, con el fin de detener la acción arbitraria de los hombres y en esto han contribuido mucho las normas jurídicas, a cambiar hábitos, actitudes, tradiciones, formas de sensibilidad y de vida. Sin duda alguna este sistema tenía que variar, ya que si vemos objetiva-

mente sabremos que la costumbre es a veces valiosa y otras veces perjudicial.

Otro avance notorio que ha tenido nuestro Derecho de Familia, es en lo que se refiere a la eliminación de la institución del depósito de la mujer casada (38).

Antiguamente, nuestro Código Civil, ponía a la mujer casada en situación igual a la del menor o al de un incapacitado, norma que contradecía los principios constitucionales que consagran la igualdad de todo hombre ante la Ley y prohíbe toda discriminación contraria a la dignidad humana.

También nuestra legislación actual (39) señala que, podrá reconocerse al hijo concebido cuando la madre esté ligada en matrimonio, siempre que la concepción se haya efectuado antes de la separación de los cónyuges y el hijo concebido después de la separación de los padres no esté en posesión notoria de estado por parte del marido, y que el reconocimiento haya sido autorizado por resolución judicial firme.

Cabe señalar que nuestro Código de Familia no se ha preocupado solamente de equiparar los derechos del hombre y de la mujer dentro del matrimonio. También ha equiparado los deberes de los cónyuges. Así por ejemplo el Código Civil disponía que: *"el marido está obligado a hacer los gastos de alimentos y demás de la familia. La mujer está obligada subsidiariamente si el marido no puede hacerlos, en todo o en parte"* (40), fue sustituido en el Código de Familia por otro que dice: *"El marido es el principal obligado a sufragar los gastos y alimentos que demanda la familia. La esposa está obligada a contribuir a ellos en forma solidaria y proporcional cuando cuente con recursos propios"* (41).

Así mismo la jurisprudencia deberá señalar en cada caso qué se entiende por recursos propios.

En este particular, la reforma recoge un hecho innegable en la sociedad moderna: la mujer asume hoy un importante papel en el mundo del trabajo y obtiene de su labor recursos económicos considerables, de los que puede disponer libremente según lo regulado por nuestra legislación.

(37) Art. 34 Código de Familia y Art. 73 Código Civil.

(38) Art. 84 Código Civil.

(39) Art. 84 del Código de Familia.

(40) Art. 74 Código Civil.

(41) Art. 35 Código de Familia.

La curatela:

En nuestro Código de Familia (42), tenemos que el marido es curador legítimo y forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido.

En el Código de 1858, la mujer podía ser nombrada curadora de su marido furioso o inhábil. Podemos observar que la mujer no era curadora legítima de su esposo aunque el marido sí era por derecho curador de su mujer inhabilitada (43): situación que ha variado sustancialmente, la mujer por su condición de tal no tiene ninguna restricción para ser curadora.

Régimen sucesorio:

Ya desde el siglo pasado, la mujer tenía absoluta capacidad para testar, acto para el que no requería la autorización del marido (44). En nuestro derecho vigente, la mujer tiene absoluta capacidad para testar, con las mismas potestades y restricciones que los hombres.

Igual condición vemos para tener la calidad de heredero, nunca se ha hecho mención al sexo para poder ser heredero ni en el Código General ni en el Código Civil vigente.

La calidad de albacea:

Antiguamente no podían ser albaceas las mujeres a menos que fueran las esposas o madres, que pudieran serlo en las testamentarias de sus maridos e hijos (45). Actualmente, no hay ninguna restricción por causa del sexo para ser nombrada albacea.

Facultad para ser testigo:

En el Código General de 1858 ya la mujer podía comparecer como testigo en cualquier causa penal sin limitaciones de ningún género; decía: *"testigo es la persona fidedigna de uno u otro sexo, que pueda manifestar la verdad"* (46).

Las limitaciones para testimoniar en contra de ascendientes, descendientes en línea recta, entre hermanos, entre los cónyuges, lo eran tanto para los hombres como para las mujeres. Este criterio

ha prevalecido en todos los códigos y actualmente no existen restricciones para que la mujer comparezca como testigo tanto en lo penal como en lo civil (47).

Facultad para ser tutora:

Por una confusión técnica se llamó tutela a la autoridad parental, en el Código de 1841, se estipulaba que a la muerte de uno de los esposos, la tutela de los hijos menores y de los no emancipados, pertenece por derecho al sobreviviente (48). En el artículo 195 el Código estipulaba que el padre, en acto de última voluntad, podía nombrarle a la madre sobreviviente y tutriz un asociado, sin cuya asistencia no podía hacer acto alguno relativo a la tutela.

Si la madre quería casarse por segunda vez, debía solicitar al Juez, quien decidía con audiencia de los interesados si podía conservar la tutela. Si la madre conservaba la tutela se le nombraba de cotutor al nuevo marido.

El nuevo Código de Familia del año 1974, señala en lo referente a la tutela (49): no existen para la mujer restricciones para el ejercicio de la tutela ya que las incapacidades para ser tutor en ninguna forma se refieren al sexo (50).

No puede ser tutor: 1) El menor de edad y el incapacitado; 2) el ciego y la persona que padezca de enfermedad crónica que le dificulte tratar personalmente sus propios negocios; 3) el que tenga deudas con el menor, a no ser que el testador lo haya nombrado con conocimiento de la deuda y lo haya declarado así expresamente en el testamento; 4) el que tenga pendiente litigio propio o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge, con el menor; 5) el que no tenga domicilio en la República; 6) el que hubiere sido removido de otra tutela por incumplimiento de sus obligaciones, y aquel que en la rendición de cuentas, éstas le hubieran sido rechazadas por inexactas; 7) el que haya incurrido en ofensa o daño grave contra el menor o sus padres; 8) el que no tenga oficio o medio de vida co-

(42) Art. 223 Código de Familia.

(43) Arts. 271 y 272 Código de 1858.

(44) Art. 142 Código de 1841 (Regía materias Civil, Penal y Procesal). Ver más detalles sobre este Código en la página 98.

(45) Art. 611 Código 1858.

(46) Art. 191 Código 1858.

(47) Arts. 305 y siguientes del Código Procesal Civil.

(48) Art. 194 Código de 1841.

(49) Arts. 162 y sgtes. Código de Familia 1973.

(50) Art. 174 Ibídem.

nocido, o sea notoriamente de mala conducta; 9) los funcionarios o empleados del Tribunal que conocen del caso, salvo que se tratare de tutela legítima o testamentaria; 10) el que hubiere sido privado de la patria potestad.

Algunos aspectos sobre la filiación en nuestro país:

Nuestro Código de Familia establece que *"se prohíbe toda calificación sobre la naturaleza de la filiación"* (51) y nuestra Constitución Política lo establece claramente cuando dice: *"se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación"* (52).

Nuestra legislación establece claramente que existen hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, y en todos los casos dice: *"Es permitido al hijo y a sus descendientes investigar la paternidad y la maternidad"* (53). También señala: *"Es permitida la investigación de paternidad del hijo por nacer"* (54).

ALIMENTOS.

Como un alcance más, logrado en favor de la mujer costarricense, hemos creído conveniente incluir en este estudio, un esbozo, en relación con la materia llamada "comúnmente" "ALIMENTOS", que en la legislación costarricense presenta características muy propias y que constituye una de las bases fundamentales en el sostenimiento de la protección a la familia.

Empezaremos por decir que la citada materia, se regía anteriormente por la Ley No. 1620 del 5 de agosto de 1953 y sus reformas, pero que al surgir el Código de Familia, según el artículo 1 de la Ley 5476 del 21 de diciembre de 1973, este pasó a ser el encargado de regular lo referente, quedando vigentes aquellos artículos de la Ley de Pensiones ya citada, que no contradigan las disposiciones del Código de Familia.

No debemos olvidar que el derecho de exigir alimentos y el deber de suministrarlos se da sólo en el ámbito familiar, características muy peculiares de la obligación alimentaria es el hecho que tanto quien proporcione los alimentos como el que los recibe, presenten algún parentesco, entendido en Costa Rica como consanguíneo.

Así, la mayoría de los autores afirman que el fundamento de la obligación alimenticia reside en la solidaridad familiar y que es el *"vínculo familiar la causa eficiente de la prestación de alimentos"*.

Esta obligación de fundamento moral es conocida en nuestro medio como "pensión alimenticia". También se conoce como deber o deuda alimenticia. Sostenemos que la obligación alimentaria es una deuda que, aunque con características muy propias, se podría cumplir satisfactoriamente con especies, pero nuestros tribunales se han inclinado más, en favor de la prestación económica, ya que con dinero es más cómodo satisfacer las necesidades del alimentario.

Tomemos en cuenta que la fijación de la pensión alimenticia se hace por acuerdo de los interesados, o por una decisión judicial en caso de incumplimiento. Antes de entrar de lleno al asunto, vamos a partir de que dichos acuerdos entre las partes, así como las fijaciones hechas por el Tribunal, tienen carácter de modificables, según las circunstancias tanto del alimentante como de los que lo reciben. Lo anterior es interesante acotarlo, ya que no existe ley o norma alguna que regule o establezca una determinada cantidad a la pensión alimenticia.

Partiendo del criterio sustentado por nuestros tribunales y su reiterada jurisprudencia, creemos que el fundamento de esta prestación alimentaria, se basa en un principio de índole moral y de socorro mutuo que debe de prevalecer en las familias, cuando hay abandono de las obligaciones inherentes a ellas, todo lo cual nos lleva a creer que, desde el momento en que se requiere la prestación, se inicia un proceso de estudio social con el fin de salvaguardar la vida humana.

Condiciones que se requieren para que se dé la obligación de suministrar alimentos:

a) El vínculo:

Necesariamente y por los medios correspondientes deberá probarse el parentesco, ya sea por matrimonio o por nacimiento.

b) La necesidad:

Deberá indicarse, a la hora de demandar el suministro de alimentos, tanto las posibilidades del alimentante, como de los alimentarios.

(51) Art. 3 Código de Familia.

(52) Art. 54 Constitución Política.

(53) Art. 91 Código de Familia.

(54) Idem.

c) *El caudal del demandado:*

Para que se dé la prestación alimentaria, necesitamos que se reúnan dos condiciones: 1) el alimentario debe estar necesitado y 2) el alimentante debe hallarse en condiciones de poder suministrar dicha prestación. El mismo Código de Familia en su artículo 151 así lo establece. De aquí podemos desprender, que, dadas las diversas condiciones en que puedan encontrarse los individuos, no es posible establecer un monto fijo por concepto de pensión alimenticia.

Sin embargo, don Alberto Brenes Córdoba establece una pauta que nos parece sumamente precisa: *"Que los alimentos han de ser proporcionados al caudal de quien los debe y a las circunstancias del que los recibe"*. Esto nos hace ver desde ya, que en el momento en que el beneficiario pueda satisfacer sus necesidades, cesa la obligación del alimentante (55), para la prestación de los mismos. O, el caso contrario, cuando el deudor cae en un estado de necesidad tal, que no pueda hacerle frente a la citada obligación.

En consecuencia, la Ley no establece con exactitud en qué momento ha de exigirse la obligación, sino que ésta es una circunstancia que una vez dada compete resolverla al Tribunal indicado.

¿Quiénes están obligados a dar alimentos? (56).

- a. Los cónyuges entre sí.
- b. Los padres a sus hijos menores o incapaces.
- c. Los hijos a sus padres cuando estos sean incapaces de sostenerse a sí mismos.
- ch. Los hermanos a los hermanos menores o incapaces.
- d. Los abuelos a los nietos menores o incapaces.
- e. Los bisabuelos a los bisnietos menores o incapaces, cuando los parientes más cercanos del alimentario no lo puedan suministrar, proporcionado a los medios que tengan ellos.
- f. Los nietos y bisnietos a los abuelos y bisabuelos siempre que se den las condiciones del párrafo anterior.

Es interesante anotar también que los cónyuges pueden demandar alimentos entre sí, cuando

exista abandono de las obligaciones, aunque no estén separados (57). Así como la madre reclamar alimentos en favor de sus hijos extramatrimoniales, una vez probado el parentesco ante el Tribunal de instancia.

También podemos observar que la obligación cuenta para los parientes consanguíneos y no afines, lo que nos da una idea más clara acerca de la protección familiar que pretendieron los legisladores al instituir lo pertinente. También hay que observar que en caso de que se tengan dos o más prestaciones alimentarias, salvo en caso de que se puedan cumplir todas a cabalidad, la Ley se inclina por conceder prioridad a la prestación alimentaria en favor del pariente consanguíneo más cercano, por ejemplo: un deudor en favor de su hijo y de su nieto, tendrá preferencia la prestación alimentaria en favor del primero.

Características especiales de la prestación alimentaria.

Podemos asegurar con base en el estudio hecho, que las mismas tienen carácter especialísimo pues no hay ninguna otra norma con estas características:

La Ley de Pensiones Alimenticias es:

a) *PERSONALISIMA.*

Los alimentos se dan a una persona determinada, únicamente en proporción a sus necesidades y la obligación alimenticia corresponde también a una persona determinada, tomando en cuenta su carácter de pariente o de cónyuge y sus posibilidades económicas.

b) *RECIPROCA.*

Como resultado del parentesco existente entre los individuos vemos que, quien tiene la posibilidad económica de suministrar alimentos puede, llegado el caso, ser el que por carecer de medios, posteriormente sea necesitado de recibir los mismos.

c) *IRRENUNCIABLE.*

Se refiere esta característica a que el derecho a pedir alimentos no es renunciable, precisamente

(55) Alberto Brenes Córdoba, "Tratado de las Personas".

(56) Art. 156 Código de Familia.

(57) Art. 157 Código de Familia.

por tener esta prestación el carácter de satisfacer las necesidades urgentes del alimentario.

ch) INTRASFERIBLE:

Con la muerte de cualquiera de los participantes en esta obligación se extingue la prestación de dar alimentos. No se puede transferir el derecho o el deber de dar alimentos, ya que tiene su razón de ser en circunstancias y momentos muy particulares y propios del alimentante o alimentario.

d) INCOMPENSABLE.

Por existir una necesidad inmediata del alimentario, es que no es posible compensar la prestación alimentaria por otros medios que no sean los estipulados por el Tribunal.

e) INTRANSIGIBLE:

No es posible transigir entre el alimentante y el alimentario, ya que existe una cantidad fijada para satisfacer la prestación alimentaria. Se exceptúa el caso de las obligaciones atrasadas.

f) PROPORCIONAL:

La obligación alimentaria es variable y condicional. De manera pues, que deberá existir siempre una proporción razonable entre las necesidades del acreedor y las posibilidades económicas del deudor.

g) DIVISIBLE:

Se cumple generalmente mediante el pago en dinero bajo la forma de una pensión a plazos periódicos ya sea mensual, quincenal o semanal y debido al estado de necesidad del alimentario han de pagarse por períodos adelantados y no a su vencimiento.

h) CARACTER PREFERENTE DE LOS ALIMENTOS:

La ley confiere prioridad a la prestación alimentaria sobre cualquier otro tipo de obligación,

no siendo motivo para evadir su pago por ejemplo el hecho de que se tengan otras deudas (58).

i) INEMBARGABLE:

Con base en que su finalidad esencial es la subsistencia del ser humano, la Ley establece que esta obligación no puede ser embargada, pues si no fuera así se pondría en peligro la vida del alimentario al negársele lo necesario para vivir.

j) IMPRESCRIPTIBLE:

Siendo una obligación que se origina diariamente, el transcurso del tiempo no puede determinar que la prestación prescriba.

k) LA OBLIGACION ALIMENTARIA NO SE EXTINGUE POR SU CUMPLIMIENTO:

Como se trata de prestaciones de renovación continua, en tanto subsista la necesidad del acreedor y la posibilidad económica del deudor, es innegable que subsistirá también de manera ininterrumpida dicha obligación durante la vida del alimentante.

Privilegios de la pensión alimenticia:

Podemos sintetizarlos así:

- a) Derecho de hacer efectivo el pago de la obligación alimentaria aún por la vía del premio corporal (59).
- b) Posibilidades de proceder al allanamiento del lugar donde se oculte el deudor de alimentos, en casos muy especiales con las formalidades que establece el Código de Procedimientos Penales (60).
- c) Prohibición del alimentante para abandonar el país sin cumplir debidamente con los requisitos de Ley, a saber: el pago garantizado, el fiador o el permiso de la parte actora, los dos primeros por el lapso de un año y el último bajo la responsabilidad absoluta de aquella (61).

(58) Art. 158 Código de Familia.

(59) Art. 152 Código de Familia.

(60) Arts. 209 a 219. Art. 20 Ley de Pensiones Alimenticias.

(61) Art. 19 Ley de Pensiones Alimenticias No. 1620 de 5 de agosto 1953.

ch) Carácter de Título Ejecutivo a la obligación que una vez fijada cumplan con la prestación alimentaria (62).

¿Cuándo cesa la obligación alimentaria?

1. Cuando el deudor se ponga en estado de no poder darla sin desatender sus necesidades alimenticias, o sin faltar a la misma obligación para con otras personas, que respecto de él tengan título preferente.
2. Cuando quien lo recibe deje de necesitarlos.
3. En caso de injuria, falta o daño grave del alimentario contra el alimentante, excepto entre padres e hijos.
4. Cuando el cónyuge hubiere incurrido en abandono voluntario y malicioso del hogar o se comprobare que incurre en adulterio.
5. Cuando el alimentario observare mala conducta o ésta fuera disoluta, licenciosa o in-

compatible con el decoro y buen ejemplo, o fuera vago declarado, o emplee en aquellos fines los provechos que reciba.

6. Cuando los alimentarios menores de edad alcancen su mayoría de edad, salvo que continúen estudiando, mientras cumplen con buen rendimiento y no sobrepasen los veinticinco años. Subsistirá la obligación cuando el hijo aunque mayor de dieciocho años y menor de veintiuno, y cuando a juicio del Tribunal le sea imposible procurarse el sustento por sí mismo (63).

En esta forma y como está estipulada la obligación alimenticia en nuestro país, cabe decir que, debido a las características muy peculiares ya apuntadas, es una de las leyes más importantes en nuestro medio, que ha venido a proteger en una forma muy concreta el bienestar de la familia costarricense.

* * *

(62) Art. 17 Ley de Pensiones Alimenticias.

(63) Artículo 16 Código de Familia.



ENSAYO SOBRE LOS TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES EN COSTA RICA

*Nury Vargas Aguilar.
Licenciada en Trabajo Social.
Estudiante de la Escuela Libre de Derecho.*

INTRODUCCION:

El interés de transmitir una serie de conocimientos y experiencias vividas a través de 20 años de laborar en el campo social y la preocupación que siempre he tenido por los asuntos de los jóvenes, fue lo que me hizo aceptar la invitación hecha por el Colegio de Trabajadores Sociales, para disertar sobre el tema:

"La función social de los Juzgados Tutelares de Menores".

Es un deber como profesionales, investigar y pronunciarnos sobre el tratamiento que se le da al joven en nuestro país. Los conocimientos no deben quedar encerrados en las gavetas de un archivo, o en nuestra mente, es preciso transmitir lo que hayamos estudiado y vivido en servicio de otros.

Este es un ensayo que persigue despertar conciencia sobre la importancia del trabajo que realizan los Jueces Tutelares de Menores. De una decisión acertada puede depender el futuro de un muchacho. Es necesario que todo el país cuente con jueces especializados, además de contar con programas de apoyo para diagnóstico y tratamiento a jóvenes; también debe reforzarse el equipo profesional interdisciplinario. La responsabilidad debe ser compartida por diferentes profesionales, inclusive en la resolución final, debería ser tomada por un Tribunal Interdisciplinario.

Además de la integración de Tribunales Mixtos, debería cada provincia contar con un Centro de Observación, que dependa del Juzgado Tutelar de Menores, financiado por el Poder Judicial, y luego, para el tratamiento propiamente dicho del menor, deberían firmarse convenios con otras instituciones de menores, que se encarguen de la etapa de rehabilitación, educación y capacitación laboral. Sólo con estos programas complementarios se podría reincorporar el joven a una vida productiva, creativa, permitiendo su desarrollo.

Las reincidencias de menores, que han pasado por el Juzgado Tutelar de Menores de San José, son una prueba de que las medidas tomadas por éste, no resuelven el problema. Si no existe seguimiento, si no hay recursos para tratar al joven y a su familia, el problema no se resuelve, sino que muchas veces se agrava con el pasar del tiempo, hasta llegar el muchacho a adulto, a un centro penitenciario.

* * *

ENFOQUE SOCIAL

El propósito de este ensayo es cuestionar la labor de nuestros Juzgados Tutelares de Menores, a fin de que después de una reflexión, venga la ac-

ción transformadora, y la búsqueda de nuevas soluciones.

Antes de entrar al tema del enfoque social, es necesario repasar diversos puntos de vista sobre la concepción del Derecho:

1. Del Vecchio:

"El Derecho busca la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos conforme a un principio ético".

2. Bodenheimer:

"Procura la solución de conflictos a base de reglas generales, o de dar a conocer al ciudadano lo que puede y lo que no puede hacer, o trata de poner coto al poder arbitrario, eliminando la sujeción y estableciendo la igualdad".

3. Kelsen:

"Intenta armonizar al individuo con el Estado, o monopoliza y reglamenta la fuerza en su calidad de orden de coacción".

4. Villoro:

"Está encargado de determinar los deberes y los derechos de los individuos, o coloca fronteras para evitar choques entre los hombres, o es un instrumento para realizar prácticamente la justicia en la vida social".

Luego, reduciendo el concepto general de Derecho, a Derecho Objetivo, comprendido como: *"conjunto de normas obligatorias elaboradas por el hombre que son impuestas coactivamente en la sociedad"*, —La Torre— se encuentra que también hay diferentes posturas. El fondo es analizar, si el objeto esencial del Derecho es imponer en la sociedad un régimen determinado de ordenación o si es el hombre el que transforma el Derecho de acuerdo como la sociedad va siendo transformada. Un derecho que sirve al hombre, y no un hombre que sirve al Derecho. El Dr. Eduardo Novoa, en su libro: *El Derecho como obstáculo al Cambio Social*, plantea toda una nueva concepción del Derecho, y lo define así:

"...a nuestro juicio, el Derecho se presenta y vale como un instrumento de organización social, que debe ser puesto al servicio de la sociedad y de los hombres que la integran, para facilitar y permitir una forma de estructura y de relaciones sociales que asegure a todos los individuos su más pleno desenvolvimiento humano, dentro de una sociedad capaz de promoverlo y asegurarlo".

Visto así, sería un Derecho lleno de vida, dinámico, que va evolucionando, transformándose y enriqueciéndose con la praxis, con la casuística, y

con el aporte de otras disciplinas como la sociología, el trabajo social, la psicología, etc.

Buscaría organizar una mejor sociedad humana y el bien de cada uno de los miembros. Nadie niega ya el veloz ritmo y movilidad que tiene la realidad social de cada país. La influencia de los inventos, avances técnicos, modificaciones culturales acontecimientos políticos, conflictos bélicos, luchas sociales, todo esto y otros factores más, varían los comportamientos de los individuos y transforman las sociedades.

Lo que era calificado como "contrario a la moral y a las buenas costumbres", en una sociedad a principios de siglo, ahora se acepta como perfectamente normal. La sociedad califica el comportamiento autorizando o no lo que se puede hacer. En Costa Rica, jurídicamente hablando, una persona puede hacer todo lo que no le esté prohibido por el ordenamiento.

Pasemos ahora a analizar otros factores que influyen en un comportamiento antisocial, delictivo, o mejor dicho antijurídico —que es lo que se sanciona—. Existen muchos factores internos y externos que inducen a una persona a actuar como "delincuente", a jugar en una sociedad el "rol de delincuente".

El Dr. Armando Campos, en un curso sobre Psicología Criminológica, expone:

"Existen muchos modelos parciales para el estudio científico de la conducta delictiva. Por ejemplo, puede constituirse un modelo biológico (en base a factores tales como estructura corporal, dotación cromosomática, condiciones psicossomáticas, etc.); uno socio-económico (considerando antecedentes familiares, laborales de situación económica, etc.) y tantos otros como disciplinas humanas se ocupan del problema. Ninguno de estos enfoques o modelos parciales, puede ser en sí mismo suficiente, porque la conducta "delictiva" es conducta humana y tan compleja e integral como cualquiera otra. No puede ser adecuadamente comprendida sino mediante el estudio global del hombre concreto".

No se presentará ahora, en las corrientes de pensamientos de las diferentes ESCUELAS CRIMINOLOGICAS, por no tratarse de adultos, sino de menores, y se estima que es muy aventurado hablar de una conducta delictiva en un ser humano que está en formación.

La corriente más moderna es no hablar de "causas" sino de "factores" que influyen a que un menor cometa actos contrarios a la ley, para que desarrolle trastornos de conducta, o que emplee

una serie de mecanismos de evasión: como las drogas, los intentos de suicidio, etc. La teoría de buscar "causa", "efecto" llega a ser simplista cuando de seres humanos se trata, especialmente al estudiar su comportamiento.

Nuestros legisladores, cuando aprobaron la Ley 3260, para la creación de la Jurisdicción Tutelar de Menores, tuvieron una gran visión; puede verse en el análisis de sus arts. 9 y 12 —para citar como ejemplo—, en éstos resguardaron que no se dieran datos sobre los menores pasados por estos Juzgados, ni que se inscribieran en los registros policíacos, prohibieron divulgar la identidad de un menor sujeto a su jurisdicción. Todo esto refleja confianza en que el ser humano puede cambiar, especialmente si es un niño o adolescente. Muchas veces depende de factores externos a él, de su realidad social y económica en que vive. No obstante que esa misma Ley 3260 establece en su artículo 6, que el menor deberá ser llevado a un:

"...Centro de observación, o al local especial que para menores deberá existir en cada jurisdicción...".

Estos centros no existen en el país. Los Jueces Tutelares de Menores, muchas veces han puesto —especialmente en provincias alejadas de la capital— a los menores en cárceles junto con adultos.

Hay que dotar de recursos humanos e institucionales para el diagnóstico y el tratamiento de estos casos, a cada provincia. La concentración y la inmigración de familias en barriadas periféricas no se podrá detener si se siguen concentrando servicios en la capital. Es más fácil resolver el problema de un muchacho en su propio medio, que trasladarlo a una institución de San José. Si se analiza el artículo 6 con el artículo 15, se ve como el legislador previó dotar de estos recursos a las provincias. No obstante que la ley tiene 16 años de promulgada, no se ha creado ningún Centro de Observación Diagnóstico de la Corte Suprema de Justicia. Se analizan los mismos centros de orientación juveniles creados en 1930 y 1932 por Adaptación Social y los Albergues de Puntarenas, San Isidro del General y San José abiertos este año 1979.

La población juvenil ha crecido, no así los recursos. El artículo 35 puede ser efectivo si se operacionalizan "convenios" entre el Poder Judicial y las instituciones para menores.

Las medidas Tutelares de que habla el artículo 29 de la Ley citada, son inoperantes o incompletas, si no se cuenta con los recursos de programas para estudio de diagnóstico y tratamiento a un

menor. De ahí que la reincidencia está en un alto porcentaje de casos, especialmente en San José.

Esta Ley 3260 que fue sancionada por don Francisco J. Orlich en 1963, dejó claro el camino por donde se debió transitar, pero su ejecución no ha sido prioridad en cuanto a dotación de recursos de programas, lo que la hace a veces inoperante. Se ha invertido mucho en la "rehabilitación del delincuente adulto", pero muy poco en la prevención del delito.

Trabajar con los niños abandonados, y con los jóvenes, es más productivo a largo plazo que invertir en la rehabilitación de adultos.

¿Qué factores pueden incidir en un menor, para favorecer un comportamiento delictivo?

Esta respuesta no puede darse sin un análisis aunque somero de diferentes aspectos: económicos, psicológicos, que muy bien conocen los trabajadores sociales que han laborado en este campo. Voy a permitirme incursionar, llevarlos por la aventura del conocimiento científico sobre otros campos que no son de su competencia, pero que deben conocer los Jueces de Menores:

NUESTRA REALIDAD NACIONAL Y LOS MENORES

Hay que comenzar por la niñez:

"El niño no es un ser extraño al adulto, sino constituye la parte más importante de la vida del adulto, es —su arquitecto—. La personalidad de adulto tiene raíces profundas en la vida y desarrollo del niño que se encuentra en su origen" (Pierre Thomas).

De la forma como el niño logre la plenitud de sus potenciales, tanto orgánicos como psicológicos, no sólo dependerá el futuro adulto sino el de la propia humanidad moldeada en forma indeleble en el transcurso de su infancia.

Las investigaciones modernas tratan de enfocar la problemática infantil en su integridad como ser bio-psico-social determinado por el potencial genético transmitido por sus progenitores y por sus condiciones del medio ambiente natural y social en el cual se desarrolla. Si bien la variabilidad genética influye en la capacidad de desarrollo y perfeccionamiento de los estímulos externos. Las vivencias: agradables o desagradables, creativas o frustrantes, establecen en nosotros formas de responder a esos estímulos.

El impulso agresivo humano comprende todas

las fuerzas agresivas de la mente, que pueden estructurarse en forma positiva, como el impulso de autodeterminar, la ambición creativa, la competencia leal de superación, etc. . . .o puede estructurarse en forma negativa como es cualquiera de las formas destructivas y agresivas que se gestan en el ser humano hasta llegar a lo criminal. Hay muchas formas de agresión humana desde simples disgustos o rechazos a personas hasta el homicidio. Pueden ser conscientes, inconscientes o impulsivas.

Dentro de las muchas formas de agresión a un menor las hay desde las dirigidas a su organismo, a su integridad física hasta las pasivas que van a minar la estructura mental y emocional de un muchacho. Es frecuente encontrar en jóvenes agresivos y violentos que rechazan toda conducta impositiva así como rechazan y se burlan de las figuras de autoridad; hay en ellos un común denominador —fueron niños abandonados, agredidos y rechazados—.

En Costa Rica, según el artículo 19 del Código Civil:

"Son mayores de edad las personas que han cumplido dieciocho años; y menores los que no han llegado a esa edad".

La Ley 3260 de la Jurisdicción Tutelar de Menores se aplica hasta los 17 años.

La mayor incidencia de casos que llegan al Juzgado Tutelar de Menores de San José, oscila entre los 14 y 17 años. O sea, adolescentes, jóvenes en proceso de desarrollo. Interesa por eso, conocer algo sobre:

¿Qué es ser joven?:

Las Naciones Unidas señala en uno de sus informes: *"En el presente informe se utiliza el término "juventud" para indicar personas jóvenes en edades comprendidas entre los 12 y los 25 años.*

Ese grupo de edades comprende a los que se encuentran en los últimos años de la niñez, a los adolescentes y a los jóvenes adultos, e incluye a los jóvenes que asisten todavía a la escuela, así como a los que están casados y tienen hijos". El concepto se interpreta desde un punto de vista cultural y varía en las distintas partes del mundo. Los países difieren en su designación jurídica de las edades.

Así que para definir un joven, depende de su desarrollo biológico, psicológico, y depende también de la sociedad y la cultura a la cual pertenece. Muchas veces el desarrollo biológico no va paralelo al desarrollo psicológico y a sus ajustes a la sociedad en la que vive.

¿En qué consisten esos ajustes?:

Se define como socialización al proceso educativo, de carácter formal e informal por medio del cual, tanto el niño como el joven reciben la información o formación necesarias para que conformen su conducta a los valores, creencias y normas vigentes.

La sociedad tradicional considera exitoso el proceso de socialización de un individuo si ha llegado a desarrollar en éste determinadas características:

1. Responsabilidad propia, equilibrio interno y autocontrol de la conducta.
2. Disposición anímica y social a entablar relaciones sociales normales con los adultos de la sociedad, de acuerdo a las funciones que se le imponen.
3. Capacidad de mantener relaciones emocionales constantes con el compañero de sexo opuesto; es decir, el mantenimiento de relaciones sexuales constantes en el marco de una unidad familiar.
4. Identificación con los valores básicos de su sociedad y con su tradición cultural.

—Lic. Mario Espinoza Vergara. Seminario Salud y Juventud, 1976 noviembre—.

—Ch. Buhler 1950—, define la adolescencia como *"el período que comienza con la adquisición de la madurez fisiológica y termina con la adquisición de la madurez social, es decir con la asunción de los derechos y deberes sexuales, económicos y legales del adulto".*

El adolescente propiamente tal, busca un status autónomo, trata de definir su participación social en términos de sus propias capacidades, cuestiona, ensaya y procura definir su participación psicosocial hasta llegar a su plena incorporación al status adulto.

—Krauskopf— *"En un estudio preliminar efectuado en muchachos de una población urbano popular (Curso de Psicología Aplicada 1975-1976), pudo apreciarse que consideraban terminada su niñez cuando ocurría uno o varios de los siguientes hechos: embriagarse con licor, fumar, consumir marihuana, establecer relaciones sentimentales o sexuales con el sexo opuesto y la finalización de la escuela. Las tres primeras situaciones mencionadas nos muestran formas de placer que ofrece nuestra cultura, y que creemos están asociadas simbólicamente para el adolescente, a una ruptura de control familiar. Además pueden disminuir tensiones que ya sabemos, se incrementan en este período de transición".*

—Escobar, 1972— comenta: *“...la juventud costarricense está sometida a una doble tensión, por una parte la educación tradicionalista que lo induce a mirar hacia el pasado y conformar con él su personalidad y por otra parte las condiciones socio-culturales que lo rodean y la profunda noción del cambio social en que está sumergida, requiriendo la integración de un sistema de su personalidad adaptado a una constante variación social y cultural. . . el joven costarricense es un ser íntimamente desgarrado por esta ambivalencia y por este conflicto de lealtades”*.

—Socorro Rodríguez, 1976— Define las crisis emocionales así: *“...se habla de crisis cuando en el individuo o el grupo debe enfrentarse a la solución de un problema nuevo, que toma al individuo desprevenido. La crisis es una etapa peligrosa de la cual se pueden obtener buenos o malos resultados, depende de cómo se enfrenten los problemas. De ahí que depende del grado de salud mental que tengan el individuo o grupo que soporta la crisis. Las crisis pueden experimentarlas los individuos y los grupos.*

En los individuos las encontramos en los períodos críticos del desarrollo y del climaterio. Las crisis del nacimiento son universales; de mayor o menor intensidad serán las que se presentan en la adolescencia, adultez, climaterio y vejez”.

Todo depende del apoyo, de los estímulos positivos que recibe el adolescente, que esa “crisis” sea una etapa más, que la supere sin mayores problemas.

—Socorro Rodríguez, 1976— parece hacer énfasis en esos estímulos positivos cuando afirma que *“La necesidad de reconocimiento y aceptación cuando no es satisfecha en el adolescente obliga a éste a adoptar mecanismos compensatorios racionales o irracionales. Llamar la atención a costa de ridiculizar a los demás, de enfermarse o de adoptar conductas delictivas; todos como una forma de vengarse de la sociedad o de las personas cercanas. Son como patologías transitorias que si no se corrigen con métodos psicoterapéuticos, adecuados*

pueden deformar la personalidad de una forma casi reductible”.

La timidez o la conducta agresiva hacia sí mismo (depresión y autodestrucción) o hacia los demás (sadismo), pueden ser también respuestas irracionales del adolescente ante el rechazo de su necesidad de reconocimiento.

¿Cómo puede medirse si el adolescente ha superado esa etapa crítica?:

Los criterios para evaluar la salud mental del adolescente son la adopción de una actitud satisfactoria hacia la autoridad, el conocimiento de sí mismo, el grado de desarrollo psicosexual, el interés por los demás y la salida de sus principios y de sus objetivos. El adolescente responderá más fácilmente a estas exigencias, si ha obtenido algunos éxitos, y si se ha sentido admitido y aprobado por la sociedad; y si ha tenido ocasión de enfrentarse con dificultades y de pasar por momentos de ansiedad y de lucha.

¿Por qué muchos adolescentes no logran superar esa etapa y llegan a un Juzgado Tutelar de Menores?: El análisis de las historias clínicas, y el estudio social nos dan la respuesta: en su gran mayoría estos muchachos no han recibido ni de la familia ni de la sociedad, un estímulo positivo externo que les dé confianza en sí mismos. Que los haga sentir el placer de un éxito, de un reconocimiento. Sumado a una triste historia de abandono o agresión en la niñez.

Si bien es cierto que no se puede hablar de “causas” de la delincuencia, sí se puede hablar de “factores” que influyen negativamente en el adolescente, hasta llevarlo a cometer actos en contra de las personas, de la propiedad privada de otros, o contra su propia integridad física.

Se suministran algunos datos que pueden dar más luz en el análisis.

Uno de los síntomas que mide la patología de una familia, es el abandono o el maltrato a menores. De un estudio hecho sobre 100 casos de menores que llegaron a las Oficinas Centrales del Patronato Nacional de la Infancia en San José, en 1976, se encontraron los siguientes resultados:

**CASOS DE NIÑOS AGREDIDOS.
POR EDADES Y SEXO, ENERO-DIC. 1976.**

GRUPOS DE EDAD MENORES	Porcentaje	SEXO	
		FEM.	MASC.
TOTAL	100	11	14
De 0 a menos de 2	16	1	3
De 2 a menos de 4	24	3	3
De 4 a menos de 6	24	1	5
De 6 a menos de 8	8	1	1
De 8 a menos de 10	4	—	1
De 10 y más	24	5	1

FUENTE: Investigación Menores Agredidos 1976. Licda. Nury Vargas.

"Se nota más incidencia de agresión a menores de menos de 6 años. En cuanto a los menores de más de 6 años, se encontró que los maltratos ocurrieron por castigos inmoderados y abuso del poder paterno, pues trataban de corregir al menor por fugas, rebeldías, por no querer ir a la escuela, etc."

De éstos la mayoría fueron niños, pues según

expresión de los padres o cuidadores . . . "El hombre es de la calle", "hay que tratarlo más duro", "la niña corre más peligro en la calle que el varón" (eso hace que las medidas correctivas sean otras, por temor a las fugas).

En cuanto al lugar de donde provenían esos casos, se observa en el cuadro siguiente:

**CASOS DE MENORES AGREDIDOS.
POR LUGAR DE PROCEDENCIA DE LA PROVINCIA DE SAN JOSE.
PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA. 1976.**

LUGAR	Porcentaje
TOTAL	100
Desamparados	16
Moravia	12
Guadalupe	8
Tibás	8
San José, Cantón Central	40
Coronado	4
Puriscal	4
Patarrá	4
Zapote	4

FUENTE: Investigación Menores Agredidos 1976. Licda. Nury Vargas Aguilar.

Como puede verse, la mayor incidencia está en el Cantón Central de San José, y en Desamparados. En cuanto al primero, provienen de: San Sebastián, Barrio Cuba, Zapote, San Cayetano, Ciudadela 15 de Setiembre, La Uruca, Lomas de Ocloro, y Distrito La Merced.

Es curioso que el Cantón de Desamparados fue el cantón de San José que en 1976 reportó el mayor número de casos de jóvenes con problemas de conducta, referidos al Patronato Nacional de la Infancia. Del estudio de menores agredidos la ma-

yor parte de las agresiones (68 por ciento) fueron producidas por: su madre, su padre, o ambos.

En cuanto a conductas en contra de la integridad física, el porcentaje de intentos de suicidios es muy alto, especialmente en jóvenes. No hay estudios completos actuales sobre este problema. Se infiere por la experiencia práctica de los casos que llegan a las consultas del Seguro Social. No obstante, en cuanto a lo que sí se registró como "suicidios", se aporta el cuadro que sigue:

SUICIDIOS, DISTRIBUCION POR SEXO Y EDAD. ENERO, FEBRERO Y MARZO, 1977.

GRUPOS DE EDAD	TOTAL	Porcentaje	SEXO			
			FEM.	Porcentaje	MASC.	Porcentaje
TOTAL	45	99.99	11	24.44	34	75.55
De 15 a 25 años	14	31.11	3	6.67	11	24.44
De 26 a 36 años	11	24.44	6	13.33	5	11.11
De 37 a 47 años	9	20.00	—	—	9	20.00
De 48 a 58 años	5	11.11	1	2.22	4	8.89
De 59 años y más	6	13.33	1	2.22	5	11.11

FUENTE: Investigación, Patronato Nacional de la Infancia, Licda. Nury Vargas A.

Durante el primer trimestre de 1977 hubo un total de 46 suicidios, lo que en promedio significa un total de 15 suicidios mensuales. De éstos, el 31.11 por ciento se trató de suicidios de personas cuyas edades oscilaron entre los 15 y 25 años; el 24.44 por ciento, entre los 26 y 36 años y el 50 por ciento restante lo ocupan las edades entre los 37 y los 90 años de edad, mostrándose una alta incidencia en adultos entre los 40 y los 50 años.

Como puede verse, se repite el hecho de que son los jóvenes los más afectados. La depresión, los intentos de suicidios, los suicidios, el consumo de drogas, las agresiones a menores, etc., nos deben importar tanto en un análisis, como: los robos, los hurtos, las violaciones, y otros. Únicamente que en unos casos la agresión o la violencia se vuelca hacia el sujeto mismo, o se vuelva en violencia hacia otros o hacia su patrimonio.

La violencia en cualquiera de sus formas, tiene su origen en los patrones culturales de una sociedad y en la estructura de la naturaleza del ser humano. Constituye un grave problema social, al cual no se ha dado la importancia que requiere.

Los relatos de los niños son más claros, que lo que se puede explicar:

La joven X, de 15 años dice: "Mi padre bebe, y con frecuencia me pega. Es muy grosero conmigo. Cuando viene borracho siento miedo y asco. Los tres días antes de escaparme de la casa no hizo más que insultarme y golpearme".

El muchacho de 12 años: "yo siempre tenía que ir a pedir y traerle la plata a mi mamá. Si no venía con pesos me echaban a dormir a la calle después de una paliza. Nunca me preguntaban cómo conseguía la lana".

Los muchachos que deambulan por las calles,

y que son rechazados por su familia provienen en su mayoría de los barrios periféricos de San José. Los que llegan al Juzgado Tutelar de Menores y a los Centros de Orientación Juvenil provienen de esas zonas también.

De un análisis hecho de las estadísticas enumeradas del Juzgado Tutelar de Menores de San José, de los años 1975-1976 y 1977, se obtuvo lo siguiente:

**CUADRO COMPARATIVO DE MENORES ATENDIDOS EN EL
JUZGADO TUTELAR DE MENORES DE SAN JOSE, EN
1975-1976 y 1977, SEGUN INTEGRACION FAMILIAR.**

CONCEPTO	1975	Porcentaje	1976	Porcentaje	1977	Porcentaje
Hijos Matrimoniales:	466	55.87	536	58.27	482	54.59
Que están separados, o fallecido alguno	176	9.36	238	25.72	202	22.88
Que sí viven juntos	290	34.77	301	32.55	280	31.71
Hijos Extramatrimoniales:	195	23.38	250	27.02	272	30.80
Que están separados o que falleció alguno	128	15.35	205	22.38	221	25.03
Que sí viven juntos	67	8.03	43	4.64	51	5.77
Informe ignorado	173	20.75	136	14.71	129	14.61
Constelación familiar	834	100.00	925	100.00	883	100.00

FUENTE: Estadísticas Juzgado Tutelar de Menores, 1975-1976-1977. Análisis realizado por la Licda. Nury Vargas A.

INTEGRACION/FAMILIAR	1975		1976		1977	
	No.	Porcentaje	No.	Porcentaje	No. Abs.	Porcentaje
Padres que viven juntos:						
Casados o no casados	357	42.80	344	37.19	331	37.48
Padres que están separados:						
Casados o no casados	304	24.71	443	48.10	423	47.91

FUENTE: Estadísticas Juzgado Tutelar de Menores, 1975-1976-1977. Análisis realizado por la Licda. Nury Vargas A.

GRUPO DE EDADES	HOMBRES									MUJERES								
	1975			1976			1977			1975			1976			1977		
	P	S	S/e	P	S	S/e	P	S	S/e	P	S	S/e	P	S	S/e	P	S	S/e
Menos de 7 años	0	0	0	0	0	3	0	0	1	0	0	0	0	0	2	0	0	2
De 7 a menos de 10 años	23	0	1	25	0	2	17	0	3	3	0	0	6	0	0	4	0	0
De 10 a menos de 14 años	101	6	6	139	5	9	106	8	4	23	2	2	24	2	5	34	3	1
De 14 a menos de 17 años	315	73	9	315	98	16	334	115	15	68	14	4	73	25	6	82	23	4
No consta	1	0	1	4	2	0	7	0	0	0	0	2	1	0	0	0	0	0
TOTAL	440	79	17	483	105	30	464	123	23	94	16	8	104	27	13	120	26	7

CLAVE: P = Enseñanza Primaria
S = Enseñanza Secundaria
S/e = Sin escolaridad

GRUPOS DE EDADES	HOMBRES			MUJERES		
	1975	1976	1977	1975	1976	1977
Menos de 7 años	0	3	1	0	2	3
De 7 a menos de 10 años	28	29	23	3	6	4
De 10 a menos de 14 años	124	162	125	28	33	39
De 14 a menos de 17 años	458	475	498	90	127	115
No consta	79	73	67	24	15	8
TOTAL	689	742	714	145	183	169

De los jóvenes que llegaron al Juzgado Tutelar de Menores en ese período de análisis de tres años, la mayoría son varones: 2.145 (mujeres 497). La mayor incidencia está en edades de 14 a menos de 17 años, tanto para hombres como para mujeres. En cuanto a nivel educativo formal, la mayor parte apenas cubre la enseñanza primaria.

De los menores atendidos, en el Juzgado, se encontró que en su mayoría provienen de familias incompletas, donde no están las figuras de autoridad, padre-madre —sean casados o no—.

1977. 47.91 por ciento

1976. 48.10 por ciento

Sólo en 1975, superaron los casos de menores cuyas familias estaban integradas 42.80 por ciento. Curiosamente la mayoría de los muchachos que llegaron en ese período de análisis, eran hijos de matrimonio:

1977. 54.59 por ciento

1976. 58.27 por ciento

1975. 55.87 por ciento

Pareciera que no es un factor determinante el que el muchacho sea hijo o no de matrimonio. Lo que sí influye, es que la familia esté integrada, sean o no casados.

Menores atendidos en un centro de Orientación Familiar:

En un estudio realizado con 107 menores internados en el Centro Juvenil Luis Felipe González, por Adaptación Social al primero de junio de 1978, se encontró que la mayor parte ha-

bían nacido en San José: 59.81 por ciento y especialmente en el cantón Central: 45.79 por ciento.

En cuanto a lugar de nacimiento, no aparecen menores reportados nacidos en Desamparados, pero es curioso, que en el cuadro de DOMICILIO (lugar donde viva el menor al momento del estudio) el cantón de Desamparados es el que nos reporta el segundo lugar por San José: 10.28 por ciento.

Esto nos sugiere dos preguntas:

1. ¿Será que el cantón de Desamparados ha tenido un fenómeno de migración de pobladores de otras zonas?
2. ¿Han resuelto un problema social, los programas que el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y el Instituto Mixto de Ayuda Social han desarrollado en Desamparados?
3. ¿O han concentrado en una misma área geográfica a familias con múltiples conflictos?

Curiosamente en una investigación que realicé en 1977 sobre "suicidios encontré que el cantón de Desamparados es el que ocupa el segundo lugar en los casos de San José y la mayor incidencia en personas entre los 15 y 25 años: 31.11 por ciento. Y en otra investigación realizada en 1976 sobre Menores Agredidos, de la provincia de San José, ocurre que del cantón de Desamparados reportaron el 16 por ciento de los casos, o sea de los de mayor incidencia.

Del estudio realizado por Adaptación Social en el Centro Juvenil Luis Felipe, al primero de junio 1978, tenemos que la procedencia por domicilio de ellos era:

Provincia	Porcentaje
San José	66.36
Puntarenas	10.08
Guanacaste.	4.67
Cartago	4.67
Limón.	3.74
Alajuela.	2.80
Heredia	0.93
Extranjeros	0.93
No indica.	5.61
	100.00

El motivo de ingreso de los menores, de mayor porcentaje fue por Delitos contra la Propiedad: 61.68 por ciento. El robo y el hurto significan muchas veces el medio para subsistir, un menor cuando su familia no le brinda las condiciones mínimas de alimentación y vivienda. Sin contar los casos de padres alcohólicos o con otras enfermedades que dependen de lo que el menor consiga para llevar a la casa.

Las investigaciones y los resultados obtenidos a veces coinciden, no obstante ser realizados por diversos grupos: Tal es el caso del estudio realizado por un grupo de estudiantes de Psicología de la Universidad de Costa Rica, en 1977 en el Centro

Luis Felipe González, de Gerardo Sequeira y otros:

1. Destaca que los más altos porcentajes de menores provienen de hogares desintegrados —64 por ciento—.
2. Proviene la mayoría de los menores de estratos bajos; bajos recursos —30.66 por ciento—.
3. Que el motivo de internamiento fue mayor por robo y hurto —70.66 por ciento—.
4. Que la mayor incidencia de menores oscilaba entre 7 a 14 años y que la mayoría —94.66 por ciento— reportaban haber trabajado.

CONCLUSIONES:

1. Debe comprenderse el Derecho como un instrumento de organización social, que debe ser puesto al servicio de la sociedad. Un Derecho lleno de vida, dinámico, que evolucione conforme la sociedad lo necesite. Un Derecho que se enriquece con el aporte de otras ciencias del hombre.
2. El ser humano es susceptible de cambio, de superarse y transformar comportamientos agresivos destructivos por una conducta agresiva creativa.
3. Entre más temprano se trate a un ser humano, más posibilidades de éxito hay. Tratar a los niños abandonados y a los jóvenes es más productivo a largo plazo, que invertir en la rehabilitación de adultos.
4. De un estudio y un diagnóstico integral de un menor, depende la correcta aplicación de un tratamiento. Este estudio y diagnóstico debe ser anterior a la resolución que toma el Juez Tutelar de Menores, contemplada en el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores.
5. Los factores que pueden influir en un menor para cometer una infracción, pueden ser internos, propios de su desarrollo psico-social. Pero pueden ser externos, coordinados por su realidad económica, cultural-etc., como: falta de alimentación adecuada, falta de vivienda, ausencia de oportunidades para recibir una educación media y una capacitación laboral.
6. Esos factores externos dependen en su gran

mayoría de la organización económica social y política del país y variar esas estructuras no está al alcance de los Tribunales Tutelares de Menores, ni de los profesionales que laboren en este campo. Es una tarea de todos a través de una participación consciente, ya desde otro ángulo: el político.

7. No obstante estos factores externos no eliminan la validez del estudio serio y científico de los factores internos. El ser humano es una unidad: bio-psico social en cualquier sistema que viva.
8. La falta de programas integrados de instituciones que laboren con menores abandonados e infractores, dificulta el tratamiento y duplica esfuerzos.
9. No hay Jueces Tutelares de Menores especializados en provincias. No cuentan estos juzgados con equipos interdisciplinarios. El Poder Judicial no ha creado aún ningún Centro de Observación y Diagnóstico para Menores Infractores. (Artículo 6 de la Jurisdicción Tutelar de Menores).
10. Todo lo anteriormente citado en puntos 8 y 9, influye en que la labor de los Jueces Tutelares de Menores no sea lo eficiente que se requiere.
11. Por ser el menor de edad una persona en desarrollo, cualquier medida que tome el Juez Tutelar de Menores, debe ser vista como "medida de tratamiento", dentro del proceso de formación del muchacho. Por esta razón los Juzgados deberían ser Tribunales de Atención a Menores, mixtos, integrados por profesionales de otras carreras y no sólo por abogados. Los estudios sociales, psicológicos, psiquiátricos, y otros, no vinculan al juez. Sólo le sirve para "formar criterio" y dictar la resolución. Depende de la preparación de ese juez, y depende hasta de factores personales, cómo él comprende la situación de un menor. De ahí que en la ley debe quedar, expresamente normada la obligatoriedad de tomar en cuenta las recomendaciones del equipo técnico o de los Centros de Observación (cuando se creén). O puede reformarse para crear Tribunales Mixtos Interdisciplinarios.

SUGERENCIAS :

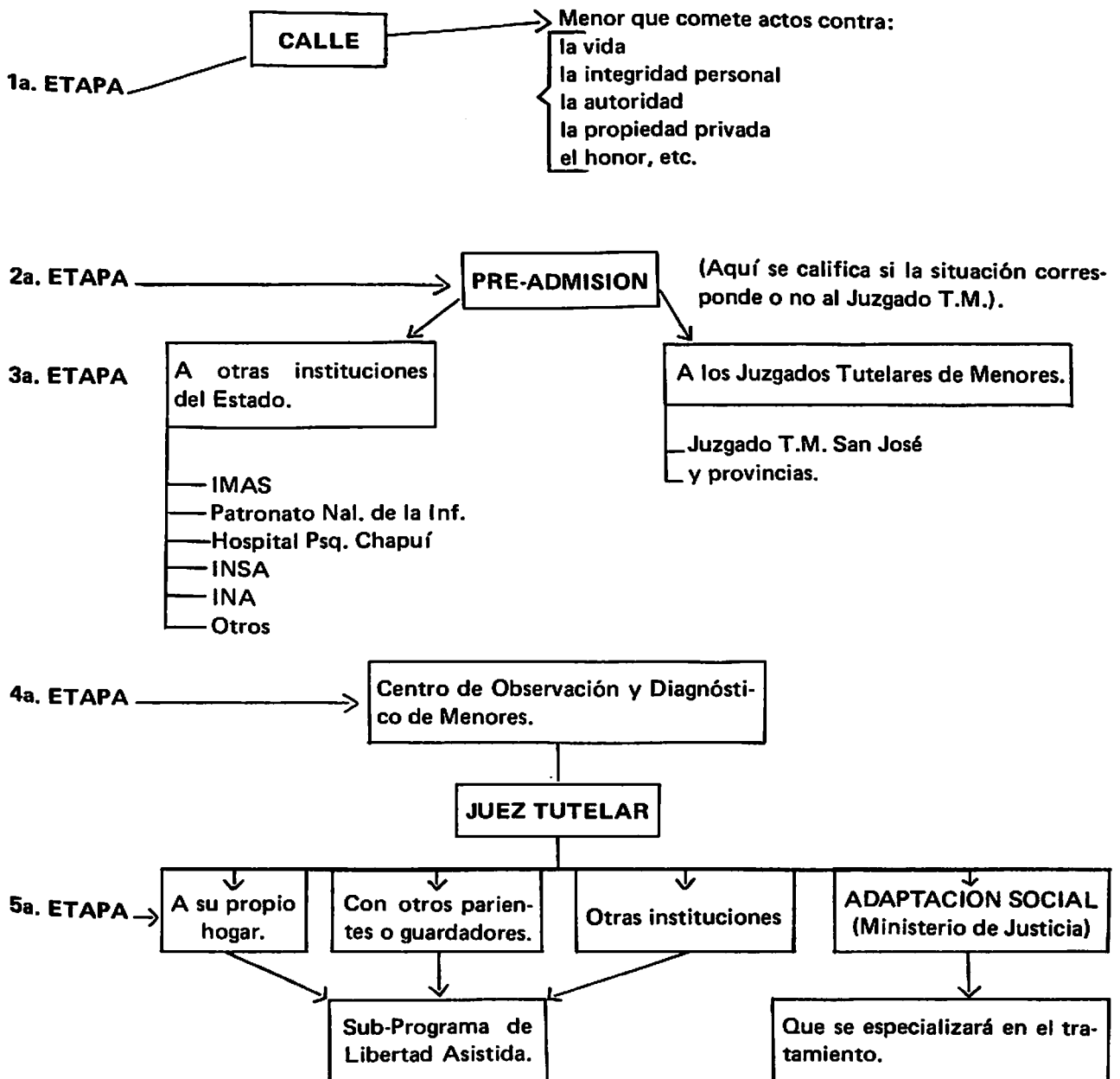
Del presente "*Ensayo sobre los Juzgados Tutelares de Menores*", surgen muchas ideas para resolver los problemas planteados. Algunas tendrían que orientarse hacia la transformación de la sociedad misma en que vivimos. Otras tienen que darse hoy, y desde el marco de la realidad actual estas pueden ser:

1. Revisión y actualización de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores.
2. Creación de Centros de Observación y Diagnóstico para Menores Infractores, que dependerían del Poder Judicial.
3. Fortalecer el equipo interdisciplinario a los Juzgados Tutelares de Menores de todo el país.
4. Integrar Tribunales Tutelares de Menores Mixtos (interdisciplinarios). O vinculación en las resoluciones de los Jueces Tutelares de Menores, a las recomendaciones del equipo técnico, o del Centro de Observación y Diagnóstico cuando los haya.
5. Crear Unidades de Pre-Admisión por provincia, dependientes de los Juzgados Tutelares de Menores, que tengan la facultad de calificar la situación del menor, y decidir si pese o no bajo la Jurisdicción Tutelar de Menores, o se traslade el caso por ejemplo, al Patronato Nacional de la Infancia por ser "menor abandonado" sin trastorno de conducta.
6. Que los Juzgados Tutelares de Menores se especialicen en dar los casos estudiados-diagnosticados y con las recomendaciones de un tratamiento (o medidas tutelares).
7. Que la Dirección General de Adaptación Social del Ministerio de Justicia, se especialice en el tratamiento y la prevención del menor infractor.
8. Elaborar programas de atención integral al menor infractor y a su familia, pero por regiones. Que participen las diferentes instituciones del Sector Social, por ser tarea de todos. No se hable de coordinar programas. Sino de integrar en un programa, la acción de varias instituciones.
9. Que la "coordinación" no se vea como un "instrumento", sino como parte del proceso de planificación y programación conjunta interinstitucional. Sólo así se lograrán las metas propuestas. Para que opere, debe ser impuesta.

aunque antes exista el diálogo para la negociación sobre lo que se compromete a ejecutar o aportar cada institución.

Ya para finalizar, se ofrece un esquema de lo que podría ser una organización institucional para la atención de los menores infractores.

ESQUEMA



Explicación del Esquema:

En la ETAPA 1a., es cuando el menor se pone en el supuesto de la norma: comete la contravención o el delito.

La 2a. ETAPA, es cuando el menor es llevado a una PRE-ADMISION. Ahí se valora si el hecho por el cual se llevó al menor, amerita que se le pase al Juzgado Tutelar de Menores y o si es un caso de simple abandono que debe pasar al Patronato Nacional de la Infancia. O es que la madre del niño está enferma y no hay quien lleve alimentos a la casa y necesita la ayuda urgente del Instituto Mixto de Ayuda Social. O es un menor que sufre de ataques epilépticos y esté sin control médico, etc. No es posible atender bajo la jurisdicción Tutelar de Menores, a un niño de 7 años, porque quebró un vidrio, o porque insultó a un guardia civil. Esta Oficina de Pre-Admisión debe valorar cada caso, y canalizarlo por la vía que sea más conveniente.

La 3a. ETAPA, es cuando ya se decide, si pasa al Juzgado Tutelar de Menores, o si pasa a otras instituciones. No interesa para este análisis la primera alternativa: cuando el caso entre al Juzgado.

La 4a. ETAPA: el menor pasa al Centro de Observación, que se especializará en el diagnóstico integral del menor y dictará las medidas de tratamiento a seguir. Estos centros dependerán del Poder Judicial.

La 5a. ETAPA, consiste en pasar el caso al Juez o al Tribunal (caso que se creen) para decidir la ubicación del menor: si se hace el seguimiento en el Juzgado, o si se pasa el caso a la Dirección General de Adaptación Social del Ministerio de Justicia. Este último se especializará en programas de tratamiento al menor infractor, y en prevención del delito.

Desde luego que todas estas son ideas para motivar a la búsqueda de soluciones factibles.

Bibliografía y Trabajos que pueden ser consultados para ampliar información sobre el tema:

1. *Apuntes para una Perspectiva Sociológica de la Juventud*, Lic. Mario Espinoza V., nov. 1976. Seminario Nacional sobre Juventud, Cartago, Costa Rica.
2. *Hacia una Psicología de la Adolescencia en Costa Rica*, Licda. Drixa Kranskopf R., nov. 1976, Seminario Nacional sobre Juventud, Cartago, Costa Rica.
3. *Patología de la Adolescencia*, Dra. Socorro Rodríguez, nov. 1976. Seminario Nacional sobre Juventud, Cartago, Costa Rica.
4. *Estudio Epidemiológico del Uso de Drogas en Población Estudiantil de Tercero y Cuarto Ciclo, Cantón de Desamparados*, Tesis de Grado para licenciatura en Trabajo Social, Lic. Luis Alberto Bermúdez y otros, 1978.
5. *Problemas de Salud de la Adolescencia*, Informe de un Comité de Expertos de la OMS, Ginebra, 1965, No. 308.
6. *La Juventud y las Drogas*, Informe de un Grupo de Estudio de la OMS, Ginebra, 1973, No. 516.
7. *Estadísticas del Juzgado Tutelar de Menores en San José*, Poder Judicial, 1977, 1976, 1975.
8. *Revista Centroamericana de Ciencias de la Salud*, mayo-agosto 1977, No. 7.
9. *"Un ensayo en Anticriminología: Notas sobre la Delincuencia Juvenil"*. Dr. Armando Campos, Revista No. 7, CSUCA, Revista Centroamericana de Ciencias de la Salud.
10. *"Determinantes Psicosociales del Desarrollo Infantil en Costa Rica"*, Pierre Thomas Claudet y Zayda Méndez de Thomas, Revista Centroamericana de Ciencias de la Salud, No. 7, CSUCA.
11. *"El Síndrome del Niño Agredido"*, julio de 1977. Licda. Nury Vargas. Investigación sobre 100 casos de menores agredidos, cuyas denuncias fueron hechas al Patronato Nacional de la Infancia, en 1976, en San José, Costa Rica.
12. *"El Abandono del Menor"*. Licda. Nury Vargas, 1969. Estudio realizado por el personal de la Dirección General de Bienestar Social del Ministerio de Trabajo, sobre una población de 1113 casos de menores "deambulantes callejeros". San José, Costa Rica.
13. Francisco Escobar, *"Juventud y cambio social"*, Departamento de Publicaciones, Ministerio Cultura Juventud y Deportes, Costa Rica, 1973.
14. Nury Vargas, *Recreación Popular*, 1976, Patronato Nacional de la Infancia, Costa Rica.
15. *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*. E. Nova. Ed. Siglo XXI.

EL PATRIMONIO FAMILIAR

Licda. Marina Ramírez A.

A. GENERALIDADES.

1. Concepto.

El patrimonio familiar, también llamado "bien de familia", es una institución de derecho privado, relativamente reciente (puede decirse que es propia del presente siglo), creada con el fin principal de dotar a los miembros de la familia, considerada ésta en extensión variable, de permanencia y estabilidad, mediante el aseguramiento de su habitación y sustento básicos.

La misma manifiesta así el interés del Estado en asegurar en sus necesidades vitales los intereses de la familia, en cuanto ésta constituye el núcleo primario de la sociedad.

Las variadas modalidades que asume la institución en los países en donde se ha incorporado, así como las distintas características que presenta según las normas que lo regulan, dan lugar a conceptos muy particularizados del mismo, pero en general todas las definiciones señalan como caracteres principales del bien de familia los siguientes:

a) se trata de un inmueble rural o urbano afectado por su finalidad, ya que está destinado a habitación o predio familiar.

b) es inembargable y enajenable en principio, pues si bien puede serlo en algunos casos ello es conforme a ciertos requisitos.

c) tiene un especial sistema sucesorio, distinto del tratamiento normal de los bienes en estos casos.

Estas características se mencionan en las siguientes definiciones:

"El bien de familia es un inmueble urbano o rural, que en virtud de la ley es afectado al servicio de la familia, garantizándose el cumplimiento de su destino mediante su inembargabilidad y diversas restricciones a su transmisibilidad a terceros, bien sea entre vivos o aun por causa de muerte; la situación privilegiada de estos bienes se completa con exenciones impositivas y otras ventajas que varían según las leyes creadoras de este tipo de bienes" (1).

El patrimonio familiar constituye "un conjunto de bienes pertenecientes al titular de ellos, que distingue del resto de su patrimonio por su función y por las normas que la ley dicta en su protección; está destinado a asegurar la prosperidad de la nación" (2).

"...el bien de familia es una institución jurí-

(1) LAZARO TREVISAN, Partición de herencias, citado por GUASTAVINO, Elías P., Bien de Familia, Buenos Aires, pág. 255.

(2) TEDESCHI, G., El régimen patrimonial de la familia, (Trad. del ita. E.J.E.A., Buenos Aires, 1954) pág. 80.

dica del Derecho de familia patrimonial y por lo tanto del Derecho Civil, concerniente a un inmueble urbano o rural, ocupado por los beneficiarios indirectamente, limitado en su valor, que por destinarse al servicio de la familia goza de inembargabilidad, es de restringida disponibilidad, se encuentra desgravado impositivamente y subsiste en su afectación después del fallecimiento del titular del dominio" (3).

El bien de familia es pues un bien especial, que se distingue del resto del patrimonio del instituyente por su finalidad; en razón de su inembargabilidad y de las restricciones en cuanto a su disponibilidad se dice que el mismo es un bien que se encuentra fuera del comercio.

2. Antecedentes históricos y filosóficos.

El patrimonio familiar, como hemos visto, es una institución directamente encaminada a la protección de la familia.

Elo implica una concepción especial tanto desde un punto de vista meramente legal, ya que se perfila la familia como un sujeto especial de derecho, como desde un punto de vista filosófico más amplio, en donde el concepto de individuo, viene a ser superado por el concepto de familia, o conjunto familiar, con una visión pluralista de la sociedad.

Aunque en algunos casos la creación de un patrimonio familiar especialmente protegido, ha surgido de un interés político especial, tal como promover la colonización de territorios deshabitados, lo cierto es que el fundamento básico de la institución del bien de familia, es la necesidad de proveer alojamiento y sustento a los miembros del grupo familiar.

Históricamente el desarrollo de esta figura jurídica puede situarse en el siglo XIX, pues surgió como reacción a los extremos a que la filosofía individualista, originada con la revolución francesa, había llevado a la organización social.

"Su surgimiento —dice Guastavino— tiene un clima histórico propio y exclusivo; posee también causas propias, ya que representa la respuesta a las necesidades sociales derivadas de la concepción

individual del derecho de propiedad. El ambiente jurídico que lo hizo emerger consistió en la conjunción de las ideas democráticas y de las postulaciones individuales que, respectivamente, guiaron al Derecho Público y al Privado del siglo XIX. Era necesario hallar la solución jurídica que manteniendo la orientación democrática impidiera el arrasamiento de las células elementales de la sociedad. Esa necesidad plasmó el bien de familia. Hubiera sido imposible concebirlo si antes no se hubiera instaurado la concepción individual de la propiedad, contra cuyos excesos venía a reaccionar; y también hubiera sido imposible concebirlo si no se procurase mantener y consolidar las bases igualitarias de la democracia, otorgando los beneficios del patrimonio familiar a todas las familias" (4).

Reconocida así la importancia de los entes pluralistas, intermedios entre Estado e individuo, se vio la necesidad de fortalecer a la familia, tanto respecto a los nexos personales propiamente dichos, como desde el punto de vista de los recursos necesarios para su subsistencia.

De aquí que se entrara a considerar los perjuicios ocasionados por la constante dispersión del patrimonio familiar derivado de la partición hereditaria obligatoria, impuesta por las nuevas corrientes del derecho sucesorio.

La dispersión de la propiedad y los minifundios atentaban no solo contra la estabilidad familiar, sino también contra la estabilidad económica de la nación en su conjunto. Además el desamparo absoluto de los miembros desvalidos de la familia ante las acciones de los acreedores era evidente.

Nació así entonces la idea de apartar o excluir del patrimonio del jefe de la familia, un bien que se destinaría exclusivamente a habitación familiar o a proveer el sustento de sus miembros. A efecto de asegurar este destino se le revistió de una serie de medidas especiales, encaminadas a impedir el traspaso o enajenación del mismo, complementadas en muchos casos por otras medidas de carácter tributario tendientes también a facilitar la constitución de ese patrimonio.

La justificación de la figura, dentro de una

(3) GUASTAVINO, *supra* nota 1, pág. 256.

(4) *Idem*. pág. 106.

filosofía política moderna, la hace con gran acierto Guastavino al decir:

"El Derecho actual no puede dirigirse al restablecimiento de la llamada familia troncal, apoyado en concepciones sociales y económicas inadecuadas para la sociedad moderna; no debe tampoco el derecho actual pretender una vinculación de los bienes similar a la que se conoció antes de la Revolución Francesa de 1789; pero tampoco debe admitir con indiferencia la inmediata y forzosa disolución del patrimonio familiar, pues ello conduciría a frustrar el cumplimiento de las funciones de la familia" (5).

3. Modalidades en Derecho comparado.

Al hacer el estudio de las legislaciones, tanto europeas como americanas, podemos observar la existencia de la institución que estudiamos en casi todos los países. Sin embargo, las formas que asume son muy variadas, respondiendo también a distintas orientaciones políticas. Básicamente se dan dos orientaciones en cuanto se refiere al patrimonio familiar; aquellas legislaciones que enmarcan la figura jurídica casi dentro del marco del Derecho Agrario, respondiendo a un fin de tipo colonizador o de desarrollo agrícola, en donde el Estado concede predios públicos para que sean trabajados por las familias, cumpliendo a la vez indirectamente un fin proteccionista de ellas; de otro lado están aquéllas que lo estructuran dentro del marco del Derecho Privado, en donde la protección familiar es el interés principal, procurándose el mismo a través del resguardo de la propiedad familiar, tanto urbana como rural, facilitando al propietario la constitución del régimen sobre un bien de su propiedad por propia iniciativa.

Observamos entonces que conforme al primer criterio, político agrícola, se tiende a proveer a las familias campesinas de un predio rural mínimo que permita su subsistencia; esto se hace generalmente a través de instituciones públicas especializadas; asimismo se trata de evitar el minifundio a través de normas hereditarias que obligan a traspasar ciertos bienes a un solo heredero o prohibiendo la enajenación de fundos de cabidas mínimas establecidas. Se obliga también por lo general a que se trabaje la tierra directamente por el beneficiario.

Desde el otro punto de vista, la orientación social tendiente a proteger al núcleo familiar no solo en lo rural sino en general, se procura apartar determinados bienes del tráfico comercial común, para proveer con ellos a los miembros de la familia de habitación y sustento seguros.

Así, se crean patrimonios especiales que se sustraen al haber común del deudor y que no responden por sus deudas, manteniéndose la seguridad de la habitación mínima requerida por las familias. En estos casos, la propiedad de los bienes continúa dentro de las normas civiles privadas, comunes, pero limitada por las restricciones propias de la institución.

Dentro de la primera tendencia encontramos el llamado patrimonio familiar en España, conforme al cual el Estado, a través del Instituto Nacional de Colonización, provee a las familias, en la persona jefe, de tierras cultivables, aportadas por el citado Instituto o por el adjudicatario, junto con la casa de labor, los edificios, caminos y construcciones de todo género adheridos a las tierras, los árboles y las plantas, las aguas vivas o estancadas dentro de las tierras de cultivo, y en general, todo lo que estando unido a uno de los inmuebles propiamente dichos del patrimonio familiar de una manera fija no puedan separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto (6).

Tal patrimonio está sometido a normas de indivisibilidad e inembargabilidad relativas y sometido a condiciones especiales para su transmisión así como para su gravamen, lo suficientemente flexibles como para poder afirmar que el bien se encuentra dentro del comercio de los hombres, contrariamente a lo que ocurre con otros regímenes en donde las características de inalienabilidad e inembargabilidad del patrimonio familiar lo sitúan como bien fuera del comercio. De este modo la concepción política, legal y técnica del patrimonio familiar español, cae dentro de la categoría de empresa agrícola (7).

Otro caso de patrimonio familiar que puede ubicarse dentro de esta tendencia de protección y desarrollo de zonas agrícolas, lo constituye el llamado "homestead" de los Estados Unidos, en su acepción llamada "homestead law", que se identifica con la idea de "lote de colonización", el cual

(5) Idem. pág. 93.

(6) LUNA SERRANO, Agustín, *El patrimonio familiar*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, Madrid, 1962, pág. 114.

(7) Idem. págs. 78, 109.

se constituye sobre tierras de dominio público y consiste en un beneficio concedido a los lotes adjudicados a los colonizadores con el fin de favorecer la puesta en cultivo de los baldíos. (Ley Federal).

El "homestead law" consiste entonces en parcelas de dimensiones limitadas legalmente, al que todo ciudadano americano, que fuere jefe de familia, o que hubiere llegado a la edad de veintiún años, tiene derecho. El Estado reconoce una propiedad provisional sobre las tierras por cinco años, durante los cuales las tierras se consideran de propiedad familiar, y los acreedores no pueden dirigirse contra ellas, ni su titular enajenarlas por ningún concepto; cumplido ese período y si se hubiesen cumplido también determinadas condiciones en cuanto al trabajo de la tierra, el beneficio cesa y la propiedad se convierte en libre (8).

En el Derecho alemán encontramos el llamado "anerbenrecht", institución relacionada con el derecho de vinculación sucesoria sobre haciendas agrícolas, conforme a la cual los predios rurales son indivisibles y el bien se traspaşa a un único hijo con indemnización para los demás.

En Italia existen dos instituciones orientadas en el sentido comentado que son la "minima unità culturali" y la "unità podereale"; ambas se refieren al trozo mínimo de tierra suficiente para el trabajo o el mantenimiento de una familia campesina, y se encuentran reguladas por normas tendientes a evitar la división de ella, imponiendo su indivisibilidad, tanto por acto inter vivos como por causa de muerte (9).

En Paraguay existe el llamado "lote rural", parcela de tierra adjudicada por el Departamento de Tierras y Colonización, suficiente para mantener a la familia labradora que lo explota en cultivo directo y que goza de un régimen de inembargabilidad e imprescriptibilidad (10).

Por último encontramos en Cuba el llamado "mínimo vital", terreno necesario y suficiente para una familia de cinco personas, adjudicado en propiedad por el Instituto Nacional de Reforma Agraria, preferente a obreros agrícolas, jefes de familia y combatientes. Tales tierras disfrutan de los beneficios de inembargabilidad e inalienabilidad (11).

La característica general de todas las instituciones comentadas consiste en el hecho de ser orientadas por el Estado, casi siempre tratándose de bienes de dominio público, limitado a zonas rurales y con un sentido práctico de propiciar el desarrollo agrícola, a la vez de proteger a la familia rural en sus necesidades básicas.

Existen de otra parte instituciones semejantes que tienen el mismo fin, pero éste se busca a través de la iniciativa y de la propiedad privada, creando por medio de la ley las condiciones necesarias para que los propietarios puedan, de modo voluntario, establecer un patrimonio especial en favor de su familia.

Todas estas modalidades de patrimonio familiar se encasillan así más propiamente dentro del derecho privado, con la intervención del Estado únicamente en carácter tutelar en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos exigidos.

Dentro de esta categoría podemos encontrar en los Estados Unidos junto al "homestead law", el llamado "homestead exemption", que se constituye sobre tierras de dominio privado mediante una declaración de voluntad del titular de ellas, otorgada ante la autoridad competente, en virtud de la cual la finca se convierte en explotación familiar civilmente inembargable. Entre las condiciones que debe reunir el interesado para establecer el "homestead" está el ser titular de las tierras, ser jefe de familia y tener sobre el inmueble un derecho efectivo de posesión por lo menos; debe además ocupar realmente el inmueble.

El privilegio de que goza éste consiste en general en la excepción de embargo y venta forzosa de las tierras. En principio no es indivisible ni existen normas que dispongan la transmisión a un solo heredero en propiedad, pero los beneficios del mismo perduran en favor de la viuda y de los descendientes menores del causante (12).

En Italia encontramos al patrimonio familiar, que hasta hace poco tiempo estuvo regulado como una de las formas de régimen convencional de relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Su constitución tiene como efecto la inalienabilidad de los bienes y el destino de los frutos en ventaja o a

(8) Idem. pág. 29 —GUASTAVINO—, supra nota 1, pág. 107.
(9) LUNA SERRANO, supra nota 6, pág. 39.

(10) Idem. pág. 51.

(11) Idem. pág. 52.

(12) Idem. págs. 29, 30 —GUASTAVINO—, supra nota 1, págs. 110, 114.

favor de la familia. El mismo se liga invariablemente al matrimonio, pudiéndose constituir antes o después de celebrado, pero no puede establecerse una vez disuelto el vínculo; no obstante a la muerte de uno de los cónyuges el régimen perdura si existen hijos menores.

El patrimonio familiar en el derecho italiano constituye así un conjunto de bienes pertenecientes al titular de ellos que se distingue del resto de su haber por su función y por las normas que la ley dicta en su protección.

Aunque en principio es inalienable, el Tribunal puede no obstante autorizar en caso de necesidad o utilidad evidente, la enajenación cuando el bien pertenece a uno de los cónyuges, estableciendo así la reinversión del precio.

El patrimonio familiar es también inembargable, pero ésta solo puede oponerse a los acreedores por deudas posteriores a la trascrición registral o a la vinculación de los títulos. Puede afectarse al régimen tanto bienes inmuebles como títulos de crédito, siendo en cuanto a esto último excepcional la legislación italiana (13).

En Francia está el denominado "bien de familia". El mismo puede ser constituido de manera voluntaria por cualquiera de los cónyuges o por un tercero, a través de declaraciones expresas de voluntad en el primer caso o por donación en el segundo. Puede comprender una casa o una porción determinada de una casa, una casa y tierras anexas o vecinas ocupadas y explotadas por la familia, o solamente tierras explotadas sin casa de habitación. También pueden ser objeto del régimen una casa con tienda y taller y el material y las herramientas que lo formen, ocupada y explotadas por una familia de artesanos (14).

Como se ve, en este aspecto la Legislación Francesa es bastante amplia, permitiendo la debida protección no solo de la habitación familiar sino de los elementos necesarios para su trabajo.

Tanto el bien de familia como sus frutos son en principio inembargables, pero existen excepciones; el bien en sí mismo es embargable por créditos anteriores que hubieren sido conservados según un

procedimiento especial a la hora de la afectación; los frutos están sujetos al pago de las deudas derivadas de la responsabilidad penal, de impuestos relativos al bien, primas y deudas alimentarias (15).

Suiza distingue tres tipos de regímenes que pueden identificarse con el patrimonio familiar: las fundaciones de familia, que son un tipo especial de fundación en donde los bienes se destinan al pago de los gastos de educación y establecimiento y de asistencia de los miembros de la familia o a fines análogos.

Los asilos de familia que se configuran mediante una declaración de voluntad del titular del bien. Los bienes así afectados quedan sometidos a un régimen de inalienabilidad e inembargabilidad y no pueden ser arrendados ni hipotecados. Algunos familiares tienen el derecho de recibir refugio por orden de autoridad competente en el inmueble, cuando su condición lo exija (16).

Por último están las llamadas indivisiones familiares, las cuales tienden a la conservación de las explotaciones agrícolas familiares mediante su atribución a un solo heredero; puede tratarse también de comunidades patrimoniales originadas por la herencia pero que derivan del acuerdo de voluntades de los parientes o sus representantes (17).

En Alemania el "heinstättenrecht" o patrimonio familiar vino a ampliar los efectos del "anerbenrecht", en cuanto éste no limitaba las facultades de disposición del bien por acto inter vivos, y solo establecía la indivisibilidad del bien por causa de muerte.

El "heinstättenrecht", junto a la transmisión íntegra del bien familiar a un solo heredero, hace aparecer la inembargabilidad, indivisibilidad e inalienabilidad relativas del mismo.

Puede establecerse sobre terrenos concedidos por el Estado a través de sus instituciones o por un acto constitutivo del propietario que destine a tal fin una finca de vivienda o industria. La condición de propiedad familiar abarca tanto las fincas como sus pertenencias (18).

En América Latina encontramos figuras jurídi-

(13) GUASTAVINO, ídem. págs. 155, 159 —TEDESCHI—, supra nota 2, págs. 86, 102.

(14) GUASTAVINO, supra nota, 1, pág. 142.

(15) LUNA SERRANO, supra nota 6, pág. 44.

(16) Ídem. pág. 49 —GUASTAVINO—, supra nota 1, pág. 129.

(17) GUASTAVINO, ídem. pág. 131.

(18) LUNA SERRANO, supra nota 6, pág. 31. GUASTAVINO, supra nota 1, pág. 122.

cas semejantes, con las características del patrimonio familiar, en casi todos los países. Existen normas relativas al mismo en Guatemala, Nicaragua, Colombia, Venezuela, Perú, Brasil, Argentina, México y otros. En este último país destaca la particularidad de que el patrimonio familiar puede ser constituido no solo por un acto unilateral del propietario, sino también de modo forzoso, como facultad de los acreedores alimentarios del propietario, quienes pueden solicitarlo así al Tribunal en caso de que haya peligro de que quien tiene obligación de dar alimentos pierda sus bienes por mala administración o porque los esté dilapidando.

También puede hacerse oficialmente la constitución del régimen a través de concesiones de baldíos por parte del Estado (19).

B. NORMAS POSITIVAS COSTARRICENSES.

1. Antecedentes.

Antes de hacer un examen breve de los antecedentes legislativos del patrimonio familiar, anteriores a la vigencia del Código de Familia actual, que incluye en su articulado varias normas relativas a él, es necesario advertir que dichas leyes no constituyen en modo alguno la figura jurídica que estudiamos, al menos en toda su amplitud, y ello es así tanto en el Código como en la Ley No. 4277 de 16 de diciembre de 1968, llamada de Patrimonio Familiar, que fue su antecedente inmediato.

En realidad, tal como se encuentra diseñada en nuestro derecho, la figura del patrimonio familiar constituye más bien una modificación especial establecida al sistema de separación de bienes durante el matrimonio, o sea una modificación al régimen legal de bienes entre cónyuges.

Ello es así por cuanto, tanto en la ley como en el Código, se impone como factor determinante de la institución el hecho de requerirse el consentimiento de ambos cónyuges tanto para la constitución como para la desafectación del régimen, así como para los actos de enajenación y gravamen, introducido de modo muy limitado los aspectos de indisponibilidad relativa e inembargabilidad que son las características fundamentales del patrimonio familiar.

En estas leyes, y más concretamente en la Ley No. 4277 citada, se faculta al propietario del bien para disponer de él o gravarlo, sin más requisito

que el consentimiento del otro cónyuge, cuando lo usual tratándose del patrimonio familiar, y en atención a sus fines, es que tal libertad no exista, pues la disponibilidad del bien se encuentra condicionada a una serie de requisitos especiales tendientes a proteger el interés familiar, tales como autorización judicial o casos de excepción establecidos.

Por otra parte, los beneficios del régimen parecen establecerse principalmente en favor del cónyuge no propietario y solo en segundo término a favor de los hijos, ya que el mismo se condiciona necesariamente a la existencia de un matrimonio sin que se pueda establecer a favor de hijos extramatrimoniales o solo a favor de los hijos de matrimonio, en caso del propietario viudo, como veremos más adelante.

Además la posibilidad de desafectación o continuidad del régimen en caso de divorcio, separación o muerte de uno de los cónyuges, queda sometida a la voluntad exclusiva del cónyuge supérstite o de ambos, según sea el caso.

La Ley de Patrimonio Familiar.

Observemos primeramente la Ley No. 4277 de 16 de diciembre de 1968, que fue la primera innovación en esta materia en nuestro país, por medio de la cual se reformaron los artículos 76 y 77 del Código Civil de 1888, que regulaban por entonces las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

El artículo 78 establecía la separación de bienes durante la vigencia del matrimonio, sin señalar limitación alguna a las facultades de disposición de los cónyuges sobre sus bienes propios o gananciales. El artículo 77 por su parte, establecía la presunción de gananciales de los bienes existentes en poder de los cónyuges al momento de la disolución del vínculo matrimonial, a la vez que enumeraba las excepciones a esa regla, o sea los bienes que aun adquiridos durante el matrimonio no se considerarían gananciales.

La ley en comentario reformó esos artículos del modo siguiente:

En cuanto al artículo 76, y en él se centró fundamentalmente la reforma, se añadió el siguiente texto:

"Artículo 76. Si no hubiere capitulaciones, etc.

...Sin embargo, los cónyuges no pueden, el uno sin el consentimiento del otro, gravar ni dispo-

(19) Idem. pág. 51; ídem. pág. 197.

ner en ninguna forma del inmueble que en el momento del acto o contrato, sirva de habitación familiar, si se tratare de un terreno adquirido a título oneroso después de la nupcias o si la construcción hubiere sido levantada estando vigente el matrimonio, por cualquiera de los cónyuges o por ambos. Tampoco se podrá sin ese consentimiento, disponer del mobiliario del hogar ni gravarlo. Se exceptúa el caso de que el gravamen sea garantía del precio de adquisición del inmueble o de los bienes muebles.

El cónyuge que no hubiere dado su consentimiento, podrá demandar la nulidad del acto o contrato, pero la acción que se establezca en la vía civil solo prosperará contra terceros, si éstos tenían conocimiento de que se trataba del inmueble que servía de habitación familiar o de los muebles existentes en ésta.

La acción de nulidad prescribirá en un año a partir de la fecha en que el cónyuge tuvo conocimiento del traspaso o gravamen, sin que pueda ejercitarse tampoco después de un año de la disolución del matrimonio o de la separación de los cónyuges judicialmente decretada.

En la apreciación de las pruebas sobre el conocimiento que los terceros tuvieron de que el inmueble o el mobiliario eran del patrimonio familiar, los Tribunales procederán con sujeción a lo que prescribe el artículo 978.

Si la cabida del terreno excediere de mil metros cuadrados en zonas urbanas, o de diez mil metros cuadrados en zonas rurales, el cónyuge a cuyo nombre estuviere inscrito el inmueble, podrá hacer la segregación correspondiente para mantener el patrimonio familiar con la cabida dicha, y disponer del resto de la finca o gravarlo sin el consentimiento del otro cónyuge.

Los bienes respecto de los cuales no existe libre disposición conforme a lo dicho en el presente artículo, no podrán ser perseguidos por acreedores personales de los cónyuges, salvo en cobro de deudas contraídas por ambos, conjuntas o solidariamente”.

En el texto anterior hay varios puntos que nos permiten afirmar que más que un patrimonio familiar estrictamente dicho, lo que se hizo fue una reforma al régimen legal de bienes en el matrimonio, estableciéndose una especie de comunidad de bienes gananciales, limitada a un único bien inmueble y a los muebles del hogar.

Estos puntos son:

a) Necesario consentimiento del otro cónyuge para un determinado acto (venta o enajenación del

inmueble destinado a habitación familiar o de los muebles respectivos). Si bien éste es uno de los requisitos que a veces establece la legislación comparada para la disposición del bien de familia, no es el único utilizado para asegurarlo y resguardarlo de la imprudencia o irresponsabilidad del propietario, ni siquiera es el método más recomendable, dada la facilidad con que podría obtenerse ese consentimiento. En general la indisponibilidad relativa del bien de familia o patrimonio familiar se asegura mediante el establecimiento de otros requisitos más formales que impliquen un estudio de la necesidad de disposición del bien, en el que interviene casi siempre un ente público especializado o los Tribunales.

b) Limitación de la comunidad relativa a determinados bienes gananciales (inmueble destinado a habitación familiar y algunos muebles), sin posibilidad de extender los beneficios de la afectación a un bien propio o aportado por alguno de los cónyuges al matrimonio, o algún bien donado por un tercero a la comunidad familiar. Esta limitación del beneficio únicamente tratándose de los bienes gananciales dichos es contraria a la figura del patrimonio familiar, ya que impide la constitución del régimen sobre bienes propios de los cónyuges, con lo cual se excluyen muchos de ellos que podrían ser objeto del mismo.

Por otra parte, cuando el bien destinado a habitación familiar es un bien aportado o propio no ganancial, queda desprotegido totalmente, pues no se requiere el consentimiento del cónyuge para la enajenación o traspaso.

c) La posibilidad de demandar la nulidad del acto hecho en contra de las disposiciones dichas, se limita únicamente al cónyuge no propietario. Esto es lo propio en los regímenes matrimoniales de comunidad, en donde la protección legal se concreta a los intereses de los cónyuges, pero no lo usual tratándose del patrimonio familiar, ya que esta facultad se concede a todos los beneficiarios del régimen, como pueden ser los hijos u otros familiares. Incluso en algunas legislaciones gozan de esta acción de nulidad los terceros que vean afectados sus intereses con ese acto.

d) Se permite la embargabilidad de los bienes cuando ambos cónyuges sean deudores solidarios, con lo cual la posibilidad de embargo es muy amplia, dada la facilidad con que el propietario puede obtener el consentimiento o participación del otro cónyuge, como dijimos anteriormente. Así pues, la inembargabilidad es mínima.

Ahora bien, con todos esos defectos la Ley

No. 4277 de 16 de diciembre de 1968 que comentamos, tenía una gran importancia, pues trataba de introducir algunas modificaciones a la tradicional libertad irrestricta de disposición de los cónyuges sobre sus bienes durante la vigencia del matrimonio, libertad que tantos males había producido.

Si bien en su articulado no se plasmó debidamente la idea, sí se pretendía brindar protección especial a la familia, entendida como el núcleo formado por padres e hijos menores.

A pesar de sus buenas intenciones la ley fue objeto de severas críticas tanto por parte de juristas como por gente del mundo de los negocios, en especial por las instituciones bancarias, las cuales insistían en que la misma entrababa notablemente las negociaciones al requerir el consentimiento de varias personas para los actos de enajenación o gravamen de los bienes dichos. Las críticas provenientes de los juristas fueron varias, entre ellas que se modificaba la tradicional autonomía de los cónyuges en el manejo de los bienes, que no se configuraba un verdadero patrimonio familiar y la incertidumbre jurídica que se podría crear al depender la validez o nulidad del acto del conocimiento que tuviere el tercero contratante de la naturaleza patrimonial afectada de los bienes objeto del negocio (20).

El mal ambiente con que se rodeó a esta ley llevó a su derogatoria finalmente con la Ley No. 4674 de 27 de noviembre de 1970, que volvió a dejar vigentes los artículos 76 y 77 del Código Civil que habían sido modificados, dejando las cosas como antes.

2. El patrimonio en el Código de Familia.

El Código de Familia, emitido por Ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1973, incluyó dentro del capítulo que denominó "Régimen Patrimonial de la Familia", seis artículos relativos al patrimonio familiar. Estos artículos fueron incluidos por los Diputados de la Asamblea Legislativa, ya que la Comisión Redactora del Proyecto de Código no tuvo tiempo de estudiar ningún capítulo relativo a esta figura dada la complejidad del tema, que requería un estudio cuidadoso (21).

Si bien con estas nuevas normas se trató de dar mejor estructura jurídica a la figura que comentamos, las mismas resultaron incompletas; por ello tampoco ahora se podría considerar que se ha creado un verdadero patrimonio familiar en nuestra ley de familia.

Varios de estos artículos fueron posteriormente reformados por Ley No. 5895 de 9 de marzo de 1976, según veremos más adelante. Para analizar las normas positivas costarricenses relativas al bien de familia, lo haremos tratando de enmarcar dentro de los elementos básicos de esta institución para determinar hasta dónde las mismas configuran la figura comentada y qué aspectos se han omitido, ya que los artículos del Código no tienen una estructura formal ajustada a los aspectos doctrinales principales, sino que son de redacción muy general.

a) Constituyente

Como dijimos antes, el Código de Familia no especifica con claridad cada uno de los aspectos fundamentales del patrimonio familiar, entre ellos quién puede ser constituyente del régimen. Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo 43 se deduce que únicamente pueden constituirlo los cónyuges de común acuerdo, sobre un bien propiedad de uno de ellos. Se exige que ambos cónyuges otorguen la escritura respectiva (22). Ello implica que debe existir un matrimonio regular para que el propietario del bien pueda afectarlo como patrimonio familiar o bien común.

La necesaria participación y consentimiento del otro cónyuge crea así, como dijimos más arriba, una comunidad excepcional de bienes, más que un patrimonio familiar, ya que tratándose de esta última institución el consentimiento del cónyuge no propietario se exige por lo general para los casos de enajenación o gravamen del bien ya afectado, así como para su desafectación, pero no para su constitución.

La necesaria existencia de un matrimonio y de ambos cónyuges, excluye de nuestro derecho la posibilidad de afectación por parte de un tercero manteniendo éste la nuda propiedad, así como la

(20) Una reseña bastante completa del proceso de emisión y posterior revocatoria de esta ley puede verse en El patrimonio familiar de Oscar M., ROJAS HERRERA, U. de C.R., Facultad de Derecho, 1971.

(21) VARGAS F., Eladio, Comentarios al Código de Familia Revista de Ciencias Jurídicas (No. 25 San José, Costa Rica, 1975) pág. 114.

(22) El artículo 43 original no establecía este requisito, el mismo se incluyó por reforma de ley de 9 de marzo de 1976.

posibilidad de que el padre soltero o viudo pueda constituir el gravamen a favor de sus hijos u otros beneficiarios.

Por otra parte, el artículo 46 prohíbe la constitución del régimen cuando se trata de derechos indivisos no localizados (23), de aquí que no pueda ser constituyente el copropietario si antes no procede a la localización de su derecho.

En este punto relativo a la persona que puede ser constituyente del régimen de patrimonio familiar vemos que nuestra ley carece de tecnicismo, ya que es a todas luces ilógico que se exija el consentimiento y el otorgamiento de la escritura por parte del cónyuge no propietario, ya que se trata de un acto que va en beneficio suyo y de sus hijos, para lo cual sobra pues su consentimiento, el cual solo debe requerirse si el bien fuera propiedad de ambos cónyuges. Parece que se ha confundido el acto de afectación del bien con los actos posteriores de enajenación y gravamen del mismo, en donde sí, como mínimo, deberá requerirse del consentimiento del cónyuge no propietario, pues en estos casos sí se podría ver perjudicado.

b) Beneficiarios.

Tampoco se especifica concretamente quiénes podrán ser beneficiarios del régimen.

Un estudio de los artículos 42, 44 y 47 del Código de Familia permite afirmar sin embargo, que la afectación se hace en beneficio de los cónyuges y sus hijos menores, ya que la exigencia de la constitución por ambos cónyuges implica la existencia de un matrimonio legal, ampliándose así el beneficio a la familia, considerada en su extensión mínima.

Se trata así de un régimen de beneficiarios muy restringido, ya que no toma en cuenta a los ascendientes ni otros parientes del constituyente, que por vivir en su misma casa y depender de él pudieran verse afectadas por la desposesión del bien.

Tampoco podrían ser beneficiarios los hijos menores del padre viudo ni los extramatrimoniales, lo cual es una de las fallas más grandes de nuestra legislación en esta materia.

Esta limitación de los beneficios del patrimonio familiar al cónyuge y a los hijos menores aparece clara si se observa que en el artículo 47 (que se ocupa de las causas de desafectación) se contempla

la posibilidad de continuidad después de la muerte del constituyente o en caso de separación o divorcio, únicamente cuando hubiere hijos menores. Con ello se elimina la posibilidad de que la afectación subsista únicamente en favor del cónyuge viudo no propietario y menos en favor de otros parientes que pudieren de hecho vivir bajo la protección del constituyente.

c) Objeto.

Según el artículo 46 del Código de Familia los beneficios del régimen de patrimonio familiar *"...se aplicarán al inmueble urbano con una cabida no mayor de mil metros cuadrados, o al rural cuya extensión no exceda de diez mil metros cuadrados. Asimismo a la parcela rural destinada a la subsistencia de la familia, en el tanto que no exceda de esta última extensión. . ."*

En esta norma observamos primeramente que solo los inmuebles pueden ser objeto de afectación. Se excluye, como en la mayoría de las legislaciones, los bienes muebles, significando esto un retroceso en relación con lo que disponía sobre ello la derogada Ley de Patrimonio Familiar de 1968, en la que sí se disponía la inembargabilidad relativa de los bienes muebles que estuvieren en el inmueble destinado a habitación familiar.

En este aspecto es recomendable que se admitan como objeto de afectación de bien de familia, algunos bienes muebles, los indispensables para la vida normal de la familia, sin satisfacer eso sí, lujos innecesarios. La reciente reforma al Código Civil sobre inembargabilidad del menaje de casa, ha subsanado en parte esta omisión.

En la zona rural puede afectarse tanto la casa de habitación como la parcela destinada a la subsistencia de la familia; en cuanto a esta última no se impone en nuestro caso la obligación de cultivarla por la propia familia beneficiaria.

No se admite en nuestro derecho la afectación de otros bienes que se exploten en beneficio de familia, como fábricas, talleres o establecimientos comerciales. Como sí se admite en Francia.

No se dice nada en el Código sobre la posibilidad de afectar un bien hipotecado, o si por el contrario para ello debe estar el bien libre de gravámenes. Sin embargo, dado que no hay norma expresa que lo prohíba creemos que sí podría constituirse patrimonio familiar sobre un bien

hipotecado, dejando a salvo la ejecución del mismo en garantía de esos créditos anteriormente constituidos. Nótese que el artículo 42 habla de la imposibilidad de ejecutar que tienen los acreedores personales del propietario, pero permite el embargo de los bienes por obligaciones adquiridas por el propietario antes de la afectación.

Este punto es importante, por cuanto tratándose de familias de pocos recursos, por lo general su único patrimonio, su casa de habitación, se encuentra gravado por obligaciones derivadas de su adquisición. Prohibir la afectación de bienes hipotecados, eliminaría la posibilidad de la misma para las familias más necesitadas de ella.

Tampoco prevé nuestra ley la protección de los bienes en casos de subrogación de los mismos por seguros de incendio o expropiación, lo cual es sumamente importante, pues si el dinero proveniente de las indemnizaciones correspondientes viene a sustituir el bien, y si éstos se encontraban gozando de una protección especial contra la persecución de terceros acreedores, aquellas sumas deberían gozar de igual privilegio, por lo menos por un lapso prudencial de tiempo, mientras se invierten en nuevas propiedades; por ello es un aspecto que debe considerar toda ley de patrimonio familiar.

d) Administración y actos de disposición.

En cuanto a la administración del bien afectado como patrimonio familiar no dispone nuestro Código de Familia absolutamente nada. Las normas a seguir serán entonces las comunes, de donde se deriva que la administración del bien continuará en manos del cónyuge propietario constituyente, quien conserva la propiedad del mismo.

El cónyuge no propietario, aunque participa en la constitución del régimen, no adquiere derecho en la administración, pues no se da una comunidad real del bien con el otro cónyuge.

La administración por parte del propietario será libre, ya que no hay ninguna norma que le imponga limitaciones, ni en cuanto al uso del bien, ni en cuanto al empleo de los frutos, si los hubiere.

Además no se prevén sanciones de ningún tipo para el caso de mala administración, ni se contempla la posibilidad de sustitución del administrador, lo cual es muy necesario.

Para el caso de incapacidad o interdicción, deberíamos atenernos a lo dispuesto en las normas comunes civiles, pasando la administración del bien al curador.

No obstante lo dicho anteriormente respecto a

la libertad en la administración por parte del propietario, podría hablarse de algunas limitaciones implícitas, como podría ser la imposibilidad de arrendar el bien derivada de lo dispuesto en el artículo 47 respecto a las causas de desafectación entre las que se incluye el caso de que el bien de familia deje de servir para habitación familiar o pequeña explotación.

Creemos que deberían considerarse algunos casos en que fuera posible el arrendamiento del bien, por ejemplo en caso de necesidad urgente de la familia de trasladarse a otro sitio, lo cual permitiría la movilidad de la población y el ascenso en la estratificación social.

Por otra parte, como nada se establece respecto al empleo de los frutos, éstos podrían ser empleados por el propietario para otros fines distintos del sustento de la familia y no hay sanción dispuesta para ese caso, ni medida contraria alguna. Tampoco se dispone nada respecto a la inembargabilidad de los frutos en determinados casos, o en montos establecidos, lo cual sería también una buena medida complementaria, a los fines de la institución.

Para el caso de continuidad de la afectación por separación o divorcio, se presenta un problema, pues la misma tendría que ser pactada por ambos cónyuges, pero si el bien es ganancial se crearía entonces una comunidad real sobre él en razón del derecho sobre los gananciales que tendría el cónyuge no propietario, y porque al mantenerse la afectación, el bien no se incluiría en la liquidación de bienes. La administración del mismo tendría que ser entonces común, salvo pacto en contrario, lo cual resultaría ilógico en cuanto al cónyuge que no lo habitara.

De otro lado, si el bien no fuese ganancial sino propio del constituyente, la administración del mismo podría quedar en sus manos aun cuando no lo habitara, en tanto que los beneficiarios directos, no tendrían ninguna facultad de disposición ni de administración sobre el mismo.

Creemos que en estos casos lo que se debería establecer es una indivisión forzosa del bien y la continuidad del régimen de pleno derecho mientras hayan hijos menores, quedando la administración del mismo, por disposición legal, en menos de aquel que continuara habitándolo junto con los menores.

Para el caso de continuidad después de la muerte de uno de los cónyuges, el bien podrá quedar afectado si así se dispusiere conforme a la ley, pero la administración correspondería al alba-

cea de la sucesión y no al cónyuge supérstite (caso de que no fuere él el albacea). Esto también resulta ilógico pues si el albacea no fuere el cónyuge supérstite, entonces tendría la administración del bien afectado un tercero no beneficiario.

De lo que llevamos dicho se ve claramente lo importante del capítulo relativo a la administración del bien, pues debe legislarse para un caso especial de propiedad y posesión, que debe sustraerse, para la mejor consecución de los fines buscados, a una serie de normas comunes que le resultan inaplicables o que desvirtúan su finalidad. De ahí que se haga necesaria la promulgación de normas precisas en este punto.

En cuanto a los actos de disposición, éstos solo están sujetos al requisito del consentimiento del otro cónyuge en los casos de enajenación o gravamen. (Artículo 42 del Código de Familia). Puede ser pues, enajenado, y gravado y aparte de la limitación dicha, no existe ninguna otra respecto a la clase de gravámenes autorizados ni a la necesidad de la enajenación. Con ello las principales características del patrimonio familiar, indisponibilidad e inembargabilidad, quedan prácticamente desvirtuadas.

La posibilidad de disposición puede ser inter vivos o mortis causa y cuando se hace a favor del cónyuge o uno de los hijos, el traspaso está exento del pago de los impuestos correspondientes hasta por la suma de trescientos mil colones. (Artículo 44 del Código de Familia) (24).

No se exige para la enajenación la previa desafectación del bien, ni se incluye como causa necesaria de ella, el traspaso del mismo. Sin embargo, al decir el Código que otra de las causas necesarias de desafectación se da cuando de hecho el bien dejare de servir para habitación familiar o pequeña explotación, incluye así tácitamente el traspaso del bien como causa de desafectación, de modo que el nuevo adquirente no podría adquirirlo con el gravamen dicho, sino que tendría que hacerlo de nuevo, si quisiera disfrutar de sus beneficios.

Por otra parte, por la naturaleza misma del acto, creemos que en el caso del traspaso mortis causa, se hace inoperante la intervención del cónyuge no propietario, pero si bien podría darse libremente la facultad de disposición del bien por parte del causante, tales actos, en cuanto a su efectividad, quedarían condicionados por el derecho

del cónyuge supérstite de disponer la continuidad del régimen si hubiese hijos menores, con lo que cualquier donación o legado quedaría en suspenso hasta tanto los hijos no alcanzaren la mayoría de edad.

En cuanto a la facultad de gravar el inmueble, ésta permanece en manos del propietario, aunque para la validez del acto se requiere el consentimiento del otro cónyuge. Este consentimiento no lo constituye sin embargo en codeudor de la obligación, según nuestro criterio, dado que se da únicamente para efectos de que la inembargabilidad que deriva del régimen no opere en esos casos, pero no implica responsabilidad para el no propietario.

En cuanto a los créditos personales de ambos cónyuges, opera la inembargabilidad para aquellos que hubieren sido hechos individualmente o por el propietario después de la inscripción del gravamen, pues para que pueda perseguirse el bien en cobro de esas obligaciones, éstas han debido asumirse conjuntamente por ambos cónyuges.

La indisponibilidad relativa del bien y la inembargabilidad son los dos puntos fundamentales que definen el patrimonio familiar. Con el primero de ellos, se pretende limitar al máximo la posibilidad de disposición del bien, por parte del propietario, para proteger a los miembros de la familia de los actos imprudentes o dolosos de éste. De aquí que la mayor parte de las legislaciones impone limitaciones serias a las facultades de disposición y solo permite la enajenación en casos calificados de necesidad o utilidad que vienen a ser valorados, ya no subjetivamente por el propietario, ni por los otros miembros de la familia, sino objetivamente por el Tribunal de Familia u otra entidad pública. Esto es determinante para que se cumplan los fines del patrimonio familiar ya que constituye una autolimitación que se impone al propietario en beneficio de su familia, autolimitación que debe ser real y no solo aparente, como sucede en nuestro derecho, en donde solo se exige como requisito para la enajenación el consentimiento del cónyuge, aun en perjuicio de los hijos menores, que siendo beneficiarios del régimen, no son tomados, en cuenta para estos actos que les perjudican. Para la imposición de gravámenes debe decirse lo mismo, ya que si ésta se permite fácilmente y la inembargabilidad no opera respecto de esas obligaciones contraídas conforme a la ley, la protección del bien se reduce en mucho.

(24) Estos impuestos fueron derogados por la llamada Ley de Timbre de Cultura, No. 5923 de 5 de agosto de 1976.

e) Afectación y desafectación.

La afectación del bien en nuestro derecho tiene carácter voluntario. Es el propietario del mismo quien libremente decide gravarlo para beneficio suyo y de su familia.

El acto debe constar en escritura pública, que deben otorgar ambos cónyuges, la cual surte efectos a partir de su inscripción en el Registro Público. (Artículo 43 del Código de Familia). Esta obligada participación del cónyuge no propietario en la afectación y otros actos relativos al bien, hace que se hable del establecimiento de una "copropiedad especial" entre los cónyuges derivada de la afectación (25), pero ésta en realidad no se da puesto que el cónyuge no propietario no adquiere con esa participación ningún derecho de propiedad sobre el bien, ni ninguna otra facultad sobre el mismo.

La constitución de patrimonio familiar no crea una copropiedad real entre ambos cónyuges sobre el bien afectado. Ciertamente, para la afectación, así como para la desafectación voluntaria, se exige la participación del cónyuge no propietario, pero ello no crea derechos para éste, pues la propiedad continúa en manos del propietario, así como los derechos de administración y usufructo. El cónyuge no propietario únicamente adquiere, en nuestra opinión, un derecho de fiscalización sobre determinados actos del propietario, como serían la enajenación o el gravamen del bien afectado, pero no impide otros actos de administración, ni le permite realizar por sí solo ningún acto propio del dominio sobre el inmueble destinado a patrimonio familiar.

Se dice también que el titular del bien afectado conserva la nuda propiedad y puede por ello traspasar inter vivos o mortis causa a su cónyuge, a uno o a varios hijos la nuda o la útil propiedad (26).

Mas esto no es exacto, porque el propietario conserva íntegro su derecho de propiedad (excepto

en el caso de la donación), con algunas limitaciones relativas a los requisitos necesarios para algunos actos, sin que pierda su dominio sobre el bien. Esto es así porque los beneficiarios no adquieren un derecho personal de uso o habitación, ni de usufructo, sino la posibilidad de demandar los beneficios de la inembargabilidad en un momento dado, posibilidad que en nuestro derecho no aparece claramente definida.

De otra parte, para la desafectación se ha dicho que existen tres posibilidades básicas en nuestro derecho: a) cesación "voluntaria", por mutuo acuerdo de los cónyuges; b) cesación "necesaria", cuando falta alguno de los presupuestos necesarios para la afectación, y c) cesación "legal" en los casos de separación judicialmente decretada o por divorcio (27).

La desafectación o cesación voluntaria del régimen es un grave defecto más de nuestra ley en esta materia. Ya hemos dicho muchas veces que la autolimitación del propietario debe ser real y no sujeta a cambios puramente subjetivos de motivación o interés. Únicamente en casos muy clasificados de necesidad debería autorizarse la desafectación, o en caso de mala conducta de los beneficiarios que pudieran justificar la revocatoria del beneficio.

Además debe tenerse en cuenta el interés de los hijos menores para la desafectación del bien, para lo cual debería nombrarse un curador ad hoc o procurar la intervención del Tribunal de Familia o del Patronato Nacional de la Infancia.

Para este modo de desafectación se necesita también escritura pública suscrita por ambos cónyuges y la posterior inscripción, al igual que para la afectación. (Artículo 47 inc. a del Código de Familia).

La cesación necesaria surge cuando falta alguno de los requisitos señalados para la existencia del régimen; el Código contempla expresamente dos casos: la muerte de alguno de los cónyuges y cuan-

- (25) PEREZ V., Víctor, *El nuevo derecho de familia en Costa Rica*, Editorial U. de C.R., 1976, pág. 40. El autor sin embargo ha aclarado: "Si bien es cierto que 'formalmente' el bien tiene un único titular, substancialmente de ambos dependen las 'facultades de disposición' del bien. Evidentemente no se trata de una copropiedad en el sentido técnico tradicional del término. Su 'especialidad' deriva precisamente de que, a pesar de existir una titularidad formal única, la disposición del bien depende en definitiva, del consentimiento del otro cónyuge interesado. Se trata de un titular de intereses jurídicos sobre el bien y, como sabemos, los intereses jurídicamente relevantes son la base de los derechos subjetivos, por lo que en conclusión, ambos cónyuges tienen situaciones jurídicas sobre el bien, siendo por ello 'co-propietarios', o si se quiere, 'co-titulares' de los mismos".
- (26) TREJOS, Gerardo, *El régimen patrimonial de la familia*, Fascículo mimeografiado para uso del Congreso Jurídico Nacional, 1975, pág. 26.
- (27) PEREZ, Víctor, *supra* nota 25, pág. 39.

do el bien deje de servir de hecho para habitación familiar o pequeña explotación. (Artículo 47 inc. b y párrafo penúltimo).

No se contempla otros casos de cesación forzosa como podría ser la expropiación o la ejecución del bien por obligaciones legalmente contraídas; tampoco se contempla el caso de reivindicación del bien.

La muerte de uno de los cónyuges como motivo de desafectación necesaria o forzosa es otro error de la ley, ya que es éste uno de los momentos en que más protección y cohesión necesita la familia. El error se trata de atemperar al disponerse que es posible la continuidad del régimen si así lo decidiera el cónyuge sobreviviente y hubiere hijos menores; pero ello deja de nuevo al arbitrio del cónyuge la decisión, sin tomar en cuenta a los menores, y a la vez excluye al cónyuge supérstite del beneficio si queda viudo y sin hijos.

Para este caso la continuidad de la afectación debería ser de pleno derecho mientras esté alguno de los beneficiarios en las condiciones de necesidad originales, requeridas por la ley; caso del cónyuge supérstite, hasta su muerte; caso de los menores, hasta su mayoría.

Finalmente, la desafectación que se llama "legal", es aquella que surge como consecuencia de la separación o el divorcio de los cónyuges. (Artículo 47 inc. c del Código de Familia). También aquí se contempla la posibilidad de continuidad del bien cuando hubiere hijos menores, la cual debería disponerse por convenio de ambos cónyuges. (Artículo 47 párrafo final del Código de Familia).

Tampoco consideramos convenientes que la posibilidad de continuación del régimen opere aquí sujeto a la voluntad de los cónyuges únicamente. Lo que debería disponerse es que el bien destinado a habitación familiar debe ser excluido de la masa de bienes sujeta a liquidación a la disolución del vínculo o al momento de la separación, y deberá adjudicarse al cónyuge a cuyo cargo queden los hijos, manteniendo la afectación original todas sus consecuencias hasta la mayoría de éstos. O bien, como se ha sugerido, agregar la continuidad en estos casos, además por convenio de los cónyuges, por decisión judicial (28).

f) Regímenes sucesorio e impositivo.

Nuestro Código incluye algunas normas especiales en cuanto al régimen impositivo, pues libera del pago de impuestos y de derechos de Registro el acto de afectación y desafectación del bien. (Artículo 43); el traspaso que se hiciere inter vivos o mortis causa, a favor del cónyuge, de uno o varios hijos, está exento del pago de los impuestos de Beneficencia, Donaciones y Timbre Universitario, pero esta norma en realidad ha quedado inoperante al haberse derogado estos impuestos por Ley No. 5923 de 5 de agosto de 1976 (Ley de Timbre de Educación y Cultura).

En cuanto al régimen sucesorio no existen normas concretas al respecto, pero de lo dispuesto en el artículo 47, que permite la continuidad del régimen en caso de muerte de uno de los cónyuges, si así lo dispusiere el sobreviviente y hubiere hijos menores, se desprende que indirectamente se introduce un cambio en las normas sucesorias comunes, en el tanto en que se sustrae el bien del acervo común de los herederos y se pospone su adquisición hasta la mayoría de los hijos.

Esto no quiere decir sin embargo que al propietario se le restrinja su facultad de disposición del bien, sino que esas disposiciones solo entran en vigencia cuando el bien haya cumplido el fin a que está destinado, pues la ley no dispone una indivisión forzosa de dicho bien o reserva legal para determinados herederos, sino simplemente una continuidad del régimen mientras haya menores de edad. Sin embargo, como comentamos antes, aparece el defecto de dejar a la decisión del cónyuge supérstite la posibilidad de esa continuidad, cuando la indivisión debería ser imperativa.

Por otra parte, el artículo 44 permite el traspaso mortis causa del bien a favor del cónyuge o en favor de uno o varios hijos. Esta norma es contradictoria con la que permite la continuidad del régimen, dado que si es permitido el traspaso mortis causa a favor de un hijo, el mismo quedaría condicionado a la decisión del cónyuge supérstite respecto a disponer o no la continuidad. Creemos que la validez del traspaso a favor de un hijo podría imponerse al derecho del cónyuge supérstite, si el mismo fuese condicionado a que se mantenga

(28) TREJOS, Gerardo, *supra* nota 26, pág. 26.

la afectación, ya sea a favor del hijo y su familia o de los otros beneficiarios que disfrutaran de los privilegios del mismo.

También debería considerarse la posibilidad de muerte simultánea de los dos cónyuges, en cuyo caso, de existir menores, la continuidad del régimen debería ser imperativa, excluyéndose el bien del acervo hereditario y exigiéndose su indivisión, hasta la mayoría de aquellos.

3. Instituciones de Derecho Público Relacionadas.

Hemos visto al inicio de este capítulo (29) cómo el problema del aseguramiento de la vivienda y sustento de la familia, que se plantea de forma prominente a los estados, ha tenido diversas soluciones; desde el punto de vista legal, se ha intentado por una parte, la solución del mismo a través de un fortalecimiento y protección especial del tradicional derecho de propiedad y las facultades inherentes a él, instituciones propias del derecho privado; por otra parte, el Estado ha intervenido también valiéndose del derecho público, asumiendo por medio de instituciones públicas especializadas, una función tutelar de las familias en el campo habitacional. Esta función se ha extendido tanto al campo urbano como al rural.

En nuestro análisis introductorio del tema vimos también la existencia en muchos países, tanto europeos como americanos, de numerosos organismos públicos cuya función se orienta a la consecución de un óptimo nivel en el campo de la vivienda popular.

Nuestro país no es ajeno a esta corriente de derecho público.

Contamos con dos instituciones públicas cuyos fines y medios de acción nos permiten encajarlos dentro de este grupo de instituciones estatales relacionadas con el aseguramiento de un patrimonio familiar mínimo.

Así, a la par de las leyes de orden privado que hemos comentado, contenidas en el Código de Familia, que establecen la posibilidad de aseguramiento del patrimonio familiar facilitando una acción voluntaria del propietario en ese sentido, encontramos otras mediante las cuales el Estado prevé a las familias del inmueble mínimo requerido para su habitación y sustento, sometiendo esta

propiedad adjudicada a limitaciones especiales tendientes a impedir su traspaso o gravamen, al menos por un tiempo, limitaciones de carácter imperativo y no facultativo, que podrían permitirnos hablar de un patrimonio familiar de pleno derecho.

Estas instituciones llenan así de un modo obligatorio, la misma función de aseguramiento del bienestar de la familia, que cumple el patrimonio familiar en el ámbito privado, siendo de gran importancia porque sus efectos se proyectan sobre todo en las clases de menos recursos, las que, por no tener bienes, estarían impedidas de hacer uso de las normas de orden privado de carácter voluntario, que suponen la existencia de un propietario.

Las instituciones a que nos referimos son el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU) y el Instituto de Tierras y Colonización (ITCO), las cuales, a través del llamado contrato de adjudicación en venta de los llamados contratos de aparcería rural, respectivamente, intervienen y participación en la creación de patrimonios mínimos para las familias de escasos recursos.

1. El Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (adjudicaciones en venta de viviendas).

El INVU, como se conoce a este Instituto, actúa fundamentalmente en el campo urbano. El mismo fue creado por Ley No. 1788 de 24 de agosto de 1954. Su constitución tuvo sin embargo algunos antecedentes de intervención estatal en el campo de la vivienda, como fueron la Junta Nacional de la Habitación, creada por Decreto Ejecutivo No. 10 de 13 de marzo de 1939, la Cooperativa de Casas Baratas "La Familia", creada por Ley No. 190 de 14 de agosto de 1942 y el Departamento de Habitación de la C.C.S.S., que operó de 1946 a 1954, fecha esta última en que se creó el INVU (30). Estas entidades, lo mismo que el INVU, fueron creadas como una respuesta del gobierno a la creciente necesidad de vivienda que se manifestaba en el país ya desde esta época.

Su propósito fundamental era ayudar a la solución del problema de falta de casas de habitación, proporcionando a las familias que carecieran de alojamiento adecuado los medios necesarios para que adquirieran vivienda con sus propios recursos.

(29) Supra pág. 3.

(30) Véase sobre esto: MURILLO ELIZONDO, Marcialino, *El contrato de adjudicación en venta del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo*. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1976.

En cuanto a la Junta y las Cooperativas de Casas Baratas, su labor se concretó fundamentalmente a administrar los fondos que el Estado les suministraba o que recogían de los particulares con ese fin, adjudicándolos por medio de préstamos especiales a las personas que reunieran los requisitos establecidos para gozar del beneficio.

Lo interesante en cuanto a nuestro tema es el hecho de que en algunas de las cláusulas que se incluían en el contrato respectivo se prohibía el alquiler, la hipoteca, enajenación o transferencia de cualquier clase del bien adjudicado o comprado con el préstamo, por el tiempo en que el mismo no pasara a manos del interesado en calidad de propiedad definitiva (31).

Con ello se establecían limitaciones especiales al tradicional derecho de propiedad, que no se limitaban a las naturales consecuencias del simple gravamen hipotecario sobre el mismo, sino que iban más allá, con el propósito evidente de proteger debidamente el patrimonio de que se dotaba a las familias.

Esta finalidad social se manifiesta también en algunos requisitos señalados para ser beneficiado con estas adjudicaciones, como ser jefe de familia o tener a su cuidado otros parientes que constituyeran una familia y ser de escasos recursos económicos (32).

El contrato de adjudicación en venta del INVU, por su parte, incluye también estos puntos entre sus cláusulas, pero además introduce una variante sumamente interesante relacionada con la titularidad de la propiedad adjudicada, la cual no se otorga a una persona determinada de la familia, sino a ésta considerada en su conjunto. Por ello se contrata con un representante del grupo familiar, que es el directamente beneficiado, pero que no puede actuar como propietario absoluto del bien, ya que el mismo es una copropiedad de los miembros de la familia que aparecen como beneficiarios.

En tal sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia y se ha entendido así en los trámites administrativos seguidos ante el INVU.

Por ejemplo, en un caso en que se discutía un

asunto sobre gananciales, se consideró que si la adjudicación de la vivienda había sido hecha a favor del grupo familiar, la misma correspondía no solo al marido sino también a la esposa, ello a pesar de que el contrato de adjudicación o venta lo hubiera celebrado una sola persona, el representante (33).

De otra parte, se ha dicho también que el hecho de que el INVU nombre a una persona "representante familiar" para los trámites derivados de adjudicación de vivienda, no lo constituye en propietario del bien "porque el representante familiar, como la misma expresión lo indica, concede una personería o representación legal, pero no propiedad" (34).

Las limitaciones impuestas a las facultades del adjudicatario, en tanto no llega a ser propietario definitivo del bien, relativas a la imposibilidad de enajenar, gravar o arrendar el bien, sumado a este particular aspecto de la titularidad de la propiedad, permite ubicar, a nuestro juicio, tal contratación dentro de las formas legales creadas con el fin de procurar habitación básica segura al grupo familiar, o sea un patrimonio familiar.

2. El Instituto de Tierras y Colonización (los contratos de aparcería rural).

El Instituto de Tierras y Colonización (ITCO), fue creado por Ley No. 2825 de 14 de octubre de 1961 (reformado posteriormente por otras leyes). Entre sus fines encontramos algunas manifestaciones importantes en relación con el tema en estudio.

Se dice por ejemplo, que uno de sus fines es "determinar que la propiedad de la tierra se debe promover para el aumento gradual de su productividad y para una justa distribución de su producto. . .", (artículo 1 inc. 1); también "vincular al ciudadano a un régimen sano de posesión de la tierra", (artículo 1 inc. 2). Mediante la ley se garantiza al ciudadano, entre otras cosas " . . . el derecho a ser dotado en propiedad de tierras económicamente explotables", (artículo 2 inc. 1).

Como se observa del estudio de las normas

(31) Idem. págs. 47, 52, 54 y 68.

(32) Idem. pág. 47.

(33) Sentencia de la Sala Primera Civil, No. 39 de 8:00 hrs. del 22 de noviembre de 1974. (Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia, No. 221, pág. 232).

(34) Sentencia de la Sala de Casación, No. 136, de 16:30 hrs. del 5 de noviembre de 1975. (Revista Judicial, No. 3 pág. 83).

dichas, la labor del ITCO se realiza en el medio rural. Tiene como propósito fundamentalmente propiciar una justa distribución de la tierra y fomentar planes de colonización en zonas estratégicas; sin embargo, concomitantemente se procura dar al campesino la tierra necesaria para que obtenga su sustento y garantizar su habitación. Inclusive, como complemento de esas actividades de parcelación y colonización, el Instituto puede construir viviendas en zonas rurales trabajando coordinadamente con el INVU, como una contribución al mejoramiento de las condiciones de vida del campo, (artículos 57 y 156).

El medio utilizado por el ITCO para dotar a las familias del predio rural básico para su sustento, es el llamado contrato de aparcería rural. Mediante él se adjudica una parcela de tierra a un interesado, quien no debe poseer tierras y debe comprometerse, entre otras cosas a trabajarla personalmente y con sus descendientes, hasta el segundo grado de consanguinidad, que vivan con él. (Artículo 62 inc. c, aparte segundo).

A cada beneficiario solo puede adjudicarse una parcela, la cual puede ser de mayor o menor extensión según el número de hijos y de personas que estén a cargo del adjudicatario, (artículo 64).

Inicialmente se entrega la parcela con un título de posesión provisional el cual regirá por un tiempo dado, después del cual se otorgará el título de propiedad, (artículo 65).

Como medidas de protección del patrimonio adjudicado, se establecen prohibiciones semejantes a las que vimos en el contrato de adjudicación en venta del INVU, impuestas ahora durante el término en que los beneficiarios no hayan cancelado las obligaciones adquiridas con el ITCO. Así, el beneficiario no puede traspasar el dominio de su predio ni gravarlo, arrendarlo o subdividirlo sin autorización del ITCO. Tampoco puede sin esa autorización, gravar las cosechas, semillas, animales, enseres, útiles o equipos necesarios para la explotación de la parcela (artículo 67).

Respecto a estos bienes se establece además que no podrán ser objeto de medidas judiciales, preventivas o ejecutivas, por terceros o acreedores, antes de que los parceleros hayan cancelado sus obligaciones con el Instituto, (artículo 68 inc. 3).

La explotación indirecta de la parcela, el destinarla a fines distintos de los previstos en la ley, o su abandono injustificado, son causas, entre otras, que facultan al ITCO para revocar la adjudicación, (artículo 4 apartes a, b y d).

Además de todas estas medidas tendientes a conservar en manos del beneficiario el inmueble adjudicado, para evitar la excesiva concentración o subdivisión de las tierras, a la vez que para proteger el núcleo familiar, se añade otra con la cual se trata de garantizar la integridad de la parcela en caso de fallecimiento del parcelero.

En estos casos, si el beneficiario muere antes de que se hubiesen cancelado todas las deudas con el Instituto, éste está facultado para aprobar o autorizar los trasposos del inmueble a uno o varios de los herederos, ya sea aquel que fue instituido por el causante, o los que estando en sus mismas condiciones se comprometan a continuar en conjunto la explotación de la parcela, como una unidad familiar; en caso de que ninguna de estas personas pudiera hacerse cargo de la parcela, el ITCO está autorizado para adjudicarse el bien, (artículo 69).

Como podemos observar, las características de que se rodea el contrato de aparcería rural, lo asemeja en mucho al patrimonio familiar español, estando ambos sistemas orientados básicamente al fomento de la empresa agrícola.

Como institución protectora de la familia, este tipo de intervención estatal tiene algunas ventajas sobre el patrimonio familiar del derecho privado. Observemos por ejemplo, que el tamaño de la parcela no está predeterminado sino que varía según el número de hijos o personas que dependan del adjudicatario, en contraste con el patrimonio familiar del derecho civil que señala en diez mil metros cuadrados la extensión máxima de la parcela afectable.

Por otra parte, la inembargabilidad relativa se extiende no solo al inmueble propiamente dicho sino también a los implementos necesarios para su explotación, así como a sus frutos y semillas. Estas medidas serían también recomendables para el caso de la afectación voluntaria del propietario privado, en la zona rural.

NOCIONES ELEMENTALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Lic. Manuel Amador Hernández.

GENERALIDADES

La responsabilidad civil constituye una de las creaciones jurídicas más importantes —cuanto interesante— de la humanidad, al extremo de que Henri y León Mazeaud y André Tunc han manifestado —con la espontaneidad de pensamiento que caracteriza al genio francés— que tal institución no solo se ha convertido en el centro del derecho, sino que tiende, y está a punto, de absorberlo por completo.

La institución referida se encuentra integrada por dos grandes secciones: la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad civil contractual.

La primera —la que nos interesa ahora— puede ser definida como aquella relación jurídica completa según la cual, una persona o personas se encuentran en el deber de resarcir a otra u otras, los daños y perjuicios que les hubiera ocasionado antijurídicamente.

Se diferencia, la institución definida, de la llamada responsabilidad civil contractual, en cuanto la acción antijurídica que forma parte de aquella se sustituye, en esta última, por la acción "ilícita" contractual, sea, por el incumplimiento injustificado del contrato. Además, existen otras diferencias, básicamente de carácter secundario, que no viene al caso comentar aquí, dado lo elemental de estas nociones.

Cabe afirmar que en nuestra legislación patria, la disposición más general de la institución que nos ocupa —la norma que por excelencia recoge el principio de la responsabilidad civil extracontractual— la constituye el artículo 1045 del Código Civil que a la letra dispone: *"Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios"*.

Existen otras normas de carácter particular —relacionadas con determinadas actividades o materias— que también recogen la noción. Véase por ejemplo: el artículo 38 de la Ley de Tránsito, los párrafos primero a tercero del artículo 1048 del Código Civil, los artículos 268 y 275 en relación con el 253 de la Ley General de Aviación Civil.

ELEMENTOS

No creemos que sea exacta —con exclusión de lo relativo al daño— la teoría tradicional y dominante que considera que los elementos —obviamente objetivos— de la responsabilidad son: la culpa, el daño y el vínculo de causalidad entre la primera y el segundo. La culpa, por sí sola, antes que elemento de la responsabilidad civil, es característica de la antijuridicidad, la cual sí viene a ser, un elemento constitutivo de la institución que estudiamos. Tampoco el vínculo de causalidad entre la culpa

—o la antijuridicidad incluso— y el daño, puede constituir un elemento de ese fenómeno jurídico. Tal relación causal no asume ni puede asumir el carácter de elemento, porque su función es mediata o indirecta, en vista de que va encaminada, fundamentalmente, según lo veremos más adelante, a determinar la naturaleza extracontractual del daño.

Estimamos que la tesis tradicional sobre los elementos constitutivos de la responsabilidad no obedece a una correcta sistematización científica, debido a la falta de una observación plenaria del fenómeno jurídico que nos interesa. La misma intuición metodológica que parece haber guiado a los autores clásicos, podría llevarnos a afirmar que la responsabilidad civil se encuentra integrada por solo algunos de los otros elementos que también participan en su naturaleza.

Estimamos que una visión plenaria de la relación de la responsabilidad nos lleva, necesariamente, al descubrimiento de dos órdenes de elementos: los subjetivos —sean aquellos sujetos entre los que se entabla la relación— y los objetivos —sean aquellos que establecen el contenido material de la relación—.

LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS

Los elementos subjetivos de la responsabilidad civil extracontractual son: el deudor o deudores; sean, la persona o las personas que se encuentran en el deber de resarcir los daños y perjuicios, y el acreedor o acreedores, es decir, el titular o los titulares del derecho a la indemnización. Estos dos elementos subjetivos vienen determinados, casi siempre, por la relación originaria, o lo que es lo mismo, por la acción antijurídica y sus consecuencias (daños), y por consiguiente, están constituidos por el infractor y la víctima. Empero, en algunos casos, pueden participar, tanto asumiendo el papel de deudores como de acreedores, otros sujetos que no formaban parte de la relación primigenia.

Dos son los supuestos en que sujetos que no participaron en la relación originaria, pueden ser, sin embargo, partes en la relación final de la responsabilidad, es decir, de la relación obligatoria de indemnizar.

El primer supuesto es aquel que tiene lugar en virtud de una situación especial del tercero con respecto al infractor o a ciertos objetos con los que se ocasiona la acción antijurídica, o con respecto a la víctima directa de la infracción.

En el caso de que la situación se dé con relación al infractor o al objeto con el cual se origina la acción antijurídica, el tercero asume, entonces, el carácter de un corresponsable civil, ya sea solidario, que es cuando responde con la misma intensidad que el propio infractor y por consiguiente puede ser demandado incluso con exclusión de este último, ya sea subsidiario, que es cuando no puede ser demandado sin que antes se hayan agotado todos los "recursos" contra el infractor.

Los corresponsables civiles son, por lo general, aquellos sujetos a quienes corresponde una labor de vigilancia o de correcta elección —para un fin determinado— de la persona que incurre en la infracción, quien se encuentra, respecto a aquellas, en una situación jurídica de subordinación o sumisión. Asimismo, son corresponsables civiles, en gran cantidad de casos, los propietarios de automotores, aviones u otras máquinas motivas, con las que se ocasionan accidentes así como los no propietarios que por tener disposición sobre tales bienes hubieran permitido su uso al infractor.

También asumen el status de corresponsables civiles, quienes garantizan la exitosa actividad del infractor, ya provenga tal obligación de un contrato, como lo es el de seguro, por ejemplo, o de la ley, como lo es, vgr., cuando la persona que ha permitido la inclusión de su nombre en una razón social se le obliga a responder hasta por el mayor de los aportes.

En el caso de que la situación especial se dé con relación a la víctima directa de la antijuridicidad, el tercero asume, entonces, la calidad de acreedor por derecho propio. Este es el "status" que corresponde, por ejemplo, a los acreedores alimentarios de la víctima muerta o incapacitada para el trabajo, o al dueño de una mercadería que contrató con el porteador que —por cuenta y riesgo del último— se la transportara a un lugar determinado, pero antes de que se cumpliera con el cometido, el infractor ocasiona un accidente que la destruye. En este último ejemplo, en principio, el porteador, por haber asumido la obligación de transportar por su cuenta y riesgo, es la única víctima de la infracción. Sin embargo, nada impide que el dueño de la mercadería, por derecho propio, accione únicamente contra el infractor a efecto de resarcirse de los daños ocasionados.

El segundo supuesto de terceros que advienen a la relación final de la responsabilidad, es aquel que se da debido a un acto de transmisión —inter vivos o mortis causa— del derecho a la indemnización o del deber resarcitorio. La víctima dona,

cede o hereda a un tercero en la relación primigenia, el derecho a ser indemnizada, o bien, el deber de indemnizar se transmite a la sucesión del infractor, o el acreedor de la responsabilidad admite la novación —sustitución— del deudor original.

LOS ELEMENTOS OBJETIVOS

Los elementos objetivos de la relación de la responsabilidad son tres: la antijuridicidad, los daños y perjuicios y la obligación resarcitoria.

I. LA ANTIJURIDICIDAD.

La antijuridicidad se compone a su vez, de dos elementos: la acción y la antijuridicidad en sentido estricto, o sea, la calificación jurídica que se hace de la conducta de que se trata, como contraria a derecho.

1. LA ACCION.

Por acción —para los efectos de lo que aquí interesa— se entiende toda actividad humana, es decir, toda acción u omisión realizadas por los hombres. De consiguiente, no pueden ser considerados como acciones los acontecimientos de orden natural —un terremoto, un alud, una inundación, etc.— ni los provocados por las cosas de que el hombre se sirve —el derrumbamiento de un puente, el estallido de una caldera, el descarrilamiento de un tren, etc.— ni los ejecutados por los animales —el mordisco de un perro, la cornada de un toro, etc.—. Únicamente puede ser considerado como "acción", respecto a estos acontecimientos "extra-humanos", el poder de producción que sobre los mismos tienen los hombres, ya sea porque contribuyeron a ellos como un factor causal, ya sea simplemente porque pudiendo evitarlos no lo hicieron.

Ahora bien, para que un sujeto determinado incurra en responsabilidad civil no es suficiente con que exista una acción en el sentido jurídico apuntado; es necesario, además, que tal acción se reputé personal, que se trate de una acción u omisión realizadas por él, o que si bien, han sido ejecutadas por una persona diversa, exista entonces un nexo o relación entre ambos para que aquellas sean consideradas por ficción legal, suyas.

2. LA ANTIJURIDICIDAD EN SENTIDO ERICTO.

Entendemos que es antijurídica toda conducta

o acción humanas que enfrentadas al ordenamiento jurídico entendido como un todo, en su sentido más amplio y unitario, no permite un ajuste pleno y perfecto con él, sino que, por el contrario, menospreciándolo lo niega.

En lo que respecta a la responsabilidad civil, en el derecho se encuentran implícitos o sobrentendidos principios valorativos de carácter general y particular, que permiten enmarcar en ellos todas las conductas determinadas de los hombres, siempre que no exista contradicción entre unos y otras. Una vez que esa contradicción se da, cabe afirmar, que la conducta viola al derecho y que, por consiguiente, es antijurídica.

Este concepto de antijuridicidad, que en nuestro criterio es correcto, sufre el embate de dos corrientes de pensamiento diversas.

La primera de ellas, constituida por la posición dominante en la actualidad, estima que la antijuridicidad debe fundamentarse, únicamente, en la injusticia del resultado de la acción, en otras palabras, en la injusticia del daño. Sin embargo, la crítica más fuerte que a esta posición se hace, es la de que no se entiende, cómo el derecho permite ciertas actividades peligrosas de las que con toda seguridad se derivarán daños, y que, acto seguido, imponga a quienes se benefician de ellas, la obligación de indemnizarlos por considerarlos injustos. Lo correcto sería, en cambio, de acuerdo con esta crítica, que esas actividades no fueran permitidas por el derecho.

Por nuestra parte, estimamos, que el más grave error de la tesis dominante en la actualidad, consiste en considerar que la injusticia se encuentra y reside —únicamente— en el resultado. Semejante apreciación, es necesario advertirlo, no constituye más que el sofisma jurídico en el que se han fundado los propugnadores e idólatras de la teoría del riesgo o de la "responsabilidad objetiva". Tal consideración es, evidentemente, errada; pierde la verdadera y correcta perspectiva del análisis. La injusticia no se encuentra solamente en el resultado, ni tampoco es este el que la determina; la injusticia brota de la acción, de sus circunstancias, de su forma de realización y de los móviles que la inspiran. Y, no es sino, en consideración a estos aspectos que, finalmente, un resultado concreto pueda ser considerado injusto.

La segunda corriente de pensamiento se encuentra sustentada por la llamada doctrina civilista, que afirma que el juicio de la antijuridicidad debe basarse en la determinación de si la conducta, considerada en sí misma, es contraria a las normas

legales. Esta posición podría ser estimada correcta sino incurriera en el error de convertir a la antijuridicidad en una noción formal. Interesa para ella, simplemente, si la conducta que realiza un sujeto puede ser opuesta a una norma jurídica determinada, recurriéndose a la concepción objetiva de lo injusto, sea, a aquella que preceptúa que la antijuridicidad solo se circunscribe a la acción misma, es decir, a las características exteriores de la conducta, a su apreciación objetiva, no así, a las características subjetivas —circunstancias y móviles personales— que la acompañan.

La antijuridicidad es un fenómeno unitario, como igualmente unitario lo es el del derecho: se tratan de realidades únicas e indivisibles.

La antijuridicidad constituye una sola entidad: la acción que viola sustancial y esencialmente al derecho. Para efectos de estudio, únicamente, se puede descomponer en dos elementos: La oposición formal a una norma jurídica determinada y la culpabilidad. Una acción no puede ser antijurídica sino es culpable y si, desde un punto de vista formal, no se opone a las normas jurídicas. Por consiguiente, una conducta determinada puede ser culpable y no antijurídica, por faltar la oposición formal con el derecho, o bien, puede oponerse formalmente al derecho y no ser antijurídica por no ser culpable.

La oposición formal se refiere, como la expresión lo indica, a la forma que la conducta asuma: irrespetar normas de seguridad, cometer un homicidio, etc. "Prima facie", estas conductas niegan al derecho porque se oponen a normas jurídicas determinadas. No obstante, no es cuando la acción niega solo a esas normas concretas que se aíslan de las demás, sino, a la unidad misma que el derecho constituye, que se torna en antijurídica. La antijuridicidad es una noción sustancial, no formal; de ahí que, para que la aparente contradicción del derecho se convierta en verdadera, esto es, en una contradicción esencial, se requiere la culpabilidad.

Consecuentemente, la mal llamada "responsabilidad objetiva" (sea, aquella obligación de indemnizar que se impone a una persona que hubiera causado daños sin estar incurso en culpabilidad, e incluso, en ciertos casos, sin haberlos causado ella) no es más que una incorrecta aplicación de la "antijuridicidad formal" o de la "antijuridicidad objetiva", como también se le llama. No se trata esta institución referida de un tipo de responsabilidad civil, como ha pretendido concebirse por parte de algunos autores, sino, más bien, de obligaciones legales de indemnizar. A ello se debe que solo exis-

ta cuando la ley así lo dispone. Su fuente directa e inmediata es la ley y no las acciones humanas a las que se pretende atribuirle.

La culpabilidad consiste en un vicio de la conducta que se reprocha al agente. Se diferencia en ella la culpa, que constituye el error en que se incurre por imprudencia o negligencia, y el dolo, que constituye el vicio intencional en virtud del cual la conducta no solo se realiza deliberadamente, sino, también, con el pleno conocimiento de lo que implica y de sus consecuencias.

Para que pueda existir culpabilidad se requiere la capacidad de imputación, sea, aquel estado mental que permite la atribución de culpa o dolo al sujeto. En otras palabras, es necesario que el agente se halle en el pleno uso de sus facultades mentales y que su acción haya sido ejecutada con discernimiento, libertad y voluntad. Carecen de capacidad de imputación el inhábil, la persona a quien se presiona para que realice una acción, o la persona que es conducida por la fuerza a realizarla.

II. LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

Los daños y perjuicios constituyen el segundo elemento objetivo de la responsabilidad civil extracontractual, y se encuentran precedidos, en la estructuración sistemática de esta, por la antijuridicidad.

Por daños en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, se conoce el menoscabo que sufren los bienes y derechos de una persona, tanto los que son susceptibles de valoración económica exacta y precisa, como los que no lo son por referirse a aspectos de orden personal estrictamente. Se distinguen, en razón de lo anterior, los daños patrimoniales y los daños morales o personales en sentido estricto.

El perjuicio, por su parte, tiene relación directa con la lesión que sufre una expectativa patrimonial. Por vía de comparación cabe afirmar, que el daño implica una pérdida o menoscabo económico representado por la diferencia que se obtiene mediante una simple operación aritmética, entre el valor del patrimonio antes del daño, y su valor posterior a él. El perjuicio, si bien es de carácter patrimonial, no tiene la misma función, pues se establece, no con base en la diferencia entre lo pasado y lo presente, sino entre lo presente y una situación futura que no pasó de ser más que una expectativa, una esperanza que nunca llegará a concretarse.

1. REQUISITOS DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

Para que los daños y perjuicios puedan reputarse jurídicamente existentes, se precisa la concurrencia de tres requisitos: que sean ciertos, que sean actuales y que afecten un derecho adquirido.

El requisito de certeza de los daños y perjuicios se da, cuando los mismos aparecen consumados, definitivos y afectivos o reales. Se opone este requisito a que los mismos sean hipotéticos o eventuales. En otras palabras, no pueden servir como elemento de la responsabilidad extracontractual, aquellos daños y perjuicios cuya certidumbre es discutible.

No obstante, el requisito referido no se opone a que el menoscabo sea futuro, porque a pesar de no haberse realizado aún, puede tener ya, en algunos casos, caracteres de certidumbre. Es posible que las consecuencias de una conducta, pese a que no se hayan producido, sean claramente determinables.

El requisito según el cual los daños y perjuicios deben ser actuales, parece ser discutible. Sin embargo, su formulación es correcta. Lo cierto es que mientras algo no sea actual, no puede sostenerse su existencia. Con la noción de que el daño debe ser actual, lo que se pretende es reafirmar su existencia en el presente. Está claro que, no obstante que una lesión haya sido provocada en el pasado, se debe estimar que es actual cuando aún persiste; y se entiende que solo deja de persistir en el momento en que se repara. En este caso, el daño pierde su condición de ser actual porque, jurídicamente, se entiende que ha desaparecido.

Este requisito no se opone a que, para los efectos de la reparación anticipada el daño futuro se estime como existente. Pero en esto lo que se hace es establecer una ficción a efecto de permitir a las partes transigir sobre el monto total de la indemnización, en aras a múltiples ventajas que pudieren derivar de negociaciones de este tipo. Tampoco se opone el requisito a que los tribunales ordenen resarcir periódicamente al daño futuro, pues, en este caso, es evidente que las indemnizaciones sucesivas quedarán sujetas a la vigencia —en el momento en que se realizan— del daño. Desde el instante mismo en que este desaparezca, pierde actualidad y deviene, jurídicamente, inexistente.

Finalmente, se considera que el daño afecta un derecho adquirido cuando menoscaba una situación lícita, o sea, conforme a derecho. En otras palabras, jurídicamente se considera que no

existe daño, si la realidad que menoscaba es de carácter ilícito. La jurisprudencia y la doctrina, así como las legislaciones, son claras al estimar que debe rechazarse toda pretensión indemnizatoria por la lesión a una situación ilícita. Así pues, aquel que debido a una acción antijurídica la lesione, no se encuentra obligado a reparar el daño, no incurre en responsabilidad.

2. REQUISITOS PARA QUE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS SE REPUTEN DE NATURALEZA EXTRA CONTRACTUAL.

Los requisitos de certeza y actualidad de los daños y perjuicios, así como el de que afectan un derecho adquirido, tienen relación directa con la existencia de los mismos, pero no fijan, en modo alguno, su carácter contractual o extracontractual. Un daño cierto y actual determinado que lesione una situación lícita puede provenir, tanto del incumplimiento injustificado de un contrato, y por ahí reputarse como contractual, cuanto de cualquier otra acción que no tenga vínculo alguno con un contrato, y por ahí estimarse extracontractual.

Para que los daños y perjuicios puedan ser considerados de naturaleza extracontractual, se requiere que la acción ilícita constituya su causa en sentido jurídico. Esto significa dos cosas: que la acción antijurídica debe ser la causa adecuada, y la causa necesaria del menoscabo.

Por causa adecuada se entiende la posibilidad de que la acción antijurídica, por sí misma, independientemente de condiciones o circunstancias excepcionales, sea capaz de producir el daño. En otras palabras, ser causa adecuada es ser causa capaz para, en situaciones normales, producir el efecto que se reputa como proveniente de ella. La adecuación no siempre es plena. Es posible, y de hecho así sucede muchas veces, que de la totalidad de los daños que se originan a partir de la acción antijurídica, solo algunos son efectos adecuados de la misma. En este evento, la función de la antijuridicidad, respecto a los que no reúnen esa condición, es la de continuar una cadena causal suspendida o que se encontraba en estado latente.

Para una más fácil comprensión de este requisito, es conveniente reproducir aquí, el ejemplo típico de la doctrina: *"A le asesta a B un ligero golpe en el cráneo, insuficiente para provocarle la menor lesión en un ser constituido normalmente. Pero B... padece una debilidad particular en los huesos del cráneo; sufre una fractura y muere. El resultado se ha producido; sin embargo, el acto de A no era, por lo general, propio como para produ-*

cir la muerte a un adulto, cuya caja craneana está ordinariamente osificada. La enfermedad particular de B, sin la cual no se habría producido el resultado, es un hecho excepcional. Por el contrario, si se hubiera tratado de un niño, cuya caja craneana no está normalmente osificada, la conclusión habría sido diferente y el acto de A, cuya relación con la muerte de B, adulto, es fortuita, sería considerado como una circunstancia generalmente favorable para la muerte de un niño. Será... una causa adecuada para la muerte de aquel".

Que la antijuridicidad sea la causa necesaria del daño, significa tanto como que sea su causa directa e inmediata. No importa el poder causal de la acción antijurídica, interesa, solamente, que a partir de ella se produjo el daño. La causalidad adecuada, como lo hemos visto, juega su papel respecto al poder de la acción antijurídica para, en situaciones normales, producir el resultado. El requisito que ahora planteamos, si bien se relaciona igualmente con la causalidad, tiene una perspectiva de enfoque diversa del anterior. Aquel, como lo hemos dicho, se refiere a la capacidad causal de la antijuridicidad; este, a la relación de necesidad entre el daño y la acción ilícita.

Lo directo e inmediato del daño para que, unido a la causalidad adecuada, pueda ostentar la calidad de extracontractual, depende de que sea un producto necesario del hecho que tipifica la antijuridicidad de tal forma que, si esta no hubiera existido, aquel tampoco se hubiera dado. Los términos "daño necesario" o "resultado necesario" son preferibles, sin embargo, a los de "daño directo" o "resultado inmediato", toda vez que marcan con mayor exactitud "la naturaleza del vínculo de causalidad que se exige y el punto en que se detiene la responsabilidad del infractor".

Se da el requisito que estudiamos, siempre que el segundo elemento de la responsabilidad siga al primero sin ser la consecuencia del azar o del hecho de un tercero, o de la propia víctima es decir, siempre que aquel provenga de este.

Ahora bien, puesto que la idea de la necesidad se aplica a actos humanos, la misma debe ser muy graduada. Es absoluta la dependencia cuando el resultado proviene exclusivamente de la infracción. Sin embargo, no en todos los casos esto sucede así.

Dos son los supuestos en que la necesidad entre la acción antijurídica y el daño se atenúa.

El primero de ellos se da en virtud de factores causales ajenos a la infracción pero que concurren a provocar el resultado. Este es el papel que juega

el azar o la eventualidad, que se hacen más importantes en la medida en que el tiempo pasa y tornan más indirecto el daño. Lo mismo sucede cuando los nuevos acontecimientos causales son el resultado de la "libertad" de un tercero y hasta de la propia víctima, ya se traten tanto de una acción como de una omisión. Tanto la eventualidad como el hecho del tercero o de la víctima rompen o modifican la relación entre la antijuridicidad y el resultado y establecen un nuevo ciclo causal, esto es, no permitiendo que prosiga el ya iniciado, o alterando el orden natural que este concluiría, o extendiéndolo más allá de donde debe finalizar, establecen una nueva relación que se le deriva en parte mas no totalmente.

El segundo supuesto se da cuando la necesidad se atenúa a pesar de que no se altere la causalidad natural ya iniciada por la infracción. Esto sucede cuando la merma no es el resultado de factores que alteran el orden natural de los fenómenos que la infracción inicia, sino, de apreciaciones racionales y valorativas que se le atribuyen a la relación de necesidad.

Se da la atenuación ante la "libertad" de la víctima que realiza u omite una determinada conducta cuando, más bien, la situación reclama de su parte una actitud diferente a efecto de alterar o frustrar el ciclo natural que la infracción pone en marcha. En la atenuación de la necesidad que ahora interesa, no hay más que un juicio respecto a la materia humana; se trata del análisis de los actos humanos mismos, de la aplicación de juicios éticos y jurídicos, y, en fin, valorativos, sobre la relación de la causalidad y la actitud de la víctima. No se trata de descubrir cuáles son los fenómenos que participan en la relación y la propician —lo cual previamente ya debió haberse hecho— sino de determinar si el damnificado debió esforzarse para evitar el daño causado.

Para que en este supuesto la necesidad se amigre, se entiende que la víctima debe estar en posibilidades efectivas, sin poner en peligro su seguridad personal y patrimonial, o las de un tercero, de superar la necesidad del ciclo. En la medida en que los efectos de la infracción puedan ser evitados por la víctima, la acción pierde su condición de causa jurídica. La determinación del "quantum" que la necesidad ostenta, debe establecerse mediante un análisis retrospectivo, una vez que se cierra el ciclo causal, o cuando, al menos, se tiene la certeza de donde acaba.

La necesidad de que la víctima sea diligente para evitar el mal, la recoge la sentencia número 80

del 10 de julio de 1970 de la Sala de Casación en la cual se indicó, que implica negligencia por parte de quien reclama daños como consecuencia de haberse cerrado el paso hacia su fundo enclavado, el hecho de no haber tomado las providencias del caso en resguardo de sus intereses inmediatos, sí tuvo la posibilidad de evitar los daños reclamados, en lugar de adoptar una posición totalmente pasiva ante la situación que se le planteó.

Es indudable que si el acreedor de la responsabilidad está en posibilidades de detener o aminorar la causalidad natural y por negligencia no lo hace, la infracción, no obstante continúe manteniendo su condición de causa física o natural, pierde o disminuye la de causa jurídica.

III. LA OBLIGACION RESARCITORIA.

La obligación resarcitoria constituye el tercer elemento objetivo de la responsabilidad civil. Se trata, como toda obligación, de una relación jurídica simple inmersa en una relación más compleja, y como toda obligación también, se encuentra estructurada por tres elementos: un derecho y un deber correlativos, y una prestación u objeto en el cual aquellos se sintetizan.

El deber y el derecho residen, por su orden, en los sujetos activo y pasivo de la responsabilidad, y se concretan en la prestación indemnizatoria. En esta se cifra la razón de ser de aquellos.

1. CARACTERISTICAS DE LA OBLIGACION RESARCITORIA.

La obligación que interesa reúne dos características que pueden ser concretadas en pocas palabras.

En primer lugar se trata de una obligación personal. El acreedor reclama de su deudor el cumplimiento, o sea, la satisfacción de su derecho a la indemnización. Consecuentemente, se trata de un derecho de crédito que como tal es personal y no real.

En segundo lugar la obligación es mobiliaria. Implica el deber del deudor de reintegrar las cosas al mismo estado en que se encontraban antes de producirse la acción ilícita. De esta manera la obligación es de hacer y como tal, mueble. Se trata de cumplirla en especie. Sin embargo, el cumplimiento se puede realizar también mediante un equivalente que puede ser pecuniario o no. En ambos casos, empero, lo que interesa es pagar los daños y perjuicios sufridos por la víctima, los cuales son también muebles.

2. LA FUENTE DE LA OBLIGACION RESARCITORIA.

La fuente de la obligación resarcitoria está constituida por la acción antijurídica —que relaciona al infractor y a la víctima— y por los daños y perjuicios. Normalmente se afirma que la fuente la constituye, únicamente, la antijuridicidad. Sin embargo, esta tesis no parece exacta. Lo cierto es que si el daño constituye su "conditio iuris", se integra, entonces, a su fuente.

3. LOS ELEMENTOS DE LA OBLIGACION RESARCITORIA.

Cuando se hace referencia a los elementos de la obligación resarcitoria debe aludirse a aquellos hechos que de manera exclusiva forman parte de ella, es decir, a aquellos factores que por sí mismos la caracterizan y estructuran. Desde este punto de vista solo pueden ser elementos de la obligación que nos ocupa los ya mencionados antes, sean, el derecho y el deber resarcitorios y la prestación.

A. EL DERECHO A LA INDEMNIZACION.

El derecho a la indemnización de los daños y perjuicios, como derecho de crédito que es, presenta, sin embargo, una diferencia bastante marcada con relación a los otros derechos de crédito. Esta diferencia se funda en el hecho de que la facultad para exigir judicialmente el cumplimiento, no debe tener como presupuesto la negativa del deudor a cumplirlo. A diferencia de las otras obligaciones de crédito, el sentido primario del derecho a la indemnización se encuentra bifurcado: El acreedor tiene derecho a que se le indemnice, a que el deudor cumpla voluntariamente; y tiene derecho también a acudir directamente a los tribunales a solicitar la ejecución forzosa sin tener que esperar a que el deudor incumpla.

Como todo derecho de crédito el derecho a la indemnización puede ser transmitido. Sin embargo, existen limitaciones en cuanto a los que provienen de lesiones a la personalidad. Estos únicamente pueden ser transmitidos "mortis causa"; no pueden ser cedidos ni tampoco los acreedores de la víctima están facultados para ejercerlos por prohibirlo expresamente el artículo 715 del Código Civil, al disponer esta norma que tales acreedores no tienen la potestad de ejercitar aquellos derechos unidos exclusivamente a la persona. Es tesis común que el derecho a la indemnización por daño a la personalidad —daño moral— es personalísimo.

B. EL DEBER DE INDEMNIZAR.

Correlativamente al derecho a la indemnización, el carácter primario del deber indemnizatorio puede ser conceptuado como la obligación en que se encuentra el responsable de indemnizar voluntariamente, y como la exigencia de que no debe oponerse en el caso de que el acreedor decida ejecutarlo judicialmente. Está facultado, sin embargo, como es lógico, para aportar elementos de juicio que permitan una solución justa.

El deber puede transmitirse "mortis causa" o "inter vivos". La primera forma no implica ningún problema: es principio general que la sucesión responde de todas las deudas contraídas por el causante durante su vida. La segunda forma, por su parte, solo puede darse si el acreedor de la responsabilidad la admite, pues, como se comprende, la misma implica que el damnificado pierde la posibilidad de accionar contra el deudor liberado.

C. LA PRESTACION RESARCITORIA.

Existe un criterio básico aceptable, que consiste en considerar que la prestación indemnizatoria es susceptible de realizarse de dos formas: restableciendo naturalmente el estado de cosas que existía antes de la realización del acto ilícito, o, cuando esto no es posible, otorgando un equivalente en su lugar. Estas son, por su orden, las denominadas prestaciones en especie o por equivalente.

Nuestra ley no establece de manera expresa la forma en que la indemnización debe ser realizada. Sin embargo, es principio irrefutable que cuando las normas legales se refieren a la reparación, tal concepto implica la forma en que el daño es más cabalmente satisfecho. De ahí que el acreedor de la responsabilidad se encuentre en su pleno derecho

de elegir el tipo de indemnización que de manera más perfecta llene su cometido.

Sin embargo, ese derecho a la elección no es absoluto —salvo que la víctima escoja la indemnización en especie— y se enfrenta a algunas limitaciones admitidas por la doctrina. Así por ejemplo, si el responsable quiere y está en posibilidades de resarcir en especie, el acreedor debe contentarse con esa forma de resarcir; no está facultado para exigir la indemnización en equivalente. El demandado, entonces, puede imponer a su demandante la indemnización en especie, pero no está facultado para imponerle un equivalente determinado, ya sea que el actor haya optado por la reparación en especie o por otro tipo de equivalente distinto al que pretendiere entregarle el demandado.

De acuerdo con los principios generales que rigen nuestra legislación, parece que la potestad del deudor para endilgar a su acreedor la indemnización en especie, no merece dudas. Esto puede deducirse de lo establecido por los artículos 769, 770, 771 y 797 del Código Civil, los cuales se encuentran en el Libro III que se refiere a las "Obligaciones" en general.

Una segunda forma de limitación al derecho a la elección de la víctima, es aquella que se le acuerda al juez y que consiste en que, reclamado un equivalente, el funcionario impone, sin embargo, la condena que por parecerle más fácil de cumplir, considera también la más favorable para la víctima. El Tribunal se encontrará atado, sólo si se reclama la condena en especie.

Esta posibilidad en nuestro país es poco menos que probable, porque se incurriría en el vicio procesal de la incongruencia, violándose lo dispuesto por el artículo 84 del Código de Procedimientos Civiles.

OBJETOS, COSAS Y BIENES EN SENTIDO JURIDICO

Dr. Víctor Pérez Vargas.

CONTENIDO:

Introducción.	110
El objeto. Generalidades.	110
Bien.	111
Las cosas.	111
En síntesis.	112
Algunas clasificaciones de las cosas:	112
1) Según su materialidad: cosas materiales e inmateriales.	113
2) Según el dominio sobre ellas: cosas comunes, cosas sin dueño y cosas que tienen dueño.	114
3) Según su comerciabilidad: cosas en el comercio y cosas fuera del comercio.	114
4) Según el sujeto a quien pertenezcan: cosas que pertenecen a particulares y cosas públicas.	115
5) Según la consideración social de las cosas: fungibles y no fungibles.	116
6) Según su resistencia a la utilización: cosas consumibles y cosas no consumibles.	117
7) Según su divisibilidad: cosas divisibles y cosas indivisibles.	118
8) Según razones históricas de orden socio-económico: cosas muebles e inmuebles.	122
9) Según su registrabilidad: cosas registrables y no registrables.	122
10) En particular sobre las universalidades.	123
Bibliografía.	

INTRODUCCION

Nos proponemos con este estudio establecer los caracteres generales de la categoría "objeto" (en sentido) jurídico, así como los de sus especificaciones concretas en función de las directivas normativas (del Derecho costarricense).

La perspectiva de análisis puede calificarse de "real-objetiva": el objeto asume juridicidad en virtud de un elemento material y un elemento formal que conjuntamente determinan su modo de ser en el mundo del Derecho. El elemento material hace referencia a su estructura y función prejurídica; estructuralmente se comprende como realidad espacial; funcionalmente se comprende con base en el concepto de "utilidad" (que es un concepto correlativo al de "interés", en cuanto "útil es aquello capaz de dar satisfacción a un interés"). El elemento formal hace referencia a la calificación normativa que el Ordenamiento otorga a ese presupuesto material. La calificación normativa del objeto dependerá de sus características específicas y de su inclusión en una determinada categoría, pero, fundamentalmente, de su relación con intereses jurídicamente relevantes.

El objeto. Generalidades.

La expresión "*objeto*" deriva del latín escolástico "*objectum*", que significa "lo que está colocado delante" (del antiguo verbo "*obicere*", que significa "poner delante") (1). En su sentido más usual se usa como término contrapuesto a sujeto.

Jurídicamente, la expresión tiene diversos sentidos:

Algunas veces se usa en un sentido muy amplio (filosófico) como "aquello a lo cual se refiere algo".

En otros casos tiene un sentido teleológico,

como por ejemplo, en el artículo primero de la Ley de Asociaciones (2).

En otros casos se habla del "objeto" en sentido procesal, por ejemplo, en el artículo 724 del Código Civil, que establece que "para que una sentencia tenga autoridad de cosa juzgada es necesario: 1) La identidad de las partes, 2) La identidad del objeto y 3) La identidad de la causa"; se entiende por "objeto del litigio el bien que se pide concretamente en la demanda. . . es la cosa que se pide, pero no en sentido corporal, sino en el de la utilidad o ventaja que con ella se pretende. . ." (3).

Con un sentido más específico en el Derecho Privado se habla del objeto de los derechos reales y de los derechos de crédito; en el primer caso se ve como la materia sobre la cual el titular del derecho da satisfacción a su interés jurídico; en el caso de los derechos de crédito la expresión es usada para hacer referencia al objeto en sentido estricto (como espacialidad y utilidad jurídicamente relevantes, con capacidad de permanencia y, por ello, capaz de unir los dos momentos sucesivos de la norma), pero también es usada en un sentido más impreciso, incluyendo dentro de la expresión tanto prestaciones (4) como derechos (5).

También en tema de teoría general del negocio jurídico se utiliza la expresión "objeto" y se dice que éste debe reunir ciertos requisitos para que el negocio sea válido y eficaz. "El Código Civil habla de "objeto o cosa cierta y posible" (artículo 627), que pueda reducirse a un valor exigible que esté determinado o pueda determinarse (artículo 630) y que sea física o legalmente posible (artículo 631). De esta forma se configuran los presupuestos objetivos. . ." (6).

Aún dentro de la materia negocial la expresión adquiere diversos significados: algunos distinguen entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación; "se dice que el objeto del acto es el conjunto de derechos y obligaciones que crea, modifica o

- (1) En este sentido CAPITANT, Henri. Vocabulario jurídico, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 391.
- (2) Véanse notas críticas sobre este sentido de la expresión objeto, en MORA, Fernando. Sociedad, Asociación y Cooperativa. Revista de Ciencias Jurídicas. Escuela de Derecho, No. 16, noviembre de 1970, págs. 68 y 69.
- (3) ALSINA, Hugo. Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Compañía Argentina de Editor
- (4) Así, por ejemplo CAPITANT, op. cit., supra 1, p. 391.
- (5) Así, por ejemplo Von THUR, Andreas. Parte General del Derecho Civil, Juricentro. San José, 1977, p. 56.
- (6) UMANA-PEREZ, Elementos del negocio jurídico. Revista Judicial No. 12, Año III, junio de 1979, pág. 76.

extingue" (7). Sobre el objeto de la obligación, a su vez, hay varias concepciones: las cosas, los servicios, un dar, hacer o no hacer, un bien apetecible para el sujeto, las prestaciones prometidas, etc. (8). Otros hablan del objeto del negocio como "interés" (9) y otros lo definen como "el contenido del negocio" (10).

La serie de confusiones que derivan de este uso indiscriminado de la expresión plantea la necesidad de una reconstrucción teórico-general: "Dentro del cuádrinomio fundamental de la fenomenología jurídica se encuentran los fenómenos espaciales, que se configuran como cuerpo, cosa, objeto. . . que en tanto entidades permanentes mantienen su identidad a través del tiempo y se prestan para ligar hechos sucesivos. . . La función fundamental de punto de vinculación sólo 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" (11).

Bien.

En un sentido fenomenológico indica la **espacialidad y materialidad no subjetiva de una situación jurídica**. Así, en un contrato de compraventa es la cosa que el vendedor debe entregar o que el comprador puede exigir; en el derecho real es la cosa sobre la que el titular puede ejercitar sus facultades (disposición, transformación, etc.). En términos generales es usado como "el término objetivo de un derecho subjetivo" (12).

El término es usado sin embargo, aun en Derecho, en un sentido amplio; se califica de "bien" todo aquello que se valora positivamente. Se dice, por ejemplo, que tal objeto es un bien, pero también se dice que tal persona es un bien, que tal relación es un bien, etc.

Jurídicamente la expresión ha sido también

usada en este sentido axiológico amplio; por ejemplo, se ha hablado de los "bienes de la persona", para hacer referencia a los llamados "derechos de la personalidad" (13); se ha dicho, sin embargo, por ejemplo que se trata de una dilatación excesiva de la noción de "bien" (así Carnelutti). A ello puede observarse (en defensa de este concepto amplio) que la individuación de un bien deriva de la individuación de una necesidad, y, considerando que las exigencias de la vida, de la integridad física, de la libertad, del honor, etc., constituyen auténticas necesidades específicas y esenciales, no tendremos otro remedio que concluir que todas ellas merecen la consideración de bienes.

Otros califican de bienes en general a los intereses, también en sentido axiológico; se habla de ellos como "Lebensgüter" o "bienes de la vida"; la tradición jurídica, incluyéndose en ella la jurisprudencia romana, los glosadores, los postglosadores y la pandectística, sin embargo, da, por lo general un sentido más específico a la expresión y la suele presentar como correlato de "sujeto".

El sentido de la expresión en la ciencia económica ilumina en parte la significación jurídica: ahí la expresión "bien" tiene ciertos caracteres como "ser útil", "ser material" (con lo que se distingue de los servicios) y "ser escaso" (con lo que se distingue de los "bienes libres") (14).

Jurídicamente, lo que interesa es que una parte de la realidad, asume la configuración de unidad objetiva, por la cual, llegando a ser centro de intereses (en virtud de la tutela de tales intereses) da lugar a un bien en sentido jurídico. Obsérvese que la unidad no es tal desde un perfil físico, sino, sobre todo, en función de los intereses que se le ligan y de la correlativa tutela jurídica.

Las cosas.

También la expresión "cosa" tiene múltiples sentidos en Derecho; se habla de la "cosa juzgada"

(7) JOSSERAND, Luis. *Derecho Civil*, tomo II, Vol. I, *Teoría General de las Obligaciones*, EJE, Buenos Aires, 1951, pág. 82 y otros autores cit. p. op. ult. cit., pág. 74.

(8) *Ibidem*.

(9) Así BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, Segunda Edición, pág. 68, cit. p. op. ult. cit., pág. 75.

(10) V. ALBALADEJO, Manuel. *Compendio de Derecho Civil*. Librería Bosch, Barcelona, 1970, pág. 124, cit. p. op. ult. cit., pág. 75.

(11) FALZEA, cit. p. op. ult., p. 76.

(12) En este sentido es principalmente usado en los capítulos I y II, del título I, del Libro II, del Código Civil.

(13) DIEZ DIAZ, Joaquín. *¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?* Reus, Madrid, 1963, ps. 21 y 22.

(14) SAMUELSON, Paul. *Curso de economía moderna*, Aguilar, Madrid, 1958, pág. 14.

para hacer referencia a la cuestión ya decidida con efecto preclusivo (15); se habla de la "cosa pública con relación a "el conjunto de las cuestiones relativas a la gestión y satisfacción de los intereses generales del país o de una colectividad local o regional" (16).

En un sentido más técnico "se llamará cosa una entidad natural. . . una parte del mundo externo, cualquiera que sea, la cual puede servir para la actuación de un interés humano, individual o colectivo" (17). Las cosas pueden ser objeto de situaciones jurídicas, y cuando asumen en acto este carácter pasan a ser bienes. En síntesis: cosa + calificación jurídica: bien. Obsérvese entonces que los bienes tienen dos elementos: uno material, la entidad espacial; otro formal, la calificación jurídica. "Al elemento material deberá asociarse la calificación (emanada de la norma) por virtud de la cual entre todas las cosas que puedan llegar a ser bienes jurídicos lo serán sólo las que en acto la norma considera como objetos de determinados derechos" (18). Obsérvese, que la cosa es el elemento material del bien. Pugliatti sostiene al respecto: "*la noción de cosa es prejurídica y neutra, en cuanto constituye el elemento material del concepto jurídico de bien, a través del interés que el Ordenamiento tiende a tutelar, atribuyendo al sujeto un determinado derecho*" (19).

Continúa explicando el autor citado: "*La teoría de la cosa se preocupa. . . de determinar "si" y "cuando" la cosa en sentido físico puede devenir bien en sentido jurídico, o sea objeto del derecho y en cuáles condiciones se desarrolla el proceso de calificación por el cual la cosa, como entidad extrajurídica, se transforma en bien como entidad jurídica*" (20).

La terminología de la ley, sin embargo, carece de precisión y las expresiones "bien" y "cosa" son usadas indistintamente con falta de rigor, de coherencia y de clara conciencia del significado de los dos términos (21).

En su sentido más frecuente *cosa* designa el

término objetivo de las situaciones jurídicas patrimoniales. En un sentido amplio es cualquier entidad espacial relevante para el Ordenamiento.

En síntesis:

El objeto en sentido teórico general es un fenómeno espacial, que gracias a su permanencia en el tiempo puede relacionar los dos momentos de la norma: el hecho condicionante y el efecto condicionado.

Las cosas son los elementos materiales de los bienes. El bien es la cosa en cuanto objeto de una particular disciplina jurídica; el término objetivo de una situación jurídica.

En algunos casos el objeto se presenta como "cosa" en el hecho y como "bien" en el efecto; por ejemplo, en la hipótesis de las "res nullius" cuando son objeto de apropiación.

ALGUNAS CLASIFICACIONES DE LAS COSAS:

1) Según su materialidad: cosas materiales e inmateriales.

Esta clasificación es terminológicamente coincidente con la clasificación de las cosas en corpóreas o corporales y cosas incorpóreas. "La distinción proviene de los romanos, formulada por Gaio y recogida en el Corpus Iuris. Son corporales aquellas cosas "quae tangi possunt" como por ejemplo finca, plata, oro y otras innumerables; por el contrario, incorpóreas son aquellas "quae tangi non possunt" y precisamente —se ha dicho— aquellas "quae in iure consistunt", como por ejemplo, la herencia, el usufructo, la obligatio. En general, son corporales aquellas cosas que, teniendo entidad material son perceptibles con nuestros sentidos y ocupan una parte determinada del espacio" (22). Tradicionalmente las primeras han sido caracterizadas por ser perceptibles con los sentidos mientras que las segundas —se dice— sólo pueden ser percibidas con el intelecto. Esta distinción ha sido criticada pues hay cosas concebibles sólo

- (15) Sobre la eficacia preclusiva v. FALZEA, Angelo. *Voci di teoria generale del diritto. Efficacia giuridica*. Giuffrè-ed., Milano, 1970, págs. 346 y ss.
- (16) CAPITANT, op. cit., supra 1, pág. 170.
- (17) PUGLIATTI, Beni e cose in senso giuridico, Giuffrè-ed., Milano, 1962, p. 65.
- (18) Loc. ult. cit.
- (19) Loc. ult. cit.
- (20) Loc. ult. cit.
- (21) Op. ult. cit., supra 17, p. 68.
- (22) BIONDI, Biondo, *Los bienes*, Bosch-Ed., Barcelona, 1961, p. 45.

intelectualmente que son siempre cosas corporales; así, se ha dicho, que "si debiésemos razonar al filo de la lógica, deberíamos decir que cosa corporal es solamente un grano de trigo o de café. . . y no, en cambio, una cantidad de trigo o de café. . . que son entidades apreciables por el Derecho" (23).

Más atinado parece hablar de cosas inmateriales con referencia a las llamadas "obras del ingenio humano"; "toda creación intelectual en cualquier campo (literario, artístico, científico, técnico) es considerada como bien. Tales creaciones son bienes inmateriales, aun manifestándose en cosas materiales, ya que la creación como idea puede tener existencia independientemente del medio material que la transmite. . ." (24). Estas cosas inmateriales son, precisamente, el objeto de los derechos de autor. . . —Artículo 275 del Código Civil— "al participar de la misma naturaleza espiritual de la inteligencia creadora o inventora de la que son proyecciones, son bienes inmateriales que no deben confundirse con el "corpus mechanicum" (libro, cuadro, disco) que eventualmente las recoge" (25). Es importante aclarar que la propiedad intelectual no tiene por objeto la realidad material que sirve de soporte a la obra del ingenio, sino el producto inmaterial en cuanto tal. Otra aclaración que merece hacerse es la de que lo que es bien, en sentido jurídico, no es el derecho de autor sino la creación intelectual en cuanto tal sobre la que se ejercita este derecho. En este sentido compartimos la crítica hecha por Planiol a la tesis tradicional; dice él: *"Esta distinción (la distinción entre bienes corpóreos y derechos considerados —por algunos— como bienes incorpóreos) no tiene sentido, pues consiste en poner de un lado las cosas y de otro los derechos; es decir, dos categorías que no tienen ningún carácter común, siendo de naturaleza profundamente diversa. Una clasificación no puede servir más que para distinguir las partes de un mismo todo. La oposición que se hace entre los derechos y*

las cosas no es una clasificación; es una comparación incoherente" (26). También Pugliatti ha hecho críticas análogas: *"la distinción, por la evidente heterogeneidad de los dos términos se revela extrañamente híbrida"* (27).

2) Según el dominio sobre ellas: cosas comunes, cosas sin dueño y cosas que tienen dueño.

Las cosas comunes —del latín jurídico *res communes*— son "las cosas que no pertenecen a nadie y cuyo uso es común para todos" (28), como por ejemplo el aire, el agua del mar, etc. Estas cosas se caracterizan porque pueden ser utilizadas independientemente de su apropiación. Estas cosas comunes pueden llegar a ser objeto de situaciones jurídicas en todo lo relativo a la tutela ecológica. Del mismo modo, pueden ser objeto de situaciones jurídicas cuando se individualizan limitándose cuantitativamente; así una dada cantidad del todo se presenta como parte determinada; "correlativamente se genera una utilidad particular (presupuesto económico) que constituye el centro de atracción de la tutela jurídica y el núcleo de un bien jurídico. Válidos ejemplos de este procedimiento son: el aire gaseoso o líquido recogido en recipientes para usos determinados" (29). Es en este sentido que se fundamenta la afirmación de que la individuación produce el bien jurídico pues "permite determinar, el campo de la realidad objetiva material, la autonomía en virtud de la cual una parte de esta realidad, distinguiéndose respecto al todo, asume la configuración de unidad objetiva, por la cual, llegando a ser centro de intereses humanos (económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza), en virtud de la tutela jurídica de tales intereses, da lugar a un bien jurídico" (30).

Las cosas sin dueño se diferencian de las comunes, por la posibilidad de apropiación; son cosas que no tienen dueño, pero que pueden tenerlo; son susceptibles de apropiación privada. Dentro de

(23) En este sentido, op. ult. cit., p. 47 y FUNAIOLI-CARROZZA, *Principi di Diritto Privato Italiano*, Pellegrini, Pisa, 1964, p. 108.

(24) BIONDI, op. cit., supra 22, p. 77.

(25) SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas generales del Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 48, 49.

(26) PLANIOL, Marcel, *Tratado elemental de Derecho Civil. Los Bienes*. Ed. Calica, México, 1955, p. 28.

(27) PUGLIATTI, op. cit., supra 17, p. 102.

(28) CAPITANT, op. cit., supra 1, p. 170.

(29) PUGLIATTI, op. cit., supra 27, p. 87.

(30) Op. ult. cit., p. 90.

ellas tenemos las "res nullius", como ejemplo de las cuales están los animales que pueden ser objeto de pesca, los productos del mar; también dentro de las cosas sin dueño encontramos las "res derelictae" que son cosas muebles voluntariamente abandonadas por su antiguo dueño que pueden llegar a ser apropiadas por quien las encuentre; no deben ser confundidas con los objetos perdidos que continúan teniendo dueño y para los que existen reglas especiales (31).

Cabe aclarar que las cosas comunes son cosas que no pertenecen a nadie o cuyo uso es común a todos. . . se parecen a las de dominio público; difieren de éstas en que aquellas escapan a la misma acción de la administración. Las cosas públicas son cosas con dueño, por lo que no pueden incluirse en esta categoría (y mucho menos en la de cosas sin dueño).

3) Según su comerciabilidad: cosas en el comercio y cosas fuera del comercio.

Las cosas en el comercio son las que pueden transmitirse mediante destinaciones negociales y "fuera del comercio" son las que no. Se ha afirmado que "Están. . . fuera del comercio las cosas que no pueden ser objeto de disposición jurídica, como son, en general, los bienes comunes a todos y los bienes de dominio público que están sustraídos al tráfico mientras no pierdan esa cualidad mediante desvinculación del dominio público y su consiguiente conversión en bienes patrimoniales. Al lado de esta in comerciabilidad general se puede admitir una in comerciabilidad especial, absoluta o relativa, total o parcial, de bienes determinados o de categorías determinadas de bienes cuando la prohibición, legal o convencional, de disponer de ellos determine legalmente la invalidez del acto dispositivo contrario a la prohibición" (32). La in comerciabilidad, pues, puede derivar de que la cosa no sea susceptible de apropiación particular o de que esté prohibido su comercio (33). La implicación

principal de la in comerciabilidad de la cosa es "la nulidad de los actos de disposición de ellas" (34). Así, por ejemplo, en los bienes públicos "la in comerciabilidad se concreta en la falta o por lo menos notable limitación de la aptitud para formar objeto de actos, negocios o relaciones de derecho patrimonial privado" (35).

4) Según el sujeto a quien pertenezcan: cosas que pertenecen a particulares y cosas públicas.

Las primeras son aquellas que son susceptibles de apropiación privada; en cambio "los bienes de dominio público se rigen por normas jurídicas diversas y tienen sus especiales características, de las que conviene destacar que se hallan fuera del comercio de los hombres, son inalienables, inembargables e imprescriptibles, deben pertenecer a una entidad estatal por estar destinadas a fines de utilidad general o al uso de todos" (36); o, en otros términos: "Cosas públicas o de dominio público, de acuerdo con nuestro Ordenamiento jurídico, son aquellas que están destinadas al uso público, como los caminos, los ríos, plazas y también las que se hallen dedicadas a un servicio de utilidad general, reguladas en sus propios rasgos distintos de las privadas, por el derecho administrativo" (37). Precisamente la extracomerciabilidad es uno de sus rasgos característicos (38).

Las cosas públicas se caracterizan también por su imprescriptibilidad. ". . . pertenecen al Estado o a sus organismos, los que no pueden perderlas por prescripción negativa, ya que su posesión, aunque no se manifieste por hechos reales, debe estimarse que se produce por imperio de las mismas leyes que regulan su destino. . . están fuera del comercio de los hombres, por lo que no son susceptibles de ser adquiridas por usucapión ni nadie puede prevalerse de la posesión irregular que sobre las mismas tuviera, sin haber sido, previamente separadas por ley del uso público a que estaban destinadas" (39). Se ha sostenido, sin embargo que "el hecho de

(31) V. WEILL, Alex. *Droit Civil. Introduction Générale*, Dalloz, Nancy, 1970, p. 182.

(32) SANTORO PASSARELLI, op. cit., supra 25, p. 52.

(33) WEILL, op. cit., supra 31, p. 183 y FUNAIOLI-CARROZZA, op. cit., supra 23, p. 115.

(34) SALA PRIMERA CIVIL, No. 107 de 9:05 hrs. de 27 de abril de 1973.

(35) PUGLIATTI, op. cit., supra 17, p. 249.

(36) SALA DE CASACION, No. 28 de 16 hrs. de 13 de mayo de 1977.

(37) TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, No. 1851 de 9:50 hrs. de 5 de mayo de 1976.

(38) V. tamb. CAPITANT, op. cit., supra 1, p. 235, en el mismo sentido.

(39) SALA DE CASACION, No. 122 de 16:15 hrs. de 16 de noviembre de 1965.

(39) TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL DE ALAJUELA, No. 1622 de 8:22 hrs. de 15 de diciembre de 1975.

que la ley permita la usucapión respecto de parte de la zona marítima terrestre implica automáticamente una desafectación indicativa de que tales bienes han dejado de pertenecer al dominio público" (40). En todo caso, la regla es que cuando un bien demanial ha adquirido este carácter por disposición expresa de una ley, está fuera del comercio y no puede entrar en él mientras no se desafecte legalmente; por ello no cabe hablar de desafectación implícita, pues si el bien fue afectado específicamente por una ley, su degradación ha de hacerse en esa misma forma" (41).

También con relación a los bienes públicos existe todo un régimen penal especial; existen, por ejemplo, reglas especiales en materia de competencia; así, se ha dicho, por ejemplo: "A pesar de ser cierto que el robo atenta contra la propiedad mediante una lesión a la posesión, también lo es que al crearse la jurisdicción especial de Hacienda para conocer de los delitos en que están de por medio los bienes públicos, su competencia alcanza a aquellos hurtos o robos en los cuales el agente pasivo es un empleado o funcionario público que en razón de su trabajo disfruta de la tenencia temporal de los bienes que sirven para el desempeño de sus labores" (42).

Existen tipificaciones expresas en materia penal con relación a los bienes públicos. Así se ha dicho, por ejemplo: "La apropiación indebida de bienes públicos efectuada por quien en razón de su función los tiene bajo su administración o custodia configura el delito de peculado y no el de retención indebida" (43).

5) Según la consideración social de las cosas: fungibles y no fungibles.

Cosas fungibles, llamadas también "cosas de género" (*res in genere*), "son las que por hallarse sólo determinadas por su número, peso o medida, pueden ser utilizadas indiferentemente una por otra para realizar un pago"; las demás son llamadas no fungibles (44). "Toda cosa, individualmente

considerada, desde el punto de vista rigurosamente físico, presenta caracteres y elementos que la individualizan y la hacen distinguir de las demás, aunque esté comprendida en la misma categoría. En la naturaleza no existen entidades absolutamente idénticas, ni hombres, ni cosas; un billete de banco o una cierta cantidad de trigo son cosas físicamente distintas de otro billete del mismo tipo y valor o de una igual cantidad de trigo de la misma calidad, de la misma manera que dos hombres aunque sean perfectamente semejantes y tengan la misma estructura, son muy distintos entre sí; un análisis físico-químico aun superficial, revelaría notable diferencia, quizás no menos notable que la que pudiera encontrarse entre cebada y trigo, o bien entre un billete de banco y una hoja de papel de la misma calidad. Pero, desde el punto de vista práctico, en la valoración social, se trata de cosas absolutamente idénticas, porque no hay interés en tener un determinado billete o una determinada cantidad de trigo de la misma calidad. Precisamente, tales cosas, cuyas características individuales, aun siendo objetivamente existentes y verificables, son sin embargo, omisibles, se llaman fungibles en el sentido de sustituibles, subrogables, representables: una cosa puede sustituir a otra precisamente porque se trata de cosas socialmente idénticas (45). Se ha hecho notar que la pertenencia a un mismo género constituye el presupuesto necesario para que pueda hablarse de fungibilidad; en efecto, si se prescindiera de la clase, en la cual pueden quedar comprendidos varios objetos singulares, en virtud de sus elementos de identidad, no se pueden confrontar entre sí dos o más objetos, cada uno de los cuales es sí mismo, en virtud de los propios elementos de diferencia. La fungibilidad se resuelve genéricamente en la equivalencia y, pues, presupone necesariamente la clase o categoría de objetos (*genus*)... El concepto de equivalencia presupone, precisamente, la inexistencia de diferencias cualitativas, de modo que las cosas pueden ser individuali-

(40) V. Ley No. 4558 de 22 de abril de 1970, Transitorio III, Tribunal Superior Contencioso Administrativo, No. 1662 de 10:16 hrs. de 11 de diciembre de 1975.

(41) TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, No. 1519 de 9:15 hrs. de 8 de agosto de 1975.

(42) TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO PENAL, No. 906 de 15:20 hrs. de 22 de octubre de 1973.

(43) TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO PENAL, No. 494 de 10:50 hrs. de 20 de junio de 1973.

(44) V. CAPITANT, *op. cit.*, supra 1, p. 170.

(45) BIONDI, *op. cit.*, supra 22, p. 82 y 83.

zadas con criterios meramente cuantitativos: el peso, el número, la medida (46). Se trata, pues, de cosas que pueden ser reemplazadas (47).

Esta clasificación no debe confundirse con la de cosas consumibles y no consumibles (como lo hace nuestro Código Civil —Artículo 257—), pues estos atributos tienen diverso significado; “frecuentemente, las mismas cosas que son consumibles por el primer uso son al mismo tiempo fungibles entre sí, como la moneda, los alimentos, el vino, el carbón, el trigo, la leña. Por ello muchos autores confunden estas dos distinciones. . . Sin embargo, se pueden encontrar cosas fungibles que no se consumen por el primer uso. . . A la inversa, hay ciertos objetos de consumo donde al desaparecer su fungibilidad subsiste su consumibilidad. Las dos clasificaciones son realmente distintas y el Código alemán ha tenido razón al separarlas” (48). Esta distinción tiene especial importancia en materia de cumplimiento de las obligaciones; así, por ejemplo, en nuestra jurisprudencia se ha expresado: “*En presencia de un título que contenga la obligación de entregar especies que se cuentan, pesan o miden, sea cosas fungibles, el juez debe ordenar de previo a dar curso a la ejecución, que el deudor entregue a su acreedor los efectos debidos en el plazo al efecto señalado y esta compulsión sólo podrá tener lugar cuando el título precisa las cantidades y las especies debidas*” (49). Tiene también importancia la distinción en materia de contratos: el préstamo de cosa no fungible se conoce como “comodato” y el de cosa fungible como “mutuo” (50) y en tema de ineficacia originaria de la compraventa —Artículos 1050 y 1051 del Código Civil—.

6) Según su resistencia a la utilización: cosas consumibles y cosas no consumibles.

Cosas consumibles son aquellas que no pueden ser usadas sin que se destruyan (como los alimentos, los combustibles, etc.) o se enajenen (que es

un consumo para quien las usa, como en el caso del dinero). Son consumibles las cosas que. . . no pueden ser usadas más que una vez; son cosas no consumibles las demás, incluidas las que se deterioran con el tiempo poco a poco (51).

“Se dicen jurídicamente consumibles aquellas cosas que, como decían los romanos, *usu consumuntur*, o sea, que usándolas conforme a su destino se destruyen. . . Viceversa, no son consumibles, o como decían los romanos “*res quae usu non consumuntur*”, aquellas que se pueden usar por un tiempo indefinido sin que al uso corresponda ni destrucción, ni sensible y apreciable alteración de su esencia, por ejemplo, terrenos, casas, libros, metales, etc. La noción de consumibilidad se debe entender en sentido no físico, sino técnico jurídico. La consumibilidad física no coincide con la jurídica. Consumición jurídica no quiere decir destrucción de la materia, ya que físicamente la materia jamás se destruye sino que se transforma siempre, sino transformación de la función económico-social de la cosa: cuando quemo leña, físicamente la he transformado, pero no he destruido materia alguna; jurídicamente, por el contrario, he destruido aquella entidad que primero era leña y que ahora ya no lo es. La noción jurídica de consumibilidad tampoco coincide con la física bajo otro aspecto: jurídicamente es posible que una cosa se consuma aun permaneciendo físicamente inalterada: la moneda, y todavía más la metálica, para el Derecho es consumible, no obstante poder permanecer inalterada por largos años. . .” (52). Obsérvese que en las cosas no consumibles hay susceptibilidad de un uso prolongado, pues éste no las consume, aun que las pueda deteriorar (53).

“El criterio de distinción no se refiere a conceptos meramente físicos, dado que con referencia a ellos se podría decir: o que todas las cosas son consumibles en cuanto sujetas a deterioro, o que todas son inconsumibles si se sostiene que la materia aunque sujeta a transformaciones no se destruye”.

(46) V. PUGLIATTI, op. cit., supra 17, p. 212.

(47) V. TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, Cedam, Padova, 1971, p. 185 y FUNAIOLI-CARROZZA, op. cit., supra 23, p. 116.

(48) PLANIOL, op. cit., supra 26, p. 30.

(49) TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 378 de 16:30 hrs. de 20 de junio de 1973.

(50) FUNAIOLI-CARROZZA, op. cit., supra 23, p. 116. V. Artículo 1344 del Código Civil.

(51) V. SANTORO PASSARELLI, op. cit., supra 25, p. 58 y 59.

(52) BIONDI, op. cit., supra 22, p. 91. Tamb. CAPITANT, op. cit., supra 1, p. 170.

(53) “incluidas las que se deterioran poco a poco” SANTORO PASSARELLI, op. cit., supra 25, p. 58.

ye; se toman en cuenta, más bien, exigencias de orden económico social" (54).

Esta distinción es importante en materia de derechos de goce, donde se habla de cuasi-usufructo para designar el usufructo sobre cosas consumibles (55). —Artículo 349 del Código Civil—. "El consumo es, pues, una cualidad de hecho de ciertas cosas, que las hace impropias para ser objeto de un derecho de goce temporal, a cuya expiración se encontrasen intactas" (56).

7) Según su divisibilidad: cosas divisibles y cosas indivisibles.

"La noción de divisibilidad jurídica no corresponde a la física; antes bien, la noción de indivisibilidad no surge ni siquiera en el mundo físico: cualquier cosa se puede materialmente descomponer en minúsculas partes; si hoy se llega a descomponer el átomo está claro que ninguna otra cosa se sustrae a la posibilidad de descomposición. Jurídicamente, por el contrario, no todas las cosas son divisibles: son tales aquellas que pueden fraccionarse de modo que las singulares partes resultantes de la división tengan la misma función que el todo y por tanto, entre las partes y el todo haya diferencia de cantidad, más que de calidad; por ejemplo cantidades de género, tela, terrenos, son cosas divisibles, ya que las partes resultantes de la división son siempre género, tela, terrenos, etc. En cambio, son indivisibles aquellas cosas que no son susceptibles de fraccionamiento de esta clase; los romanos hablaban de cosas "quae sine interitu dividi non possunt"; así, una máquina, un libro, un animal, físicamente se pueden triturar en cuantas partes se quiera, pero las partes resultantes de la división no tienen ya la misma función que el todo" (57). En este sentido se ha manifestado nuestra jurisprudencia: "Físicamente todas las cosas son divisibles, pe-

ro mirando a su finalidad, a su utilización, jurídicamente sólo son divisibles aquellas que partidas conservan su naturaleza y cualidades anteriores y cada una de las partes resulta ser de un valor aproximado proporcional al que tenía antes el todo y sigue prestando utilidad; cuando esas circunstancias no se dan, la cosa aunque divisible físicamente, no lo es jurídicamente" (58). En síntesis, divisibles son las que pueden ser físicamente descompuestas en partes con funciones análogas al todo y con valor proporcional (59); las cosas indivisibles son aquellas que si se dividen no tienen la misma funcionalidad que el conjunto ni tienen valor proporcional; "la divisibilidad debe resultar de un doble criterio (de carácter económico-social), basado sobre la consideración de la función (objetiva) y del valor: en el sentido de que, en primer lugar, es necesario constatar que la división produzca solamente una multiplicación cuantitativa, sin diferencia cualitativa y, en segundo lugar que, cada una de las partes tenga un valor (aproximadamente) proporcional al valor del todo, esto es, que la suma de los valores de las partes no sea sensiblemente inferior al valor del todo" (60).

Algunos hablan también de una indivisibilidad ideal, como en el caso de una biblioteca.

Esta clasificación tiene especial importancia en materia de condominio, donde puede pedirse la división jurídica de la cosa materialmente indivisible. También en materia de servidumbres, debe recordarse que estas no se adquieren ni se pierden por partes. En materia de obligaciones si se trata de una cosa indivisible sólo hay cumplimiento con la entrega del todo (no puede haber cumplimiento parcial con la entrega de partes). —Arts. 662 y 667 Código Civil—.

En cuanto a la división de un inmueble los copropietarios no pueden alegar usucapión de lo

(54) PUGLIATTI, op. cit., supra 17, p. 206.

(55) TRABUCCHI, op. cit., supra 47, p. 397.

(56) PLANIOL, op. cit., supra 26, p. 29.

(57) BIONDI, op. cit., supra 22, p. 94 y 95.

(58) SALA PRIMERA CIVIL, No. 304 de 8:05 hrs. de 12 de agosto de 1977.

(59) V. SANTORO PASSARELLI, op. cit., supra 25, p. 57.

(60) PUGLIATTI, op. cit., supra 17, p. 212 y TRABUCCHI, op. cit., supra 47, p. 397.

poseído por ellos; así lo ha establecido reiteradamente nuestra jurisprudencia:

"Si los actores y el demandado son dueños por partes iguales de una tercera parte cada uno sobre un inmueble, la división de la propiedad se puede llevar a cabo, pues no existe en este caso el impedimento que se da cuando el objeto es por su naturaleza indivisible; pero no podría aceptarse la petición del accionado, de que su parte en el lote se encuentra localizada desde hace muchos años y por eso debe respetarse, toda vez que ese pronunciamiento no podría hacerse en esta instancia, ya que tal división se llevará a cabo en ejecución de sentencia" (61).

"El derecho de copropiedad, en el sentir de la mayoría de la Sala, permite la división de un inmueble en cualquier tiempo, independientemente de la posesión que cada condueño ejerza sobre una determinada porción de ese bien (C.C. 270, 272)" (62).

"El demandado no puede oponer a la división material del inmueble, la posesión que como condueño ha ejercido de hecho por más de diez años, porque la posesión sólo es un medio para adquirir el dominio mediante usucapión" (63).

"Siendo los condóminos propietarios de partes alícuotas en el inmueble, los actos posesorios ejercidos por cualesquiera de ellos en determinada porción y aun sobre la finca indivisa en su totalidad, no son de carácter trascendente ni idóneo para consolidar el derecho de propiedad de un condueño con exclusión de los otros, pues no es legalmente posible invocar la prescripción" (64).

Esta división se puede pedir en cualquier tiempo, pues ningún propietario está obligado a permanecer en comunidad con su condueño (65). —Artículo 272 Código Civil—.

Igualmente, si se trata de una cosa indivisible, se puede pedir la división de su valor. "A las cosas indivisibles se equiparan las que no admiten cómo-da división y en ambos casos, si los condueños no

convienen en que se adjudique a alguno de ellos, reintegrando a los otros en dinero, se venderá la cosa y se repartirá el precio" (66). —Artículo 273 Código Civil—.

8) Según razones históricas de orden socio-económico: cosas muebles e inmuebles.

Desde un punto de vista meramente físico la distinción entre estas dos categorías es fácilmente apreciable y podría casi decirse que es intuitiva. Desde el punto de vista jurídico el criterio subjetivo de la movilidad tiene múltiples deficiencias. No siempre son coincidentes el criterio físico y el jurídico. Existen algunos bienes "muebles" que legalmente son considerados como inmuebles (sin embargo algunos autores siguen poniendo como fundamento de la clasificación la diversidad física (67).

La distinción tuvo sus orígenes históricos en la mayor relevancia social que ha tenido en las diversas épocas el factor tierra, razón por la cual se ha predispuesto para él un particular régimen con especiales manifestaciones en lo que se refiere a los aspectos formales y sustanciales de los actos de disposición sobre éste, lo mismo que en cuanto a otros aspectos relativos a su titularidad, por ejemplo los que tienen que ver con la identificación del bien; así, en cuanto a los inmuebles la identificación puede hacerse con los datos del Registro y con su situación, naturaleza y, sobre todo, linderos (68). Ya en las Doce Tablas encontramos, por ejemplo, un mayor tiempo de usucapión para los inmuebles respecto al existente para los muebles (69). La distinción llegó hasta el Derecho francés donde se hacía la diferencia entre las "heritages" (heredades) y los "cateaux", estando las primeras sometidas a especiales tutelas (70). "En esta época se revela el desprecio hacia la riqueza mueble con el principio "vilis mobilia possessio" que deter-

(61) SALA SEGUNDA CIVIL, No. 116 de 15:35 hrs. de 6 de mayo de 1977.

(62) SALA SEGUNDA CIVIL, No. 127 de 14:25 hrs. de 16 de abril de 1974.

(63) SALA SEGUNDA CIVIL, No. 98 de 14:30 hrs. de 12 de marzo de 1974.

(64) SALA PRIMERA CIVIL, No. 339 de 16 hrs. de 18 de octubre de 1974.

(65) TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, No. 526 de 16:35 hrs. de 6 de agosto de 1973.

(66) SALA PRIMERA CIVIL, No. 304 de 8:05 hrs. del 12 de agosto de 1977.

(67) Así lo hace SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene-ed. Napoli, 1970.

(68) SALA DE CASACION de 12:45 hrs. de 2 de febrero de 1912; de 15:50 hrs. de 6 de marzo de 1931 y No. 69 de 14:30 hrs. de 10 de agosto de 1960; SALA PRIMERA CIVIL, No. 502 de 8:20 hrs. de 14 de noviembre de 1976.

(69) BIONDI, op. cit., supra 22, p. 103 y RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Reus-ed. Madrid, vol. I, pág. 496.

(70) BIONDI, op. cit., supra 22, p. 105.

mina entre ambos grupos de cosas diferencias profundas inspiradas en la idea de una más amplia protección de la propiedad inmobiliaria" (71). "El Código se detiene en esta distinción a causa de que la propiedad inmobiliaria tuvo en el Derecho Intermedio y común un significado jurídico y político muy distinto de la mobiliaria; constituyó el fundamento del poder político; al dominio sobre inmuebles vino a unirse la jurisdicción del señor; se la miraba como única fuente de riqueza, en que surgió a su lado, poderosa rival, la riqueza mobiliaria" (72). A la propiedad territorial iba unida la dignidad y la importancia social de la familia (73). También en el Derecho germánico encontramos destacados los inmuebles por su especial función social.

Actualmente "sólo por inercia pueden seguirse considerando 'res viles' los bienes muebles" (74); la distinción ha perdido en parte su sentido dado que hay riqueza mueble de mayor importancia económica que la misma tierra. Por ello, desde el punto de vista socio-económico la distinción está desprovista de su significación tradicional. . . "surge la necesidad, que responde a la conciencia social del tiempo, de una clasificación de los bienes según su importancia" (75).

A pesar de estas observaciones el régimen jurídico derivado de estos factores históricos de orden socio-económico continúa teniendo vigencia. Así, existen requisitos formales mayores para un acto de disposición de un pequeño lote de terreno que para la disposición, por ejemplo, de una máquina computadora, de valiosos títulos o joyas. Estos ejemplos nos revelan la necesidad de una revisión del criterio tradicional.

Nuestro Código contiene múltiples reglas que reafirman la distinción:

En materia de forma (76) y publicidad (77) de los convenios traslativos o constitutivos de derechos reales sobre inmuebles existen formalidades especiales para la eficacia frente a terceros: deben inscribirse en el Registro Público (artículos 268, 459, 460, 462 y 463 del Código Civil), mientras que tales actos, cuando tienen por objeto bienes muebles no tienen estas formalidades (con algunas excepciones como en materia de autovehículos) y la eficacia del negocio opera a partir del traspaso material del bien (artículo 481 del Código Civil) (78).

Sobre este tema se han dado interesantes desarrollos jurisprudenciales:

"Respecto de bienes muebles rige el principio general de que el hecho de la posesión hace presumir el derecho mientras no se demuestre lo contrario, vale decir que el hecho de la posesión implica una presunción "iuris tantum" del dominio sobre los bienes muebles y de ahí que la tradición o efectiva entrega al adquirente de los bienes muebles tenga tanta trascendencia y sea tan necesaria para la efectividad y valor legal frente a terceros del convenio por el que se traspasan, como la causa misma" (79).

"... tratándose de bienes muebles, el título hábil a favor del poseedor lo constituye el hecho de la posesión y la presunción de propiedad que de él deriva cuando la cosa ha salido en forma voluntaria de quien reclama ser propietario, en tanto éste no demuestre que la cosa salió voluntariamente de su poder y pasó al del poseedor actual en virtud de un título de otra naturaleza" (80).

"... fue por el hecho de la posesión que se presumió su derecho de propiedad sobre las máquinas embargadas" (81).

(71) RUGGIERO, op. cit., supra 69, p. 497.

(72) BRUGGI, Biagio. Instituciones de Derecho Civil, UTEHA, México, 1946, p. 88.

(73) Así: COLIN Y CAPITANT, Curso elemental de Derecho Civil, Instituto ed. Reus, Madrid, 1961, vol. II, tomo II, p. 10.

(74) MESSINEO, Francesco, Manuale di diritto civile e commerciale, Giuffrè-ed., Milano, Vol. I, 1957, p. 388.

(75) BIONDI, op. cit., supra 22, p. 102. Sobre la creciente importancia de los bienes muebles v. SANTORO PASSARELLI, op. cit., supra 67, p. 61 y COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 73, p. 13.

(76) V. FALZEA, Angelo, Apparenza, Voci di teoria generale del diritto, op. cit., supra 15, p. 6 PUGLIATTI, Salvatore, Conoscenza e diritto, Giuffrè-ed., Milano, 1961, p. 4.

(77) PUGLIATTI, Salvatore, La pubblicità in generale, Giuffrè-ed., Milano.

(78) S. el tema SANTORO PASSARELLI, op. cit., supra 67, p. 60.

(79) TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 686 de 15:30 hrs. del 5 de octubre de 1973. En el mismo sentido: No. 896 de 15 hrs. de 18 de diciembre de 1973.

(80) SALA DE CASACION, 3:45 hrs. del 11 de mayo de 1933, No. 27 de 10:20 hrs. del 20 de marzo de 1959 y No. 72 de 16:15 hrs. de 7 de julio de 1965. SALA PRIMERA CIVIL, No. 471 de 10 hrs. de 5 de noviembre de 1976.

(81) SALA DE CASACION, No. 104 de 17 hrs. de 10 de setiembre de 1976.

Son múltiples los fallos que reafirman el principio de que la tradición es el momento de transmisión de la propiedad de los muebles:

"En cuanto a muebles, la tradición desempeña análogo papel al que tiene la inscripción en materia de inmuebles, de aquí que tratándose del traspaso de bienes muebles importa que la tradición se haya efectuado ciertamente para que valga y surta efectos legales en perjuicio de terceros" (82).

No siempre la tradición coincide con la entrega material, pues nuestra jurisprudencia ha venido admitiendo la categoría de la tradición ficta siempre que el convenio conste en escritura pública:

"Tratándose de traspaso de bienes muebles importa que la tradición se halla efectuado... esa efectiva tradición se realiza normalmente cuando el vendedor pone al adquirente en posesión de la cosa haciéndole entrega formal, o también de la manera ficta estatuida por la ley... Hay tradición ficta de bienes muebles, cuando el poseedor a título de dueño, no obstante traspasar la propiedad de los muebles continúa en la posesión de los mismos en virtud de un convenio posesorio con el comprador, como un arriendo, depósito o préstamo, pero en estos casos, para que haya tradición, es necesario que el convenio conste en escritura pública" (83).

En concreto se ha establecido, por ejemplo:

"No obstante que al practicarse el embargo en la casa del codemandado, el equipo de sonido secuestrado se encontraba ahí, está comprobado que la casa donde se verificó el secuestro la alquila, pues la paga la tercerista" (84).

Las implicaciones del principio son múltiples; así, las encontramos en materia de nulidad de re-

mate (85), pero sobre todo en materia de tercerías excluyentes de dominio; en estas últimas, nuestra jurisprudencia ha realizado particulares elaboraciones con relación a la fecha cierta (86) pero ha mantenido que no se configura la venta, aunque conste en escritura pública, sino a partir de la tradición (87).

Otras diferencias entre el régimen de los muebles y el de los inmuebles se encuentran en tema de reivindicación:

"En materia de muebles no procede la reivindicación contra el poseedor de buena fe, pues al hecho de la posesión de buena fe la ley une un efecto traslativo de propiedad y suprime en beneficio del poseedor el derecho de reivindicación del propietario cuando éste se ha desposeído voluntariamente" (88).

Se ha aclarado que:

"...sólo se acepta la reivindicación cuando la desposesión del propietario ha sido involuntaria y en dos casos concretos, cuando la cosa ha sido robada o perdida" (89).

La facultad de reivindicar los muebles, cuando se trata de títulos valores, cuando están en manos de terceros, no se rige por los principios contenidos en el Código Civil, sino en los abarcados en el Código de Comercio (artículos 714 y 716) pues estos son los que dan la seguridad que el tráfico jurídico exige (90).

En materia de inmuebles, en cambio existen reglas específicas para la reivindicación, como las relativas a la precisa identificación de la cosa (91).

Por otra parte, también encontramos reglas especiales para la usucapión en materia de inmuebles. La extinción del derecho de propiedad opera

- (82) TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL DE ALAJUELA, No. 1578 de 15:20 hrs. de 10 de octubre de 1974. También TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 758 de 8:15 hrs. de 3 de setiembre de 1976.
- (83) TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 896 de 15 hrs. de 18 de diciembre de 1973. También No. 672 de 14 hrs. de 20 de setiembre de 1974.
- (84) TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 872 de 16:15 hrs. de 7 de octubre de 1975.
- (85) TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 947 de 14 hrs. de 9 de diciembre de 1974.
- (86) TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 806 de 15 hrs. del 20 de noviembre de 1973.
- (87) TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 953 de 9 hrs. de 10 de diciembre de 1974; No. 40 de 9:50 hrs. de 11 de enero de 1978; No. 388 de 9:45 hrs. de 26 de mayo de 1976; No. 966 de 9:05 hrs. de 5 de noviembre de 1976; No. 537 de 10 hrs. de 2 de julio de 1976; No. 281 de 8 hrs. de 6 de mayo de 1977.
- (88) SALA PRIMERA CIVIL, No. 373 de 9:10 hrs. de 8 de noviembre de 1974.
- (89) SALA PRIMERA CIVIL, No. 471 de 10 hrs. de 5 de noviembre de 1976. SALA DE CASACION No. 104 de 17 hrs. de 10 de setiembre de 1976.
- (90) Así: SALA PRIMERA CIVIL, No. 68 de 9 hrs. de 10 de marzo de 1978.
- (91) SALA DE CASACION, No. 81 de 10:30 hrs. de 3 de agosto de 1954, Tomo II, segundo semestre, pág. 258; sentencia de 9:40 hrs. de 10 de octubre de 1945, II sem. tomo único, p. 691; 10 hrs. de 14 de octubre de 1938, II sem. tomo único, p. 1884; v. tamb. TRIMARCHI, Pietro, Istituzioni di diritto privato, Giuffrè-ed., Milano, 1973, p. 509.

como consecuencia de que otro haya obtenido la propiedad mediante la prescripción adquisitiva, modo de adquisición en el que se exige la concurrencia de una serie de requisitos, pues faltando uno solo de ellos ya no opera... y estos requisitos son: cosa hábil, es decir que sea susceptible de propiedad privada; que esté en el comercio de los hombres; justo título traslativo de dominio; buena fe; posesión y tiempo; y en cuanto a estos dos últimos, la posesión debe ser en calidad de propietario, continua, pacífica, pública y por más de diez años" (92). En concreto: "Se llenaron todos los requisitos que exige la Ley de Informaciones Posesorias, pues él era poseedor de buena fe con justo título, ya que los derechos de posesión los adquirió por compra de quien había ejercido en esa finca por más de cuarenta años, y al momento de la titulación tenía junto con su transmitente más de diez años de posesión pública, pacífica e ininterrumpida, a título de dueño, en el caso se operó la prescripción positiva que le permitió usucapir esa tierra en su favor, por lo que no existe justa causa que permita a la actora reivindicar dicha finca" (93).

También en materia de garantías encontramos diferencia entre la hipoteca y la prenda.

La prenda es referible sólo a los muebles y la hipoteca a los inmuebles.

"Sólo pueden ser materia u objeto del contrato de prenda, los bienes muebles, no la construcción de un edificio que es inmueble por naturaleza" (94).

En materia de venta de bienes de sujetos incapaces de actuar, el Código de Familia establece en su artículo 134 la regla de que "para ello será nece-

saria autorización judicial si se tratare de inmuebles o de muebles con un valor superior a diez mil colones" (95).

Existen también reglas especiales en materia de acciones posesorias; éstas se dan solamente en materia de inmuebles; por doctrina y regla legal la posesión de inmuebles, mediante los interdictos, está protegida coincida o no con la propiedad; "a este efecto la ley otorga al poseedor las acciones especiales, denominadas acciones posesorias, que sirven para mantener la posesión actual y momentánea cuando es perturbada, y, en su caso, para recobrarla cuando se ha sido despojado de ella" (96). "Los interdictos son unos juicios sumarísimos que tienen por objeto decidir interinamente sobre el hecho de la posesión, sin perjuicio del derecho de los interesados..." (97); en ellos "no se debe ventilar ninguna cuestión sobre propiedad o posesión definitiva y por ende no hay motivo para que afecten estos derechos" (98).

Igualmente, existen reglas especiales de orden tributario, como la Ley No. 3026 de 11 de setiembre de 1962 (99).

También en materia de administración de la tutela encontramos que los inmuebles no se garantizan (pero el tutor no puede disponer de ellos sin autorización judicial) (artículo 188 del Código de Familia), en cambio los muebles sí deben garantizarse por ser más fácil objeto de disposición (artículo citado, inciso 2) (100).

En materia de ausencia encontramos que los inmuebles del ausente no podrán enajenarse ni hipotecarse antes de la posesión definitiva (101), sino por causa de utilidad manifiesta declarada ante el Juez (artículo 58 del Código Civil).

Las cosas muebles, por otra parte, pueden ad-

(92) SALA PRIMERA CIVIL, No. 335 de 9 hrs. de 26 de octubre de 1973.

(93) SALA PRIMERA CIVIL, No. 263 de 9:10 hrs. del 15 de julio de 1977. V. con relación al tema SALA SEGUNDA CIVIL No. 341 de 14 de octubre de 1975. También de la SALA PRIMERA CIVIL No. 79 de 10 hrs. de 9 de enero de 1976.

(94) TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL DE ALAJUELA, No. 388 de 16:18 hrs. del 31 de marzo de 1975. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL No. 1055 de 10:20 hrs. del 28 de noviembre de 1975.

(95) V. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 1173 de 15 hrs. de 23 de diciembre de 1976; No. 228 de 13 hrs. de 22 de mayo de 1973; No. 151 de 9:45 hrs. de 23 de marzo de 1977.

(96) Código de Procedimientos Civiles, 307 y ss. y 653 y ss. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 664 de 9 hrs. de 11 de agosto de 1976 y 761 de 9 hrs. de 3 de setiembre de 1976.

(97) TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 808 de 15 hrs. de 22 de noviembre de 1973.

(98) TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 901 de 10 hrs. de 17 de octubre de 1975. Tamb. No. 405 de 10 hrs. de 9 de junio de 1975.

(99) SALA DE CASACION, No. 28 de 16 hrs. de 24 de marzo de 1976.

(100) V. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 73, p. 15.

(101) TRABUCCHI, op. cit., supra 47, p. 76, y BARASSI, Lodovico, Istituzioni di Diritto Civile, Giuffrè-ed., Milano, 1955, p. 100.

quirirse por ocupación, si se trata de "res nullius" o de "res derelictae" (artículo 485 del Código Civil). También pueden ocuparse las cosas perdidas siempre que pase un año a partir del encuentro de las mismas y éste se publique por tres veces en el diario oficial (artículo 501 del Código Civil).

Las anteriores son solamente algunas de las disposiciones concretas donde se refleja el diverso tratamiento que nuestro Ordenamiento da a los bienes, según sean muebles o inmuebles.

En las disposiciones generales encontramos una clasificación de los bienes inmuebles en dos grupos: los que lo son por naturaleza y los que lo son por disposición de ley. Así, en el artículo 254 del Código Civil se afirma que pertenecen a la primera categoría: las tierras, los edificios y demás construcciones que se hagan en la tierra, las plantas mientras estén unidas a la tierra y los frutos pendientes de las mismas plantas. En cambio, la segunda categoría comprende todo lo que está adherido a la tierra o unido a los edificios y construcciones de una manera fija y permanente. También se incluye en esta segunda categoría a las servidumbres y demás derechos reales sobre inmuebles; esta inclusión ofrece algunos interrogantes ya que se trata de situaciones jurídicas (efectos jurídicos) y no de objetos. Con esta bipartición se presenta una falta de correspondencia entre el dato jurídico y la realidad.

En doctrina se habla de otra categoría: los inmuebles por destino, que son aquellas cosas que siendo muebles por naturaleza, han sido establemente destinadas al servicio de un fundo; es necesaria una destinación actual (y no sólo intencional) y duradera.

Se habla también de "pertenencias" con relación a "cosas muebles físicamente independientes, cuyo destino permanente, en consonancia con las nociones generales de la vida, es el servir a los fines económicos de una cosa principal..." (102). Se ha aclarado, sin embargo, que puede haber pertenencias tanto de muebles como de inmuebles

(103). También en las pertenencias, al igual que en las universalidades, tenemos una pluralidad de bienes que es tomada en consideración por su utilidad unitaria. Sin embargo, esta hipótesis es diversa respecto a la universalidad patrimonial. Las utilidades siguen siendo las que son. Se trata de utilidades conexas unas al servicio de otras. Por ejemplo, hablamos de pertenencia cuando hay una utilidad de adorno, como cuando se agrega una estatua a un jardín. También hay utilidad propiamente de servicio, o funcional, como en el caso de un arado que se agrega a una finca. Tenemos en estos ejemplos una utilidad principal y una accesoria. Se produce una accesión jurídica por la que las relaciones que tienen por objeto la cosa principal afectan la accesoria.

Cuando la aptitud de los objetos para moverse o ser movidos no sea suprimida (por unirse a inmuebles o por destinación) nos encontramos frente a cosas muebles. Así, por ejemplo, son muebles las naves, los materiales viejos de una construcción, los frutos separados, etc. (104). Aquellos muebles que se mueven por sí solos (animales) se denominan "semovientes".

Algunos bienes muebles como los automóviles tienen un régimen especial de publicidad en lo que se asemejan a los inmuebles y lo que revela en parte la disminución de valor de la distinción tradicional (105).

9) Según su registrabilidad: cosas registrables y no registrables.

"La tendencia moderna es clasificar los bienes en registrables y no registrables" (106) en atención a que la diversidad de régimen depende en buena parte de este aspecto.

10) En particular sobre las universalidades:

"Constatado que un conjunto de elementos que tiene una determinada destinación, satisface un interés diverso u autónomamente relevante, respecto a los intereses individuales o a la suma de los

(102) Von THUR, Parte General del Derecho Civil, Juricentro, 1977, p. 60.
(103) PUGLIATTI, op. cit., supra 17, p. 244.
(104) V. RUGGIERO, op. cit., supra 69, p. 90.

(105) V. PUGLIATTI, op. cit., supra 17, p. 178.
(106) SALA PRIMERA CIVIL, No. 267 de 8 hrs. de 19 de julio de 1977. No. 98 de 8:25 hrs. de 23 de marzo de 1971.

y No. 591 de 8:15 hrs. de 30 de noviembre de 1971.

intereses, que serían satisfechos por los diversos elementos, considerados atomísticamente, se hace necesaria la protección jurídica del interés ligado al conjunto. . ." (107).

Tradicionalmente se incluyen dentro de esta categoría el rebaño o hato, las colecciones de museos, la herencia, etc. Esta "universitas" da lugar a una especie de unificación funcional.

Con relación a los ejemplos citados del rebaño y la herencia cabe hacer notar que a estas dos "universitas" se ligan dos aspectos de la articulación fundamental del concepto: al primero, la "Universitas corporalis", al segundo la "universitas incorporalis" o "iuris". La herencia aparece híbrida, cuando se presenta como "universitas mixta," esto

es, constituida por cosas corporales e incorporeales y pone en crisis la distinción (108).

Lo característico de la "Universitas" es que la unificación de los diversos elementos del conjunto, da vida a un nuevo objeto jurídico, entendido como centro unitario de atracción de una peculiar disciplina jurídica.

Sobre el tema ha expresado nuestra jurisprudencia: "Un ingenio constituye en sí una "universitas rerum distatium" o sea que aún cuando los componentes simples puedan conservar, cada uno de ellos su material independencia, hay un vínculo de unión que agrupa a los componentes simples formando en realidad un todo" (109).

BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO, Manuel, *Compendio de Derecho Civil*, Librería Bosch, Barcelona, 1970.

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Compañía Argentina de Editores, 1942.

BARASSI, Lodovico, *Istituzioni di Diritto Civile*, Giuffrè-ed., Milano, 1955.

BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.

BIONDI, Biondo, *Los bienes*, Bosch-ed., Barcelona, 1961.

BRUGGI, Biagio, *Instituciones de Derecho Civil*, UTEHA, México, 1946.

CAPITANT, Henri, *Vocabulario Jurídico*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973.

COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1961, Vol. II, tomo II.

DIEZ DIAZ, Joaquín, *¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?* Reus, Madrid, 1963.

FALZEA, Angelo, *Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè-ed., Milano, 1970.

FUNAIOLI-CARROZZA, *Principi di diritto privato italiano*, Pellegrini, Pisa, 1964.

JOSSERAND, Luis, *Derecho Civil*, tomo II, Vol. I, *Teoría general de las obligaciones*, EJE, Buenos Aires, 1951.

MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e*

commerciale, Giuffrè-ed., Milano, Vol. I, 1957.

MORA, Fernando, *Sociedad, asociación y cooperativa*. Revista de Ciencias Jurídicas. Escuela de Derecho, No. 16, noviembre de 1970, San José.

PLANIOL, Marcel, *Tratado elemental de Derecho Civil*, Los bienes, Ed. Cajica, México, 1955.

PUGLIATTI, Salvatore, *Beni e cose in senso giuridico*, Giuffrè-ed., Milano, 1962.

PUGLIATTI, Salvatore, *Conoscenza e diritto*, Giuffrè-ed., Milano, 1961.

PUGLIATTI, Salvatore, *La pubblicità in generale*. Giuffrè-ed., Milano.

RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Reus, Madrid, Vol. I.

SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas generales del Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.

TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 1971.

TRIMARCHI, Pietro, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè-ed., Milano, 1973.

UMAÑA-PEREZ, *Elementos del negocio jurídico*. Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, No. 12, Año III, junio de 1979.

Von THUR, Andreas, *Parte General del Derecho Civil*, Juricentro, San José, 1977.

WEILL, Alex, *Droit Civil, Introduction Générale*, Dalloz, Nancy, 1970.

(107) PUGLIATTI, op. cit., supra 17, p. 298.

(108) Así PUGLIATTI, op. ult. cit., p. 289.

(109) TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO DE ALAJUELA, No. 1104 de 9:40 hrs. de 7 de setiembre de 1973.