CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL #17.

Año V - No. 17 - Setiembre, 1980

Publicación trimestral

Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia.
San José, Costa Rica.

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

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

SUMARIO

Presentación 5

Sección I: Estudios.

Los actos procesales 9
Dr. Olman Arguedas Salazar.

La unificación del Derecho Privado en Italia 15
Dr. Gastón Certad M.

La separación de los poderes y las libertades públicas 19
Dr. Odilón Méndez Ramírez.

El problema de la transmisibilidad a los herederos de la acción para la reparación del daño moral sufrido por el difunto: soluciones doctrinales y de la jurisprudencia francesa al respecto y su solución en Costa Rica 33
Dr. Gerardo Calvo Picado.

La acción civil resarcitoria en la nueva legislación procesal penal 49
Dr. Luis G. Herrera Castro.

Algunas consideraciones sobre las medidas tutelares 59
Lic. Henry Issa El Khoury J.

Capacidad jurídica especial 67
Dr. Víctor Pérez Vargas.

Sección II: Reseña Legislativa Extranjera.

Notas sobre la regulación actual de la Corte de Casación y el recurso de casación en materia civil en la legislación francesa 77
Lic. Diego Baudrit Carrillo.

Sección III: Reseña Bibliográfica.

Metodología jurídica y sistema político. Elementos de una teoría constitucional II 81
Dr. Enrique P. Haba.

Sección IV: Información Normativa 83
Licda. Marcelina Zeledón Castillo.

Sección V: Pronunciamientos especialmente relevantes. 87
Lic. Juan Carlos Brenes Vargas.
José María Pereira Pérez.

Sección VI: La Ciencia al servicio de la Justicia.

Criterio para un límite legal máximo de alcoholemia en conductores 93
Dr. Carlos Matías González Lizano.

Sección VII: Jurisprudencia. 101
Digesto.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PRESENTACION

Al iniciar con este número el quinto año de vida de la Revista Judicial, brindamos a nuestros lectores estudios sobre temas de Derecho Procesal, Derecho Privado general, Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho de Menores.

Hemos dividido nuestra revista en secciones que, gracias a la asiduidad de destacados colaboradores, ya se han consolidado; ellas son, en el orden en que se ofrecen, Estudios, Reseña legislativa extranjera, Reseña bibliográfica, Información normativa, Pronunciamientos especialmente relevantes y Jurisprudencia. En esta ocasión tenemos el gusto de comunicar que, con la ayuda del **Dr. Carlos Matías González Lizano**, continuamos la tradición, que tuvo el antiguo Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia, de incluir trabajos especialmente dedicados al análisis de las relaciones entre Medicina y Derecho en una sección denominada "La Ciencia al servicio de la Justicia", de gran utilidad para los funcionarios judiciales en campos donde entra en juego la medicina legal. El trabajo que damos a conocer hoy se titula **"Criterio para un límite legal máximo de alcoholemia en conductores"**. Su autor, el Dr. González, Jefe de la Sección de Investigaciones Toxicológicas del Departamento de Ciencia Forense del Organismo de Investigación Judicial, analiza los efectos del alcohol sobre el sistema perceptivo, motriz y psíquico (tanto en lo emocional, como en las llamadas funciones mentales) con base en porcentajes, resultado de investigaciones de reputados autores que el Dr. González cita en su amplia documentación. El trabajo concluye con una interesante propuesta legislativa sobre el límite legal que conviene fijar con apoyo en los descubrimientos científicos.

Tenemos el gusto de presentar a la consideración de nuestros lectores el valioso estudio del **Dr. Olman Arguedas Salazar**, titulado **"Los actos procesales"**, utilizado en el curso de Teoría General del Proceso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. El autor acepta ahí la concepción voluntarista del acto jurídico y la aplica a la materia procesal para establecer la existencia de una forma (o modo de exteriorización) y de un contenido volitivo en ellos. Del acto distingue el negocio procesal que se caracteriza por la presencia de un acuerdo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Después de clasificar los actos procesales (de acción o de omisión, lícitos e ilícitos, de parte o del Juez) el Dr. Arguedas pasa al análisis de las formas procesales. Cabe destacar el mérito del uso de un concepto de validez general de forma, como modo de exteriorización, a diferencia del sentido tradicional que utiliza la expresión como sinónimo de formalidades. Plantea seguidamente el problema de encontrar un justo medio entre celeridad y seguridad, antes de pasar al tema de la invalidez de los actos procesales: la nulidad absoluta y la relativa, donde enfoca también la doctrina de la inexistencia, así como los medios (incidente, acción y recurso) a través de los cuales se puede alegar. Se pone particular atención a los recursos como procesos de impugnación, que se clasifican en ordinarios, extraordinarios y excepcionales. El estudio de las resoluciones judiciales (providencias, autos y sentencias) es otro de los temas centrales del trabajo del Dr. Arguedas. Finalmente, el autor desarrolla el tema de los actos procesales de los auxiliares del Juez (en particular los actos secretariales o de notificación).

En la Mesa Redonda organizada recientemente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, sobre la oportunidad de la reforma de nuestro Derecho Privado, el **Dr. Gastón Certad** disertó sobre **"La unificación del Derecho Privado en Italia"**. El autor nos relata y explica, en admirable síntesis, el fenómeno de la "comercialización del Derecho Civil" y las fuerzas que intervinieron en la promulgación de la nueva legislación, que concluyó con la idea de uniformar el Derecho Privado, para lo cual se tomó muy en cuenta la figura del empresario y el tema del trabajo. El autor nos presenta una descripción sistemática de la nueva normativa, anotando algunos de sus defectos, pero emitiendo finalmente una valoración positiva de la obra realizada por la legislación italiana.

Del **Dr. Odilón Méndez**, Director del Area de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, tenemos una importante contribución sobre **"La separación de los poderes y las libertades públicas"**. El autor enfoca el principio de la separación de poderes en distintos regímenes (presidencial, parlamentario, de asamblea). Se hace ver que "este principio no tiene la misma relevancia en los diferentes regímenes políticos contemporáneos". A pesar de ello, afirma que la división de funciones aparece como una garantía de la libertad y un límite a la arbitrariedad, sobre la base de las ideas expuestas por Montesquieu en "El Espíritu de la Leyes". Se refiere seguidamente el Dr. Méndez a las objeciones al principio de la separación de poderes. En Costa Rica, —observa— existe un sistema presidencial muy particular que tiene su explicación histórica en los sucesos de 1948; hace ver, sin embargo, un incremento de este poder con la ley denominada de "Presidencias Ejecutivas" y con la Ley General de la Administración Pública. El estudio analiza el papel del Presidente en la actividad legislativa, tanto en lo que se refiere a la iniciativa de las leyes como al veto. Del Poder Legislativo se exponen algunas limitaciones; entre ellas las que tiene en lo que se refiere a las consultas al Tribunal Supremo de Elecciones y a la Corte Suprema de Justicia; de sus relaciones con el Ejecutivo se destaca el voto de censura que tiene carácter moral, la interpelación a ministros y las comisiones de control parlamentario.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Del **Dr. Gerardo Calvo** ofrecemos **"El problema de la transmisibilidad a los herederos de la acción para la reparación del daño moral sufrido por el difunto"**, donde se analizan las soluciones que la doctrina y jurisprudencia francesas han ofrecido, así como la respuesta que se da en nuestro medio. La unificación jurisprudencial francesa se basa en la idea de que "el derecho a la reparación nace en el patrimonio del causante antes de su muerte, por lo que se transmite a sus herederos". En Costa Rica con otros argumentos se ha llegado a establecer los derechos de los herederos a indemnización por daño moral en caso de muerte. El estudio tiene amplias referencias jurisprudenciales nacionales y extranjeras por lo que tiene un gran valor práctico.

Del **Dr. Luis Guillermo Herrera Castro** presentamos **"La acción civil resarcitoria en la nueva legislación procesal penal"**. Expresa el autor que la nueva legislación se encuentra bajo la influencia de la Escuela Clásica, de modo que son las víctimas las que pueden escoger la vía para la obtención del resarcimiento: la vía civil ordinaria o la vía del proceso penal. Plantea la posible ineficacia de los dos sistemas tradicionales y la posibilidad de estructuración de uno nuevo nuestro. El autor realiza un análisis de los diversos interrogantes que plantea el tema, tales como la naturaleza de la acción civil resarcitoria (destacándose su carácter privado en cuanto al interés tutelado y a la disponibilidad) y describe algunos de los problemas que se presentan en cuanto a la independencia de la acción (donde se destaca la falta de claridad de nuestra legislación) y las reglas probatorias (donde lo que encontramos, más bien, es ausencia de regulación, por lo que el autor acepta la referibilidad de las reglas generales del Código de Procedimientos Civiles y las reglas del Derecho Procesal Civil en cuanto sean compatibles). Otros temas problemáticos estudiados son las excepciones, los embargos y tercerías, los incidentes, la litis consorcio, la legitimación, la actuación de las partes y el desistimiento. Propone finalmente el Dr. Herrera la necesidad de una solución mixta mediante la cual se permitiría a las víctimas coadyuvar al Ministerio Público. El planteamiento de este trabajo es esencialmente polémico, por lo que esperamos respuesta de los defensores del actual sistema.

El **Lic. Henry Issa El Khoury**, profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, participa con su trabajo **"Algunas consideraciones sobre las medidas tutelares"**, en el que plantea múltiples interrogantes y formula interesantes hipótesis, en aspectos como la responsabilidad, la aplicabilidad de la ley penal y la existencia de un sistema para los sujetos menores de diecisiete años que ajusten su conducta a lo establecido en las leyes penales. A partir de la culpabilidad, la antijuridicidad y la tipicidad y, en particular, del tema de la capacidad cognoscitiva y volitiva, analiza el problema de la imputabilidad, del cual considera diverso el de la "atribuibilidad", con respecto al cual habla de la importancia de fijar criterios para la medición técnica de la edad mental. Con relación a la teoría de la sanción, el autor encuentra elementos que justifican la aplicación de medidas preventivas y curativas a estos sujetos. Tales elementos son la peligrosidad y los conceptos de prevención social y terapia personal.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Se incluye también, dentro de la sección de estudios de este número, un trabajo sobre la llamada **"Incapacidad jurídica especial"**, donde se intenta la delimitación de la figura poco pacífica de la "capacidad jurídica especial" y se estudian los hechos que generan alguna forma de limitación determinando con ello la no referibilidad de determinados sectores del Ordenamiento a algunos sujetos.

Contamos una vez más con los aportes del **Lic. Diego Baudrit Carrillo** y del **Dr. Enrique Pedro Haba**, en las secciones de Reseña legislativa extranjera y Reseña bibliográfica, respectivamente. El primero se refiere a la regulación actual de la Corte de Casación y al recurso de casación en materia civil en la legislación francesa y el segundo a la obra de Friedrich Müller, Metodología jurídica y sistema político. Ofrecemos finalmente nuestras acostumbradas secciones de "Información normativa", "Pronunciamientos especialmente relevantes" y "Jurisprudencia".

Víctor Pérez Vargas.

******

Revista Judicial. Costa Rica. Año V, No. 17, setiembre 1980

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LOS ACTOS PROCESALES*

Dr. Olman Arguedas Salazar.

Cuando la realidad sufre diversas modificaciones en el devenir de la vida diaria, se encuentra como motivo de ellas un determinado suceso del que se considera como efecto aquella modificación de la realidad. Esto es lo que se llama hecho. Ahora bien, cuando ese hecho opera sobre una realidad jurídica, entonces el suceso recibe el nombre de hecho jurídico, pudiendo definirse éste como el suceso o acaecimiento en virtud del cual se crea, se modifica o se extingue una realidad jurídica *(Derecho procesal civil.* Jaime Guasp, tercera edición corregida, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1968, pág. 259). También dentro de la categoría general del derecho jurídico existen divisiones, pues, si ese hecho jurídico llega a modificar, a crear o a extinguir alguna de las relaciones jurídicas que componen la institución procesal, entonces estaremos en presencia de un hecho jurídico procesal. Dentro del concepto general de hecho jurídico hay un grupo de ellos que se caracterizan por ser la expresión de una voluntad humana y que se denominan actos jurídicos; se caracterizan estos porque en ellos interviene la voluntad humana creando, modificando o extinguiendo una relación jurídica. De allí resulta fácil captar el concepto de lo que sería un acto jurídico procesal, consistiendo éste en un acto o acaecimiento en el que interviene la voluntad humana, y por el cual se crea, modifica o extingue alguna de las relaciones jurídicas que componen la institución procesal. El acto procesal es, en consecuencia, una manifestación de voluntad con un fin determinado. Como tal consta de dos elementos: la forma y el contenido. El primero es el elemento objetivo, o sea, el modo de exteriorizarse esa voluntad; el segundo es puramente subjetivo y supone la existencia de un proceso sicológico. Actos procesales en sentido estricto serán entonces las manifestaciones de voluntad que importan el ejercicio de un derecho preexistente como la demanda, los recursos, las diligencias de prueba, etc. sin embargo se presentan en la realidad jurídica algunos actos que no son propiamente manifestación de una voluntad sino que se presentan en ellos más de una voluntad; tales son los llamados acuerdos y negocios procesales caracterizándose la primera figura porque las voluntades concurrentes no van dirigidas a un mismo fin, como sí ocurre en el negocio jurídico procesal, sino que por el contrario en el acuerdo la dirección de esas voluntades es individual. Podríamos citar como ejemplo de negocio jurídico procesal la transacción y el compromiso arbitral en donde, como fácilmente puede observarse, las voluntades concurrentes van dirigidas a un mismo fin. Como ejemplo del acuerdo podríamos mencionar la designación de un perito por ambas partes, porque si bien en este caso el medio de prueba es uno, lo cierto es que el acuerdo de las partes va dirigido a fines distintos. En el acto procesal existe pues una voluntad; y en el negocio y el acuerdo hay concurrencia de voluntades. Debe distinguirse el acto procesal constituido por una manifestación positiva, de aquel que lo constituye una manifestación negativa u omisión. Ejemplo del primer caso sería

* *Apuntes para el curso de* **Teoría General del Proceso** *de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la contestación de la demanda y ejemplo del segundo será la no contestación de la demanda. También correspondiendo a este punto de vista se les ha llamado actos voluntarios y actos involuntarios respectivamente.

Los actos voluntarios pueden subdividirse a la vez en actos lícitos e ilícitos siendo los primeros los que se ajustan a los dictados de la ley y los segundos una violación de la misma. Entre estos últimos podemos citar el falso testimonio, la demanda simulada, la confección de un documento falso. Los voluntarios lícitos son actos jurídicos porque producen la constitución, conservación, modificación o cesación de una situación jurídica en la relación procesal. Si no persigue esos fines no será acto procesal. Entonces desde este punto de vista, no sería acto procesal el otorgamiento de un poder.

Por su origen, se clasifican los actos procesales en actos de parte y actos del juez. El principal acto procesal del actor es la interposición de la demanda, que constituye el acto típico de iniciación procesal; como acto del demandado podemos contar a la contestación de la demanda, y el acto procesal más importante del juez lo constituye la sentencia. Entre ambos se producen una serie de actos que unas veces son propios, (ofrecimiento de pruebas) y otros comunes (participación en las diligencias de prueba). Asimismo, entre los actos del órgano jurisdiccional, unos pueden ser del juez y otros de sus auxiliares y subalternos (resoluciones del juez, práctica de un embargo por medio de un Juez Ejecutor, una notificación).

LAS FORMAS PROCESALES.

Es el modo de expresión de la voluntad. Desde este punto de vista, todos los actos tendrán una forma, unas veces necesaria para su existencia (ad solemnitatem) y otras veces para su constatación (ad probationen). Ejemplo del primer caso: las formalidades de la demanda; del segundo caso, los documentos para demostrar contratos por suma superior a doscientos cincuenta colones. Las formas pueden ser también un conjunto de ellas para dar valor a otro acto procesal. Aquí podemos referirnos a la absolución de posiciones, que supone una gestión de parte, una resolución del Juez citando al confesante, una notificación personal o por medio de cédula en su casa de habitación, y por último la comparecencia del confesante o su no comparecencia. Las formas también se refieren a la colocación del acto en el curso del proceso, esto es a los plazos o términos dentro de los cuales el acto debe ser realizado. Por ejemplo el ofrecimiento de pruebas en juicio ordinario de mayor cuantía debe hacerse dentro del plazo de diez días; la interposición de una apelación de un auto debe hacerse dentro del plazo de tres días, etc. (Actos de parte). Las resoluciones de los jueces deben ser dictadas en día hábil así como sus actuaciones deben ser realizadas dentro de su respectiva circunscripción territorial (Actos del Juez). En todos los tiempos se ha sentido la necesidad de las formas pero ellas han variado de acuerdo con la cultura de los pueblos. En Roma, por ejemplo, habían solemnidades de cuya observancia dependía el éxito del actor. Pero, en la actualidad han sido establecidas con carácter científico y sirven para la instrucción y resolución de los procesos. Podemos citar como ejemplo las siguientes: requisitos para la notificación, concesión de plazos para que el demandado conteste la demanda, igualdad de medios de prueba para ambos litigantes, requisitos formales de la sentencia, aportación de papel sellado al establecer incidentes, etc. Las formas tienen el inconveniente de que pueden producir atrasos en la tramitación y cuando son excesivas resulta sacrificado el derecho de fondo, para cuya realización han sido establecidas. Dos son los intereses que deben conciliarse: la celeridad y la seguridad. El actor desearía la máxima rapidez en la resolución del proceso, y el demandado por su parte desearía mayor amplitud para el ejercicio de su defensa y considera lesiva para sus intereses cualquier restricción a ese respecto. El problema radica en encontrar un término medio: celeridad con seguridad. La no observancia de las formas produce: a) la ineficacia del acto y b) el decaimiento del derecho. En el primer caso ocurre lo que se llama nulidad. El segundo ocurre cuando no se actúa en los plazos determinados por la ley. Por ejemplo, la no contestación del demandado importa el decaimiento de su derecho para hacerlo en adelante y la instancia seguirá su curso, previa declaratoria de su rebeldía, en tratándose de juicio ordinario. Asimismo la no interposición de un recurso significa el consentimiento de la resolución.

LA NULIDAD.

La nulidad es la sanción por la cual la ley priva a un acto procesal de sus efectos normales cuando

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en su ejecución no sean observadas las formas prescritas por la ley. Este concepto es provisorio porque la función de la nulidad no es asegurar el cumplimiento de formas sino el cumplimiento de los fines asignados a éstas por el legislador, lo que conviene aclarar para evitar confusiones.

En primer lugar es necesario distinguir entre acto inexistente y acto nulo. En el primero no se necesita el pronunciamiento judicial para que el acto deje de producir sus efectos; en el segundo se necesita el pronunciamiento judicial para que el acto deje de producir sus efectos y para hacer desaparecer los producidos. Ejemplo: una sentencia de divorcio pronunciada por un Gobernador. Cabe decir que esa distinción se hace doctrinariamente pues en nuestra ley no se habla de inexistencia sino únicamente de nulidad que, según las características que la misma revista, será absoluta o relativa. El ejemplo citado importa una nulidad absoluta puesto que constituye un acto jurídico llevado a cabo por un funcionario que no tiene competencia para ello.

CLASIFICACION DE LAS NULIDADES.

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico procesal las nulidades se dividen en absolutas y relativas, siendo el criterio que las distingue el perjuicio o indefensión. Si existe perjuicio o indefensión la nulidad será absoluta pudiendo entonces ser declarada de oficio por el Juez, mientras que la relativa sólo puede serlo a petición de parte y dentro del plazo que la ley indica. Chiovenda en sus Instituciones, dice que si la nulidad puede ser declarada de oficio, el acto es nulo; si puede serlo sólo a petición de parte el acto es anulable. Los divide pues, en actos nulos y actos anulables. Si la falta de un presupuesto puede ser relevada de oficio el acto en nulo; de lo contrario es anulable. Agrega que cuando la existencia de un determinado presupuesto o forma es de interés público, su defecto debe tenerse en cuenta de oficio, existiendo interés público no sólo cuando la forma o presupuesto se refiera a la separación de los poderes del Estado (competencia, jurisdicción) sino también cuando esa forma influye en el resultado final del proceso. ¿Cuándo es que una forma puede influir en el resultado del proceso, esto es, cuándo una forma es esencial en el acto? El establecer si es esencial o accidental es cosa difícil de determinar quedando entonces la solución a cargo del Juez; deberá indagarse entonces la voluntad del legislador que podría haber considerado esencial aquello que por sí mismo no lo sería.

Carnelutti en su obra Sistema distingue entre elementos esenciales o necesarios del acto y elementos accesorios o útiles. Considera esenciales la capacidad y la legitimación. Para este autor la omisión de un elemento esencial será causa de nulidad absoluta y la omisión de un accesorio lo será de nulidad relativa. Distingue también Carnelutti entre nulidad relativa y anulabilidad. En la primera el acto no produce efectos mientras no sea subsanado, por ejemplo un remate cuyo edicto no se publicó. En la segunda el acto produce sus efectos mientras el defecto no sea subsanado.

Para Satta en su obra Derecho Procesal Civil, después de distinguir entre acto inexistente y acto nulo, concluye en que tanto las nulidades absolutas como las relativas se convalidan si el acto ha alcanzado el fin para el cual se estableció. Guasp en sus Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil distingue entre nulidad absoluta y nulidad relativa, ocurriendo la primera cuando falta un elemento esencial y la misma puede ser declarada de oficio, pero cabe su convalidación por un acto posterior del Juez o de la parte. Si el requisito no es esencial, entonces ocurre la anulabilidad o nulidad relativa. El acto entonces puede ser no sólo convalidado sino que no puede ser invalidado sino a petición de parte.

Para Couture existen actos absolutamente nulos y actos relativamente nulos. La nulidad absoluta no puede convalidarse pero necesita ser declarada porque el acto nulo tiene una especie de vida artificial hasta el día de su invalidación. El acto relativamente nulo puede ser invalidado y puede ser convalidado por consentimiento expreso o tácito de las partes. Pero advierte que en el procedimiento no existen actos absolutamente nulos porque todas las nulidades pueden ser convalidadas.

Doctrinariamente podemos concretar los siguientes principios: 1) Son inexistentes los actos en los que la omisión de una formalidad haya impedido su configuración jurídica, aún cuando de ella no se ocasione ningún perjuicio a las partes. La inexistencia no necesita ser declarada y no admite convalidación. 2) El Juez debe declarar de oficio las nulidades esenciales o absolutas, entendiéndose por tales las que afecten el derecho de defensa en juicio, pero las partes pueden convalidar el acto expresa o tácitamente, por la ejecución de un acto posterior válido, antes de que se declare la nulidad.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3) Las nulidades accesorias o relativas serán declaradas únicamente a gestión de parte, entendiéndose por tales las que priven a éstas de un derecho procesal, pero las nulidades no serán declaradas sino se demuestra la existencia de un perjuicio.

¿COMO PUEDE ALEGARSE LA NULIDAD?

Entre nosotros la alegación de nulidad puede hacerse por tres medios: el incidente, la acción y el recurso. Si lo que se ataca es la estructura de un acto procesal que constituye una actuación del Juez, el camino a seguir es el del incidente de nulidad (nulidad de actuaciones). Si lo que se ataca es una resolución viciada de nulidad, ésta deberá alegarse al interponer el recurso que quepa contra dicha resolución. La acción de nulidad se establece cuando se quiera anular un proceso que no ha sido sustanciado en la vía ordinaria. Dicha acción de nulidad se tramitará pues, en la vía ordinaria. Sin embargo, existen legislaciones que admiten la excepción de nulidad, la cual no existe entre nosotros expresamente establecida.

LOS RECURSOS.

Para Guasp los recursos tienen como antecedente la impugnación del proceso, produciéndose entonces lo que él llama proceso de impugnación. La impugnación procesal responde a la idea de depuración del resultado de un proceso distinto. Para dicho autor la impugnación del proceso no es la continuación del proceso pues aquél tiene carácter autónomo. Es un proceso independiente con su régimen jurídico particular, es decir, con requisitos, procedimientos y efectos distintos del proceso a que se refiere, pero que guarda conexión con el principal. Este proceso de impugnación recibe el nombre de recurso.

CLASIFICACION.

Se clasifican en ordinarios, extraordinarios, y excepcionales. Los primeros son aquéllos que se producen con cierta normalidad derivando de ello una mayor facilidad con que el recurso es admitido y un mayor poder atribuido al órgano que lo resolverá. Entre ellos se encuentran comprendidos la revocatoria y la apelación; el primero lo resuelve el mismo órgano que dictó la resolución recurrida, y el segundo lo resuelve el Superior del órgano que dictó la resolución recurrida.

Los segundos, esto es, los recursos extraordinarios, son aquéllos en los que se exigen para su interposición, motivos determinados y concretos y en los cuales el órgano jurisdiccional no puede pronunciarse más que sobre aquellos sectores invocados en el recurso. Entre dichos recursos se encuentra el recurso de casación.

Los terceros, recursos excepcionales, son aquéllos que se caracterizan más bien como acciones impugnativas autónomas porque rompen la unidad del proceso para dar lugar a una nueva tramitación que no afecta tanto la firmeza de la resolución sino más bien su autoridad de cosa juzgada material. Entre esta clase de recursos se encuentra el recurso de revisión.

LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

Aparte de las actuaciones en las vistas y comparecencias, los actos fundamentales de los Jueces y Tribunales están orientados a la ordenación del curso y sentencias del procedimiento, recepción de pruebas, resolución de los negocios y ejecución. La dirección del proceso dentro del sistema de justicia rogada o de sujeción al principio dispositivo-controversial es un cometido fundamental del Juez y de la Sala de justicia. La principal facultad directiva de ellos consiste en dictar resoluciones que son necesarias para que el proceso comience, adquiera impulso y continúe su curso hasta el final. Estas resoluciones pueden ser llamadas de ordenación procesal u ordinatorias. Mediante las repetidas resoluciones, el órgano realiza el enjuiciamiento de los actos de las partes, admite o deniega sus peticiones y las proposiciones de prueba, y desde luego tanto en estas resoluciones como en las demás, los órganos jurisdiccionales hacen uso de las atribuciones y cumplen las funciones que son inherentes a la jurisdicción. (Leonardo Prieto Castro, *Derecho Procesal Civil*, Volumen Primero, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1972, págs. 537 y 538).

De acuerdo con nuestro ordenamiento procesal civil, la ordenación procesal se lleva a cabo mediante las resoluciones que dicho ordenamiento denomina providencias y autos. Providencias son resoluciones que tienen como finalidad exclusiva la ordenación y el impulso del proceso. Nuestro Código de Procedimientos Civiles no las define sino

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que al tratarse en el artículo 81 de las diversas clases de resoluciones, al referirse a las providencias se limita a decir que son las resoluciones de mera tramitación. De allí que siguiendo ese criterio expuesto por nuestro derecho positivo procesal civil, las providencias serán resoluciones meramente ordinatorias, y en consecuencia tienen por objeto impulsar el procedimiento, o, en otras palabras, dar a los autos el curso ordenado por la ley. Entre ellas se pueden citar: la audiencia sobre costas e intereses, un nuevo señalamiento para remate.

En relación con los autos, tampoco nuestro Código de Procedimientos Civiles construye una definición, sino que, por exclusión, los autos serán todas aquellas resoluciones que no son providencias ni sentencias. Sin embargo, doctrinariamente sí se puede diferenciar el auto de la providencia en el sentido de que aquél es una resolución que ha implicado en estudio valorativo de parte del Juez, es decir, ha ameritado un esfuerzo intelectual del Juez para la aplicación, interpretación o integración del derecho. Prieto Castro, en la obra que hemos citado ha dicho lo siguiente: *"Son autos las resoluciones que deciden incidentes o puntos que determinen la personalidad combativa de alguna de las partes, la competencia del juzgado o tribunal, la repulsión de una demanda, la admisión o inadmisión de las excepciones de la reconvención, la denegación del recibimiento a prueba o de cualquiera diligencia de ella, las que pueden producir a las partes un perjuicio irreparable y las demás que decidan cualquier otro incidente, cuando no esté prevenido que se empleé la forma de sentencia".*

En cuanto a formalidades relativas a unas y otras, nuestro Código Procesal Civil se preocupa únicamente, en cuanto a formalidades específicas, de las sentencias, estableciendo el artículo 84 las formalidades que debe tener el fallo; no establece nuestro ordenamiento procesal civil formalidades específicas en tratándose de providencias o de autos, debiendo simplemente observar estas dos clases de resoluciones, las formalidades generales establecidas en el mismo Código tales como el Juzgado o Tribunal que las dicta, el lugar, asiento del órgano jurisdiccional, hora, día, mes y año en que se dicta. No obstante, como los autos pueden referirse a un punto de alguna complicación, nada impide que esta clase de resoluciones puedan llevar como formalidad la formulación de un considerando (motivación). En cambio, las providencias, por su propia naturaleza, no tendrán más que las formalidades de carácter general.

Tocante a las sentencias el artículo 81 en su inciso 2) del Código de Procedimientos Civiles establece una categoría de ellas disponiendo que tienen el carácter de tales las resoluciones que deciden definitivamente las cuestiones debatidas, o si resuelven sobre excepciones perentorias, o sobre cuestiones incidentales que pongan término al principal objeto de la acción, por hacer imposible su continuación o reiteración. Las formalidades que deben tener las sentencias para gozar de validez están determinadas en forma expresa en el artículo 84 del Código de Procedimientos y que en términos generales se denominan: encabezamiento, resultandos, considerandos y por tanto. Los resultandos y los considerandos en conjunto pueden ser denominados cuerpo o motivación de la sentencia. Así, de acuerdo con lo dicho, las sentencias contendrán en forma precisa: los datos del tribunal, las partes y el negocio; los hechos y las razones jurídicas, y por último la decisión. Estas formalidades intrínsecas se refieren a los fallos de primera instancia pues, los de segunda instancia además de observar esos requisitos deben cumplirse también con otros trámites previos cuales son el estudio, la votación, y la redacción. Es obvio que estos últimos requisitos indicados se producen cuando la sentencia va a ser dictada por un tribunal colegiado. Hay otro requisito que debe observarse sólo en determinados casos cuando se trata de sentencias de primera instancia y es el referente a su publicación; ello ocurre cuando se trata de un demandado ausente y al cual debió nombrársele un representante ad lítem.

INVARIABILIDAD DE LAS RESOLUCIONES. LA ACLARACION Y LA ADICION.

Tanto las resoluciones ordinatorias como las sentencias finales vinculan al juez tan luego como se hayan firmado, por cuya razón no pueden variarse ni modificarse por quien las haya dictado. Ello es así porque de lo contrario no se realizaría el valor seguridad dando lugar, por el contrario, a que se produzca la inseguridad y la desconfianza, trayendo como consecuencia también que los procesos no terminarían si se permitiera por sí y ante sí modificar las propias resoluciones. Sin embargo, este principio no puede llevarse hasta sus últimas consecuencias pues la resolución puede estar viciada de oscuridades u omisiones; en esta hipótesis la ley concede acertadamente al juez la facultad de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

aclarar o adicionar las sentencias de oficio hasta el momento de que se entregue al Notificador el expediente respectivo, y a las partes el derecho de solicitar esas aclaraciones o adiciones dentro del término de tres días después de notificada.

Aunque el Código de Procedimientos Civiles no se refiere concretamente sino a las sentencias en cuanto a las aclaraciones y adiciones, en criterio del suscrito nada impide que se pueda adicionar o aclarar un auto o una providencia.

A la aclaración y a la adición puede conducir una sentencia incongruente. Pero, *"la congruencia debe ser entendida en sus justos límites. No significa una adaptación literal a los pedimentos, y menos a las palabras. Basta para cumplir el principio que el fallo guarde acatamiento a lo sustancial de lo solicitado, que sus declaraciones tengan la eficacia jurídica necesaria para que queden resueltos todos los puntos objeto de debate"* (Prieto, ob. cit.).

LOS ACTOS PROCESALES DE LOS AUXILIARES DEL JUEZ.

Cabe destacar en este aspecto, principalmente los actos secretariales y los actos de notificación. Los primeros están formados a su vez por un conjunto o subconjunto de actos denominados: actos de comunicación entre las partes y el juez o tribunal, actos de documentación, y actos de impulso procesal. Entre el primer subgrupo se encontraría la recepción de los escritos de las partes; en el segundo subgrupo se encontraría el acto de firmar las resoluciones con el Juez, Alcalde, Actuario, Agente, o Magistrados, levantar las actas de las diligencias, expedir certificaciones de piezas, custodiar los autos y documentos. Los actos de impulso procesal son en general todos aquellos que tienen como finalidad una función general auxiliadora del Juez o tribunal. Todos estos actos procesales secretariales en conjunto se encuentran comprendidos en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La notificación *"es el acto del órgano jurisdiccional destinado a comunicar a las partes o a cualquiera persona que deba intervenir en el proceso (testigo, peritos, etc.) una resolución del tribunal. Esta descripción revela que la notificación no es en sí acto procesal independiente, sino derivado de otro, y destinado a provocar uno ulterior (comparecencia, realización de determinada actividad, etc.)"*. (Prieto, ob. cit., págs. 579 y 580).

Nuestro Código de Procedimientos Civiles consagra las siguientes clases de notificaciones: por medio de cédula, que ocurre cuando la parte ha indicado oficina o casa para notificaciones; también cuando sea conocida la habitación de quien debe ser notificado por primera vez y no se le encuentre en persona. Notificación personal, que como su nombre lo indica se hace directamente a la persona que debe ser notificada. Notificación por el transcurso de veinticuatro horas, que se produce cuando la parte no ha hecho señalamiento de oficina o casa donde oír notificaciones: esas veinticuatro horas se cuentan a partir del momento en que fue dictada la resolución. —Notificación por medio del Boletín Judicial, que se lleva a cabo en determinados casos, por ejemplo, la sentencia cuando el demandado ha sido declarado rebelde, y no se le encontró para notificarlo personalmente—.

El ejemplo citado de notificación por el transcurso de veinticuatro horas es uno de los casos que contempla nuestra ley procesal civil, pues el artículo 95 del Código de la materia establece también otros casos que pueden presentarse. —Lo propio cabe decir en cuanto a las notificaciones por medio del Boletín Judicial al rebelde cuando no sea habido: el artículo 96 ibídem establece varios casos de resoluciones que deben ser notificadas en esta forma—.

******

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA UNIFICACION DEL DERECHO PRIVADO EN ITALIA

Dr. Gastón Certad M.

La entrada en vigor del ordenamiento corporativo en Italia con la ley del 3 de abril de 1926 sobre la disciplina de las relaciones colectivas de trabajo y la aprobación de la Carta del Trabajo del 21 de abril de 1927, favorecieron el encuentro entre dos tesis, sobre la codificación del Derecho privado, que se habían contrapuesto en el pasado: la de la unificación del derecho de las obligaciones, inspirada en la codificación suiza de 1881 e impulsada en un principio por Cesare Vivante y luego por Mario Rotondi, y la tendiente a la reconstrucción del Código de Comercio sobre la base de la empresa en sentido subjetivo y profesional, inspirada en el Código alemán de 1897 y propugnada por Lorenzo Mossa. Así mientras el ordenamiento corporativo fascista inclinaba la balanza hacia la tesis de Mossa, se notó que dicha posición no excluía que se pudiera dar un paso decisivo hacia la unificación del derecho de las obligaciones, a través de la inclusión en el Código Civil de las normas generales sobre las obligaciones comerciales, contenidas en el Código de Comercio vigente, fenómeno denominado "comercialización del Derecho Civil".

El Código Civil italiano de 1942 tuvo una formación progresiva y, en sus últimas fases, hasta un poco agitada. Después de la publicación del primer libro titulado "Sobre las personas y la familia" en 1938 y del segundo libro denominado "Sobre las sucesiones", en 1939, cuya elaboración requirió varios años, debía seguir la elaboración y publicación de los otros dos libros, el de la propiedad titulado "cosas y derechos reales" y el de las obligaciones y de los contratos, cuya base era el proyecto italo-francés de 1928. En este punto el ritmo de los trabajos se tornó vertiginoso y convulsionado. Por un lado presionaban confusas instancias políticas que querían hacer del código una expresión de las ideologías fascistas, introduciendo en él la concepción corporativa del Estado y de la economía; por el otro, se abrían paso exigencias técnicas que postulaban la necesidad de una armónica unión entre el espíritu de la codificación del derecho privado y los valores de la tradición jurídica italiana.

Es importante aclarar que mientras se estudiaba y preparaba la reforma al Código Civil, se realizaban también los trabajos preparatorios del nuevo Código de Comercio. El subcomité para la reforma del Código de Comercio fue presidido por Alberto Asquini, mientras que aquél para la redacción del libro de las obligaciones por Andrea Ferrara.

Los juristas italianos que intervinieron en esta segunda fase de los trabajos preparatorios del Código Civil se valieron de su educación cultural y de su experiencia técnica para impedir que prevalecieran, en la reforma de las materias patrimoniales, ideologías políticas, manteniendo al código en una posición de cauta renovación de sus instituciones, novedades que habían surgido con anterioridad e independientemente de la doctrina política fascista.

Cuando parecía próxima la sanción legislativa del proyecto de Código de Comercio, se abrió una restringida pero muy vivaz polémica política sobre la cuestión perjudicial de la autonomía del derecho comercial, tanto por parte de los seguidores de la corriente tendiente a instaurar un solo código de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las obligaciones, cuanto por parte de algunos propugnadores políticos de un código de la producción y de los intercambios o de un código de la economía corporativa; otros, por el contrario insistían en aprobar la reforma sin más discusiones. Esto indujo al Ministro Grandi a volver a examinar el plano general de la reforma.

Ante el peligro que acechaba de la desintegración de la codificación, el Ministro optó por renunciar a la autonomía formal del Código de Comercio, insertando el contenido del proyecto de Código de Comercio de 1940 en un esquema de código civil unificado que, además de contener los libros ya aprobados en el '38 y en el '39, debía ser completado con un nuevo libro destinado a la disciplina de la empresa comercial, de las sociedades comerciales y de la competencia, encuadrado en la disciplina general de la empresa y del trabajo. El nuevo libro titulado en un primer momento "De la empresa y del trabajo", y luego, en su texto definitivo, "Del trabajo", fue obra de un subcomité presidido por Alberto Asquini y fue promulgado, con los otros libros del código, mediante el Real Decreto del 16 de marzo de 1942, número 262.

Dichosamente se logró neutralizar el intento, apoyado por muchos, de codificar, a manera de introducción al Código Civil, los "principios generales" del "ordenamiento jurídico fascista", reconociéndose en su lugar, como fórmula de transacción, valor jurídico a la Carta del Trabajo de 1927, a la cual se atribuía con énfasis, pero sin una sustancial convicción, la eficacia de "principios generales del ordenamiento jurídico del Estado" útil para brindar "el criterio directriz para la interpretación y aplicación de la ley", reconocimiento que, dado el contenido de ese documento, resultó casi del todo inocuo.

Naturalmente que todo esto produjo también sus inconvenientes y, en particular, un cierto espíritu conservador en la legislación privada que se estaba elaborando.

Queriendo resumir entonces las fases finales de esta historia externa del Código Civil italiano del '42, podemos afirmar que mientras el libro de la propiedad ponía "sobre la mesa" el gran problema político-legislativo del derecho de propiedad y de la concepción que del mismo se consagraba en el código, paralelamente, en la reelaboración del Código de Comercio se planteaba el no menos grave problema de disciplinar la mejor forma de actividad económica, esto es, de la empresa, y, por último, en lo tocante a la formación del libro de las obligaciones y de los contratos, se planteaba el problema de la autonomía privada y sus límites. Lo que significaba que los aspectos técnicos habrían de ser superados por los políticos.

La idea salvadora fue entonces la de eliminar la duplicación de los códigos de derecho privado y hacer uniforme la disciplina de la materia civil y comercial. Se decidió, además, plantear la disciplina de la actividad económica, en todas sus formas (incluyendo la agrícola), desde el punto de vista subjetivo sobre la figura del empresario y, desde el punto de vista objetivo, sobre el concepto de empresa y sobre la noción de "azienda", y de dar, en el ámbito de esta disciplina, la mayor importancia al trabajo subordinado, que es uno de los elementos determinantes de la empresa. En el libro de las obligaciones se uniformó la disciplina de las dos materias, prevaleciendo la de las relaciones comerciales (comercialización del derecho civil); en el libro "Del trabajo" se regularon las actividades económicas, los sujetos, individuales y colectivos y los instrumentos de las actividades mismas; por último, en el libro titulado "De la tutela de los derechos" se colocaron una serie de instituciones de fundamental importancia: de la publicidad a las pruebas, de la responsabilidad patrimonial del deudor en su configuración estática (garantías, medios de conservación) y dinámica (ejecución forzosa) a los efectos sustanciales de la cosa juzgada y, por último, la prescripción, institutos aparentemente diversos pero realmente unidos entre sí teleológicamente, al tener todos una función instrumental dirigida a asegurar, preventiva o sucesivamente, la realización del derecho subjetivo. Fuera del código quedaron la letra de cambio y el cheque, leyes ya promulgadas en virtud y como consecuencia de la Convención de Ginebra de 1930; la quiebra y los demás procedimientos concursales, que serían objeto de una ley especial promulgada en el mismo año '42 y todo lo relativo al comercio marítimo, regulado en el Código de la navegación.

Para Alberto Asquini, la razón fundamental del cambio operado en el legislador fue su reflexión en la unidad del ordenamiento del trabajo, más que del ordenamiento corporativo en sentido político. Se quizo que el Código Civil se centrara sobre la tutela del trabajo y de la empresa (expresión también ésta del trabajo) y no sobre la propiedad (como estaba el Código Civil de 1865); y como las disciplinas del trabajo y de la empresa eran, en sus principios fundamentales, unitarias, según las exigencias de las economías organizadas de nuestros tiempos, la incorporación del Código de Comercio

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dentro del Código Civil estaba en la lógica de las cosas. A esto contribuyeron también las razones técnicas, argüidas fundamentalmente por Mario Rotondi, que empujaban hacia una unificación del derecho de las obligaciones (por el llamado fenómeno de la comercialización del derecho civil) y los fenómenos de la producción en masa y de la "estandarización" de los intercambios.

Según Rosario Niccoló, el diseño arquitectónico de la legislación privada italiana del '42 es excelente, pero el contenido de los cuatro libros del Código Civil no está a la altura de las intenciones y del grado de calidad técnica que hubiere sido posible alcanzar sin la excesiva rapidez que durante los primeros años de la segunda guerra mundial, le fue impuesta a los trabajos preparatorios. Errores, lagunas, escasa coordinación, desigualdad de estilo y de perspectiva de algunas normas, son defectos del trabajo de coordinación entre los distintos libros del código que, habiendo podido ser muy útil, dio resultados muy modestos por la frenética celeridad con que tuvo que trabajar el subcomité para que el código entrara en vigor la fecha establecida del 21 de abril de 1942. Por ejemplo, pueden notarse algunas manifestaciones de apego a la tradición que llevaron a mantener una disciplina, a veces minuciosa, de institutos históricamente superados (como el contrato de cuenta corriente, la renta perpetua o la anticresis) o que no ameritan absolutamente una disciplina especial (como el comodato o el secuestro convencional); se pueden además apuntar lagunas en la disciplina de institutos de notable importancia (como en los contratos bancarios y en la empresa agrícola); contradicciones entre ciertas premisas generales y ciertas soluciones concretas (como la disciplina de los actos realizados por los incapaces que es incompatible, en ciertos aspectos, con la disciplina general de los vicios del contrato); abundancia de definiciones y de fórmulas escolásticas; etc.

Empero, a pesar de todo esto, del código, desde el punto de vista técnico, debe darse un juicio positivo. Basta recordar la coherencia y la eficacia con las cuales se ha querido realizar "la tutela de la confianza"; el esfuerzo tendiente al logro de instrumentos idóneos para asegurar la tutela del contratante más débil frente al más fuerte; la tendencia a asegurar, dentro de la relación contractual, un equitativo balance de los intereses, a través de la buena fe, la corrección y la equidad como normas de conducta; la normativa en tema de posesión, sobria pero al mismo tiempo límpida y precisa. Hasta la misma unificación de la disciplina de las obligaciones civiles y comerciales fue realizada con garbo y medida, pudiéndose apuntar, como único defecto tal vez, el haber sacrificado aquella riquísima fuente normativa, subsidiaria pero autónoma, representada por los usos, que hoy no tienen en Italia la importancia que tenían en el abrogado Código de Comercio de 1882.

Ahora bien; el juicio sobre el Código Civil italiano del '42 no depende sólo de los innegables progresos técnicos que pudo haber efectuado respecto a la legislación anterior y, ni siquiera, de su sugestivo diseño sistemático, sino, principalmente, de la vitalidad de las ideas fundamentales que constituyen su substrato y sus cimientos y del grado de exactitud con el cual aquellas ideas han sido interpretadas y traducidas en fórmulas jurídicas.

En los años en que el código se redactó, las viejas ideas estaban gastadas y superadas, pero no estaban aún maduras las nuevas, aquellas que podían constituir el fundamento del derecho del mañana: la crisis del derecho de propiedad napoleónico era ya advertida por sociólogos, políticos, filósofos y juristas, algunos de los cuales veían más bien la crisis del derecho subjetivo, y se comenzaba a hablar de la necesidad de reconocer una función social de la propiedad, al menos en relación con algunos bienes; muchos comenzaban a distinguir, de la categoría general de las pertenencias, situaciones jurídicas distintas (como, por ejemplo, los derechos de autor, el derecho de la marca, a la "azienda", etc.); muchos empezaban a indagar aquel proceso de movilización de la riqueza dirigido a producir una devaluación (ideal) de la propiedad inmobiliar y un ascenso vertiginoso de la propiedad mobiliar. El Código Civil italiano del '42, no ignoró estos claros síntomas.

Nos queda un último aspecto por considerar. El desarrollo de la economía y de sus estructuras ha relegado a segundo plano, bajo el aspecto social, la actividad de goce del propietario frente a la actividad productiva del empresario, que organiza para ello los bienes y los servicios que a dicho fin pueden ser destinados. De esta constatación surgió la categoría jurídica de la empresa que el Código Civil italiano del '42 puso al centro del libro quinto.

Es cierto que la disciplina no es completa, ni tampoco muy fiel a la realidad económica: falta una adecuada consideración de la empresa agrícola y de la empresa pública; no se tuvo presente, lo suficiente, que el aspecto subjetivo de la gran empresa, organizada generalmente como sociedad anónima, merecía una consideración más atenta en

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cuanto a ciertas figuras de dicha sociedad (mayor protección a minorías, etc.); todo esto —y algunas cosas más— es indudablemente cierto; pero lo que realmente cuenta es que, por vez primera, el instituto jurídico de la empresa, como situación objetiva regida por el empresario, se coloca en el centro del sistema del derecho privado. Propiedad y empresa, como categorías paralelas, constituyen, junto a la categoría complementaria del trabajo, los filones fundamentales del Código Civil italiano del '42 y bajo este ámbito representan, creo yo, los aspectos primarios de la organización social y de la estructura económica italianas. No se trata de una meta alcanzada sino de un punto de partida, ya que el código contiene los temas esenciales para llevar en la dirección justa, el curso futuro de la experiencia jurídica italiana. El motivo verdadero y fecundo de la unificación del derecho privado en Italia está todo aquí, así como ha quedado plasmada en estas líneas, la verdadera importancia del Código Civil italiano de 1942.

******

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA SEPARACION DE LOS PODERES Y LAS LIBERTADES PUBLICAS*

Dr. Odilón Méndez Ramírez.

CONTENIDO:

Sección I. La teoría de la separación de poderes 20
1. El principio de la separación de poderes. 20
A. El régimen presidencial. 21
B. El régimen parlamentario 22
C. El régimen de asamblea. 22
2. Las objeciones al principio de la separación de los poderes. 23
A. La crítica del principio de la separación de los poderes 23
B. La negación del principio de la separación de poderes. 24
Sección II. La separación de funciones en Costa Rica 24
1. El Poder Ejecutivo. 25
A. Las características principales del Poder Ejecutivo 25
1. El debilitamiento del Poder Ejecutivo 25
2. El Poder Ejecutivo es compartido con los Ministros y el Consejo de Gobierno 25
3. La suspensión de las libertades públicas 26
B. Las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. 27
1. El Poder Ejecutivo y la iniciativa de las leyes. 27
2. El Poder Ejecutivo y el derecho de veto 28
2. El Poder Legislativo 28
A. Las limitaciones del Poder Legislativo 29
1. Las limitaciones impuestas al Parlamento en materia electoral 29
2. Las limitaciones del Parlamento en cuanto a la aprobación de leyes relativas al Poder Judicial 29
B. Las relaciones del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo 29
1. La moción de censura. 30
2. La interpelación de Ministros. 30
3. Las comisiones de control parlamentario 30
Conclusión. 31

* *Se utilizará la denominación de "separación de poderes" y de "separación de funciones" indistintamente, aunque la última expresión es técnicamente la más apropiada.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

LA SEPARACION DE LOS PODERES Y LAS LIBERTADES PUBLICAS

Esta técnica constitucional conocida desde Aristóteles, estudiada posteriormente por John LOCKE y perfeccionada por MONTESQUIEU, constituye un instrumento organizativo y limitante del poder político. La positivación de este principio de la separación de funciones la encontramos inscrita en el texto de cada Constitución liberal. Su existencia incide en la determinación de los diversos regímenes políticos y constituye un presupuesto estructural básico del régimen de las libertades públicas.

Sin embargo, este principio no tiene la misma relevancia en los diferentes regímenes políticos contemporáneos. En las democracias populares la soberanía tiene una significación distinta a la acordada en las democracias occidentales. En aquéllas, la soberanía sirve a la concentración del poder en un mismo órgano político.

Por ello conviene analizar el contenido diverso de la separación de poderes o funciones y las consecuencias de su aplicación en la organización del poder estatal.

SECCION I. LA TEORIA DE LA SEPARACION DE PODERES

No existe en el mundo actual, Estado alguno que presente una estructura monolítica del poder. El funcionamiento racional del poder implica la lógica división de las tareas del Estado. No queremos significar con ello que el ejercicio de las distintas funciones estatales ocurra en forma enteramente independiente en todos los regímenes políticos.

Una cosmovisión política permite apreciar diferentes aplicaciones y concepciones de esta técnica constitucional. La oponibilidad de los sistemas liberal y marxista muestra cuán diferente es la valoración que se le atribuye a la división de las funciones jurídicas del Estado.

Para los liberales la separatividad de las funciones constituye una garantía insustituible de la libertad. Para los marxistas la concentración del poder en un órgano representativo del pueblo, corresponde al principio revolucionario de redención del proletariado.

Este preámbulo motiva la búsqueda de la significación del principio de la separación de funciones para una mejor comprensión de su esencia.

1. EL PRINCIPIO DE LA SEPARACION DE LOS PODERES.

La propia naturaleza humana de los gobernantes induce a excesos en el ejercicio de las funciones públicas. El poder absoluto produce una deforme gestión gubernamental y ocasiona la violación de derechos y libertades esenciales. La constatación histórica de esta tendencia hacia el absolutismo del poder ha inducido la reflexión filosófica a la racionalización de fórmulas protectoras del gobernado. Aparece de esta forma la división de funciones como una garantía de la libertad y un límite a la arbitrariedad.

En "El espíritu de las leyes" MONTESQUIEU desarrolló el principio de la separación de funciones. La Historia nos revela que este principio nace dialécticamente de la lucha organizada por la burguesía contra el feudalismo. El monarca, titular de todos los derechos, reúne en sí las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales. La concentración de todo el poder conduce a la irrevisibilidad de las decisiones reales y, en consecuencia, a la inexistencia de institutos procesales para la defensa de los súbditos lesionados en sus derechos y libertades.

La lucha de la burguesía tiene por propósito preservar las libertades e instaurar un sistema democrático de poder. El pensamiento liberal niega todo principio de unidad del poder y propone una tríada de funciones para su división. Esta última proposición la establece MONTESQUIEU:

> *"Cuando en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados el Poder Legislativo está unido al Poder Ejecutivo, no hay libertad porque se puede temer que el mismo Monarca o el mismo Senado haga leyes tiránicas para ejercerlas tiránicamente. No hay libertad si el poder de juzgar no está separado del Poder Legislativo y Ejecutivo. Si el Poder Judicial estuviera junto al Poder Legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario porque el juez sería legislador. Si el Poder Judicial estuviera junto al Poder Ejecutivo, el juez podría tener el poder de un opresor* (1)".

(1) Citado por M. LAVROFF (Georges), Les libertés publiques en Union Sovietique, París, L.G.D.J., Ediciones A. PEDONE, segunda edición, 1963, p. 89.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Conceptuada así la separación de funciones, observamos la innegable importancia que tiene ésta en la preservación de la libertad y en la estructuración del régimen democrático. En efecto, la divisibilidad de funciones impide que uno solo de los órganos del Estado, ejercite su poder en detrimento de la esfera jurídica de los ciudadanos. Teóricamente el sistema democrático también resulta beneficiado. Los detentadores de los poderes legislativo y ejecutivo, en nuestro medio, son designados por medio del sufragio universal cada cuatro años. El ciudadano tiene diferentes opciones al elegir a sus gobernantes. No obstante, la formación de la voluntad electoral es determinada por los mecanismos modernos de alienación. El sufragio se convierte por este motivo, y para una mayoría importante de sufragantes, en un acto formal desposeído de conciencia.

La separatividad de las funciones permite un cierto equilibrio entre los órganos estatales que se controlan recíprocamente. En determinados países la división de funciones implica mayores limitaciones en el ejercicio independiente de potestades, por cuanto la ley o la Constitución establecen subdivisiones en su interior. Por ello el Poder Legislativo adopta el sistema bicameral y el Poder Ejecutivo tiene sus atribuciones repartidas en dos o más órganos.

Esta estructuración de las funciones estatales implica una fragmentación ostensible en el ejercicio del poder político y una delimitación evidente de la arbitrariedad.

En el estudio de la separación de funciones se puede pasar progresivamente de una estricta aplicación, a una aplicación atenuada de este principio. En esta última hipótesis, en lugar de concluir el proceso en la separación de poderes, se puede llegar a su unidad.

Como consecuencia de la aplicación de este principio podemos señalar tres regímenes políticos: el régimen presidencial, el régimen parlamentario y el régimen de asamblea.

A. EL REGIMEN PRESIDENCIAL.

La separación de los poderes consiste no solamente en una división del trabajo estatal, sino también en el mantenimiento de una cierta independencia entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Nacido en los Estados Unidos de Norte América en 1787, el régimen presidencial es una transposición republicana del régimen monárquico limitado de Inglaterra. El régimen presidencial busca el establecimiento de un equilibrio entre los poderes a fin de salvaguardar mejor la libertad. Sin embargo, considerado en la práctica, la aplicación pura de esta técnica habría conducido ineluctablemente a la parálisis institucional. Si en los Estados Unidos el régimen presidencial ha podido funcionar es porque inicialmente se consideraba que el presidente no debía gobernar y porque se buscaba hacer funcionar un sistema federal. Es así como la síntesis del contexto político-social americano, a la vez liberal y federal, ha permitido la viabilidad de un sistema político que en otras latitudes se ha convertido en presidencialista.

En los Estados Unidos se pensaba que un presidente elegido a dos grados (prácticamente en sufragio universal) tenía, en razón de su origen, la misma legitimidad que el Parlamento, lo que le permitiría oponerse a los excesos de una Asamblea elegida por sufragio universal. De este equilibrio entre los poderes ejecutivo y legislativo y de una cierta impotencia del Presidente, al menos en teoría, los Estados-miembros creían garantizadas las prerrogativas del federalismo.

Sin embargo, el Poder Ejecutivo, cuyo órgano preeminente es el Presidente, ha llegado a ser particularmente poderoso. Es imprescindible analizar, en consecuencia, las relaciones que se establecen entre los diversos poderes en este sistema, las cuales garantizan la libertad de los ciudadanos.

Es necesario, primero, examinar las relaciones entre el poder ejecutivo y el poder legislativo. En principio estos dos poderes deberían ejercer sus competencias sin que haya ingerencia entre ellos, lo que podría conducir al inmovilismo político. El Parlamento, dentro de esta organización de los poderes, podría obstaculizar el desarrollo de la política general del ejecutivo. Ante tal situación el Presidente, que no dispone del derecho de iniciativa de las leyes, puede actuar haciendo uso del recurso al derecho de veto. Este derecho de veto le otorga, en realidad, cierta autonomía respecto del Congreso quien no puede inmiscuirse libremente en el dominio administrativo. Cada vez que el Presidente utiliza su derecho de veto, el Parlamento debe, para que la ley sea aplicable, votar el mismo texto legal con una mayoría calificada de dos tercios del total de sus miembros, lo que hace difícil su aprobación. Si la ley es aprobada por esta mayoría, ella entra en vigencia cualquiera que sea la voluntad expresada por el Presidente.

En lo que concierne a las relaciones entre los poderes legislativo y judicial, la situación es dife-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rente. Mientras que el Parlamento no puede modificar las decisiones judiciales que tienen fuerza de cosa juzgada, el poder judicial, al contrario, sí puede controlar las leyes del poder legislativo, cuando las mismas resulten contrarias a la constitución. La Corte Suprema de los Estados Unidos, en efecto, está provista de poderes importantes que limitan verdaderamente el poder legislativo, y que le permiten asegurar la independencia de su justicia. Declarando inconstitucionales las leyes que se oponen a la Carta Fundamental, la Corte ejerce solamente una acción de control sobre los textos legales, aunque muchos hablan de un "gobierno de jueces" en los Estados Unidos.

Por medio de este equilibrio funcional y orgánico del régimen presidencial, el poder estatal está, en alguna manera, debilitado y el individuo puede beneficiar de la salvaguardia de las libertades.

Paralelamente a este sistema presidencial de separación de funciones encontramos un sistema de colaboración de poderes, que es el régimen parlamentario.

B. EL REGIMEN PARLAMENTARIO.

El régimen parlamentario tiene su origen en Inglaterra. Se busca con este sistema cierta paridad entre los poderes legislativo y ejecutivo, la colaboración entre estos dos poderes, y también la existencia de medios de acción recíprocos (2). El rasgo esencial de este sistema es el predominio de la institución parlamentaria.

Este gobierno parlamentario tiene una particularidad notable: el Gobierno o el Consejo de Ministros es diferente del Jefe de Estado. Este último es el monarca en una monarquía o el presidente en una república. En el primer caso, el monarca reina pero no gobierna; es decir que la decisión ejecutiva corresponde al gabinete.

Es necesario observar que el gobierno es responsable ante el Parlamento que puede destituirlo por medio de un voto de desconfianza. Tal procedimiento permite al Parlamento controlar el Poder Ejecutivo, quien puede a su turno disolver el Parlamento y ordenar nuevas elecciones. En consecuencia, el gobierno, por voto de desconfianza, puede tener un periodo muy corto de vigencia; asimismo el Parlamento puede renovarse, si se disuelve. Todo ello permite una mayor participación de los electores quienes pueden cambiar la composición del Parlamento y, de esa manera, sustituir el gobierno. El pueblo ejerce siempre un control sobre sus gobernantes. Por otra parte, el gobierno surge del Parlamento. Por ello se le denomina "sistema parlamentario". El Jefe del Gobierno es, ante todo, un líder parlamentario y eso le otorga características distintas del Jefe de Estado, del Sistema Presidencial y del Parlamentario.

La importancia de los partidos políticos, como estructuras organizadas, es mayor, y las coaliciones entre los partidos son frecuentes. La posibilidad de que el gobierno caiga y que el partido político no cuente con mayoría suficiente en el Parlamento, obliga a los partidos políticos a una acción política mayor.

Si se disuelve el Parlamento y determinado partido desea continuar en el poder, debe ganar la mayoría de los escaños, y ello exige una aceptación popular, lo que, en definitiva, hace del sistema parlamentario, un sistema de mayor consistencia democrática. Sin embargo, tiene el inconveniente de que puede degenerar en inestabilidad institucional, cuando las llamadas "crisis parlamentarias" se dan con demasiada frecuencia.

De lo expuesto sobre este sistema podemos observar una cierta igualdad y estabilidad entre los poderes legislativo y ejecutivo. Debemos agregar que el Parlamento, gracias a las relaciones de fuerzas políticas que se manifiestan en su seno, está en medida de discutir más ampliamente sobre el régimen jurídico de la libertad y de sus garantías. Es decir, que en una estructura ideológica variada, es posible conciliar criterios respecto de leyes que regulan libertades públicas.

Queda por examinar el caso en el cual no existe ninguna división de poderes: el régimen de asamblea.

C. EL REGIMEN DE ASAMBLEA.

Este sistema fue aplicado por primera vez durante la Revolución Francesa y precisamente en el momento del gobierno jacobino. En este sistema de asamblea, los poderes legislativo y ejecutivo están reunidos bajo el control del Parlamento. En realidad, es imposible hablar aquí de separación de poderes, pero sí de unidad de poderes.

Según LUKIC *"Este sistema apareció durante la revolución como expresión de una democracia más completa, o para poner todos los poderes en las manos del Parlamento, por ser el órgano más democrático en el seno del Estado. Es por esta*

(2) BURDEAU (George), Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, París, sexta edición, L.G.D.J., 1974, p. 146.

razón que este sistema es sobre todo apropiado para los regímenes revolucionarios o largamente democráticos. Su carácter esencial es el de reunir los poderes legislativo y administrativo en las mismas manos, sobrepasando en este dominio el régimen parlamentario y esto en provecho del parlamento" (3).

En efecto, son los regímenes socialistas, fundamentalmente, los que hacen funcionar este sistema de asamblea en la práctica. Para los socialistas la separación de los poderes en las democracias liberales produce un aumento en el poder del ejecutivo, representante de la burguesía.

En este sistema de asamblea, el Parlamento llega a ejercer formalmente el poder atribuido normalmente al ejecutivo. No existe en esta estructuración del poder político ni Jefe de Estado, ni Jefe del Gobierno, lo que conduce a hacerse la pregunta sobre el grado de unidad de los poderes.

En sentido estricto, existe unidad de poderes cuando un solo órgano o bien una serie de órganos estructurados jerárquicamente ejercen las funciones de los tres poderes. En realidad, este fenómeno es muy raro y se le encuentra en los Estados poco evolucionados, o bien, en los Estados que comienzan apenas su organización. Sin embargo, en el sentido largo del término, la unidad de los poderes existe si funcionando separadamente, dos de los poderes están sometidos a un tercero.

Por otra parte, este sistema plantea el problema de que las Asambleas son, por esencia, órganos inejecutivos e ineficientes, en virtud de su procedimiento para tomar decisiones que consisten en largas discusiones. Ello se resuelve en la creación de comisiones o de comités, que ejecutan las decisiones de estas Asambleas. Se dan dos opciones: o el sistema resulta ineficaz y de poca duración, o este régimen, evolucionado hacia un fuerte poder de una de las comisiones como en efecto sucedió, en el caso de la Comisión de Salud Pública dirigida por Robespierre, quien se convirtió en el centro del poder.

2. LAS OBJECIONES AL PRINCIPIO DE LA SEPARACION DE LOS PODERES.

Luego de esbozado brevemente el principio de la separación de los poderes y la forma en que este principio se manifiesta cualquiera que sea el sistema adoptado, nos corresponde examinar su crítica. es útil recordar que la negación de este principio constitucional es formulada por los regímenes socialistas y particularmente por la Unión Soviética.

A. LA CRITICA DEL PRINCIPIO DE LA SEPARACION DE LOS PODERES.

Se origina sobre todo en los teóricos soviéticos. Ellos consideran que la separación de los poderes no existe realmente en las democracias occidentales que no conocen otra cosa que la dictadura del Poder Ejecutivo. La presentación del poder dividido en tres funciones y representadas éstas por tres órganos que las ejercen separadamente, disfrazan ciertamente la opresión que ejerce la clase burguesa. En efecto, cuando la teoría política liberal delimita las competencias de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, no hace otra cosa que limitar los derechos del Parlamento, órgano representativo del pueblo.

La crítica soviética reposa así, tanto sobre el régimen presidencial como sobre el régimen parlamentario.

Por lo que corresponde al régimen parlamentario, se observa que es un régimen dominado por el Poder Ejecutivo. Esto en razón misma de la estructura del régimen parlamentario, en donde el Poder Legislativo está subordinado al Ejecutivo quien controla la legislación.

En cuanto al régimen presidencial, representado por los Estados Unidos de América, el principio de la separación de funciones se enfrenta, dicen los críticos soviéticos, a una realidad que lo contradice. El Presidente puede —agregan ellos— obtener la mayoría en el Parlamento y conducir así la política que él considera la mejor. De esta manera él puede participar en la función legislativa a través de su mayoría.

Si esta crítica es válida en principio, ella no puede ser generalizada a todas las situaciones. En efecto, en los Estados Unidos la disciplina de voto no es respetada prácticamente, lo que restringe un poco la acción dirigida por el Ejecutivo.

Los soviéticos llevan su crítica también a la Corte Suprema de los Estados Unidos, que en principio es independiente del Poder Ejecutivo. Si el Jefe de Estado —dicen los críticos— encuentra

---

(3) LUKIC (Radomir), **Théorie de l'Etat et du droit, París, Colección "Philosophie" du droit (13), Dalloz, traducción de Marc (GJIDARA), 1974, p. 299.**

obstáculos en este órgano jurisdiccional, intentará por todos los medios el reemplazo de todos los magistrados hostiles a su política, por otros que le sean favorables.

Esta crítica general es válida para todos los regímenes políticos que, estableciendo el principio de la separación de las funciones del Estado, no lo aplican. Es verdad que en numerosos países, el poder del Ejecutivo es tal, que las leyes que lo limitan son ineficaces. Esta situación conduce, irreversiblemente, a la arbitrariedad en perjuicio de las libertades públicas y de los derechos del hombre en general.

Consideraremos seguidamente, la negación del principio de la separación de los poderes.

B. LA NEGACION DEL PRINCIPIO DE LA SEPARACION DE PODERES.

Para mejor comprender la negación de este principio, es indispensable situarse en otro contexto filosófico distinto al nuestro. La concepción de las libertades no es absoluta y cambia según los regímenes políticos en los cuales ella se manifiesta. La libertad está, también, en relación con la idea de soberanía que define en último grado el titular del poder político.

En la Unión Soviética se ha retomado el concepto de la soberanía popular, pero con un contenido diferente a aquel que había sido propuesto por ROUSSEAU. Para éste, la soberanía popular reposa sobre la universalidad de todos los ciudadanos y cada uno de éstos dispone de una fracción de esa soberanía. Esta concepción resulta inaplicable por cuanto conduce a la democracia directa.

La Unión Soviética proclama una concepción de la soberanía, limitada a una sola clase social que se ubica en el periodo de transición del socialismo al comunismo. Según esta noción restringida, la soberanía pertenece no a todo el pueblo, sino al proletariado. Esto origina una nueva concepción de la soberanía, la del proletariado. Si este es soberano no existe razón alguna para limitar sus derechos y su libertad por medio de la separación de las funciones estatales. Nos encontramos por consiguiente, ante una concepción filosófico-política de la soberanía popular que difiere de la noción clásica.

Se afirma, que en las democracias liberales la separación de los poderes reduce las competencias del Parlamento, y en consecuencia la soberanía del pueblo. Es por esta razón que la soberanía es personificada en la URSS por el Soviet Supremo que detenta toda la autoridad política.

Se concluye que la separación de los poderes no es válida en un sistema como en el de la URSS. En consecuencia, la concentración de la autoridad estatal es un corolario lógico dentro de un orden socialista que busca la desalienación del hombre por medio de un régimen político distinto del liberal.

Todo este esquema de razonamiento nos permite establecer que las técnicas para organizar el poder y el ejercicio de las libertades públicas varían en las diversas sociedades. Pero debemos insistir que, cualquiera que sea el orden político establecido, las violaciones y las amenazas al régimen jurídico de la libertad son absolutamente injustificadas.

Estas explicaciones teóricas precedentes nos permitirán comprender mejor el alcance del principio de la separación de las funciones en Costa Rica.

SECCION II. LA SEPARACION DE FUNCIONES EN COSTA RICA

La situación política de Costa Rica difiere esencialmente del resto de América Central por diferentes razones. Primero porque la mayor parte de los gobernantes costarricenses han consagrado una parte importante de su esfuerzo a la educación nacional, aunque ésta, y debemos convenir en ello, no cumple actualmente sus fines como son la desalienación de la persona humana para que ejerza a plenitud todas sus potencialidades psíquicas y pueda enfrentar con éxito el desafío del progreso. En segundo lugar porque el pueblo, desde tiempo de la colonia, y por razones de pobreza y de aislamiento, había comenzado a gobernarse casi por sí solo. Y finalmente porque las condiciones económicas y culturales, aunadas a la inexistencia de una dominación militar, iban a permitir el desarrollo de una democracia liberal.

Sabemos que el poder político constituye una amenaza para la libertad cuando es ejercido por una sola persona o un órgano sin estar sometido a ningún control. Por lo tanto es imprescindible examinar los mecanismos estatales para comprender la técnica que distribuye el poder.

La Constitución establece claramente el prin-

cipio clásico que divide las funciones estatales en tres, atribuyéndolas a tres órganos distintos que teóricamente se equilibran:

> *"El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.*
>
> *Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias"* (4).

A partir de esta consideración clásica, analizaremos la separación de funciones en Costa Rica, destacando particularmente los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Iniciaremos el estudio con el Poder Ejecutivo.

1. EL PODER EJECUTIVO.

En un análisis jurídico-político del Estado y del poder en Costa Rica, se debe hacer, frecuentemente alusión a los acontecimientos de la "Guerra Civil" de 1948. Este breve proceso revolucionario culminó con la convocatoria a una Asamblea Constituyente en 1949, de donde nació la Constitución actualmente en vigencia.

Antes de esta "guerra civil", el sistema político costarricense era presidencial. El Predominio del Poder Ejecutivo condujo a ciertos abusos que estarán en el origen de la "Guerra Civil"; el Parlamento, bajo la influencia del Poder Ejecutivo, no quiso reconocer la victoria del candidato de oposición. Los revolucionarios invocaron el fraude electoral como fundamento de su lucha armada y pidieron el reconocimiento de su candidato como el legítimo triunfador en el proceso eleccionario.

De esta coyuntura histórica se originará una desconfianza respecto del Poder Ejecutivo. La Asamblea Nacional Constituyente de 1949, reflejando tal sentimiento, limitará las competencias de este Poder. Se creará así un sistema presidencial muy particular. El Poder Ejecutivo no contará con las amplias atribuciones que le confería la Constitución de 1871 y su estructura general será debilitada. Por tal razón nuestro sistema político difiere de los sistemas latinoamericanos cuyos Poderes Ejecutivos dominan ampliamente sobre la institución parlamentaria.

Conviene examinar en detalle algunos aspectos del Poder Ejecutivo costarricense, refiriéndonos al pensamiento de los constituyentes de 1949.

A. LAS CARACTERISTICAS PRINCIPALES DEL PODER EJECUTIVO.

En teoría política moderna, el Poder Ejecutivo es una función que tiene por fundamento el asegurar la ejecución de las leyes. Pero es necesario no comprender esta función como si fuese pasiva, porque ella ha llegado a ser una verdadera función de animación y de dirección general de la actividad estatal. Se constata en diferentes latitudes, un refuerzo de la autoridad ejecutiva, para permitir así la acción efectiva de los gobiernos dentro de un universo político que cambia infinitamente.

1. EL DEBILITAMIENTO DEL PODER EJECUTIVO.

Los constituyentes de 1949 al constatar una concentración importante del poder político en las manos del Ejecutivo, restringieron la esfera de sus competencias. El propósito fundamental de esta limitación al poder fue la de prevenir las desviaciones de los futuros gobernantes. Este debilitamiento de la autoridad ejecutiva ha conducido al Poder Central a "evadir" las limitaciones impuestas por el texto constitucional; todo ello con el fin de desarrollar su política gubernamental (5).

Con la Constitución de 1949, la autoridad del Poder Ejecutivo fue no solamente limitada, sino también dividida y compartida con otros órganos del mismo Poder. Los Ministros y el Consejo de Gobierno participan así en la toma de decisiones políticas como se examinará seguidamente.

2. EL PODER EJECUTIVO ES COMPARTIDO CON LOS MINISTROS Y EL CONSEJO DE GOBIERNO.

Aunque el Presidente de la República sea elegido por medio del sufragio universal, lo que le confiere igual legitimidad popular que la de los representantes parlamentarios, sus competencias fueron inicialmente reducidas en tanto que el Poder Legislativo fue dotado de competencias suficientes para el ejercicio de sus funciones. Con la disminución de los poderes concedidos constitu-

---

(4) **Constitución Política, art. 9.**

(5) **AGUILAR BULGARELLI (Oscar), La Constitución de 1949. Antecedentes y proyecciones. San José, Editorial Costa Rica, 1973, p. 139.**

cionalmente al Presidente, según la perspectiva de los constituyentes, se trataba de hacer desaparecer la personalización del poder, y aquél sería obligado a tomar las decisiones conjuntamente con sus Ministros. Sin embargo con la reforma del artículo 188 de la Constitución sujetando las instituciones autónomas a la ley en materia de gobierno, con la aprobación de la ley denominada "Presidencias ejecutivas", y la actual Ley General de Administración Pública, las funciones del Poder Ejecutivo han aumentado considerablemente en importancia.

La responsabilidad compartida del Presidente, la determinamos cuando se trata de suspender el ejercicio de las libertades públicas o de tomar decisiones para asegurar el mantenimiento del orden público o proteger el régimen jurídico de la libertad (6). Igualmente podemos indicar otra limitación formal del Presidente de la República según lo establecido en el artículo 146 de la Constitución. Esta norma dispone que *"Los decretos, acuerdos, resoluciones y órdenes del Poder Ejecutivo, requieren para su validez las firmas del Presidente de la República y del Ministro del Ramo y, además, en los casos que esta Constitución establece, la aprobación del Consejo de Gobierno".*

La crisis de confianza respecto del Poder Ejecutivo, motivó que los constituyentes de 1949, crearan un sistema político que se aproxima al régimen presidencial, pero con instituciones que corresponden al régimen parlamentario, como por ejemplo la moción de censura.

Según el señor BUSEY (7), para determinar el poder del Ejecutivo, debemos analizar las disposiciones constitucionales que autorizan al Presidente a suspender las libertades públicas. En estas normas permisivas podemos verificar las restricciones o, las amplias concesiones otorgadas en materia de suspensión de libertades.

3. LA SUSPENSION DE LAS LIBERTADES PUBLICAS.

La suspensión de las libertades públicas en Costa Rica, corresponde esencialmente al Poder Legislativo. Sin embargo, en los recesos de este Poder, el Poder Ejecutivo queda facultado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 inciso 4. En este caso, el decreto que pronuncia la cesación temporal de libertades, convoca simultáneamente al Parlamento. Este último debe reunirse a más tardar cuarenta y ocho horas después a fin de tomar una decisión a este respecto. Para aprobar la suspensión hecha por el Poder Ejecutivo, se requiere una votación calificada correspondiente a los dos tercios del total de miembros de la Asamblea Legislativa. Si la votación no alcanza esta mayoría calificada, las libertades públicas se consideran restablecidas. No obstante, si el quórum de esta primera sesión no permite la realización de la función legislativa, se convoca a una nueva para el día siguiente. En esta segunda sesión cualquier número de diputados forma el quórum. En todo caso la decisión aprobando la suspensión de las libertades requerirá siempre una mayoría calificada de dos tercios, pero referida al total de los miembros presentes (8).

Es necesario observar que la suspensión de las libertades públicas debe ser decretada conjuntamente por el Presidente de la República y el respectivo Ministro.

Este procedimiento no es siempre seguido por los demás países de América Latina. En estas latitudes la decisión de suspender las libertades corresponde únicamente al Presidente. La aprobación del Parlamento es posterior.

Así las prerrogativas que poseen ciertos presidentes latinoamericanos son muy amplias en materia de suspensión de libertades. El Presidente de México puede, con el consentimiento del Consejo de Ministros, proceder a la suspensión de libertades durante "un tiempo limitado", con la única condición de que dicha decisión haya sido tomada cuando el Congreso no estaba en sesiones. El Presidente mexicano, está obligado a convocar el Congreso inmediatamente para obtener de éste la autorización correspondiente.

En Guatemala, el Presidente está autorizado para dictar las medidas necesarias en caso de estado de necesidad o de calamidad pública. Debe, el Presidente, en todo caso informar al parlamento en la próxima reunión. En Honduras, si el Congreso

---

(6) *"Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: 4) En los recesos de la Asamblea Legislativa, decretar la suspensión de derechos y garantías a que se refiere el inciso 7) del artículo 121. . .; 6) Mantener el orden y la tranquilidad de la Nación, tomar las providencias necesarias para el resguardo de las libertades públicas".* **Constitución Política, art. 140, incisos 4 y 6.**

(7) **BUSEY (James), Notas sobre la Democracia Costarricense. San José, Editorial Costa Rica, traducción al español por el señor Emilio Piza, 1968, p. 33.**

(8) **Constitución Política, art. 140 inciso 4.**

no está en sesión, el Presidente puede suspender las libertades durante treinta días con la única condición de rendir un informe posteriormente.

En Nicaragua, el Presidente Somoza disponía de prerrogativas más importantes todavía. El tenía en efecto, poderes ilimitados para suspender las libertades y hacer arrestar las personas calificadas de sospechosas.

En América Latina los derechos del hombre son casi siempre violados y los métodos más crueles son utilizados al efecto por grupos paramilitares o del gobierno. Estos grupos tienden a suprimir la oposición, cualquiera que sea la ideología a la cual ella pertenece. En estos regímenes en donde los medios legales de transmisión del poder son casi inexistentes o difícilmente aplicables, el sistema político imperante propicia la lucha clandestina.

Costa Rica se presenta en el escenario centroamericano, como el único país en donde la libertad de expresión y el pluralismo democrático son respetados (9); aunque existen limitaciones importantes.

Habiendo examinado brevemente la extensión de los poderes del Ejecutivo en nuestro país, conviene estudiar las relaciones de este Poder con el Legislativo.

B. LAS RELACIONES ENTRE EL PODER EJECUTIVO Y EL PODER LEGISLATIVO.

La complejidad del Estado permite, por así decir, una cierta colaboración lógica entre los poderes a fin de favorecer la acción estatal. La acepción de esta verdad político-jurídica no contradice absolutamente en nada lo que hay de esencial en la noción de poderes separados.

La interferencia entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo admitida en derecho positivo, pueden permitir, además de la realización de las funciones fundamentales del Estado, el establecimiento de controles de un órgano sobre otro. Pero es necesario comprender que estos controles no deben jamás conducir a la confusión de poderes, porque en este último caso, las libertades no serían garantizadas y el poder se convertiría en absoluto y consecuentemente en arbitrario. Es, por consiguiente, necesario llegar a un verdadero equilibrio en la interacción de los poderes entre sí, permitiendo a cada uno de ellos la realización de sus funciones, sin detrimento de la vigilancia que deben ejercer unos y otros.

En Costa Rica, los Poderes Ejecutivo y Legislativo, aunque separados constitucionalmente, mantienen algunas relaciones entre sí, de modo que existe una cierta influencia recíproca. La iniciativa de las leyes y el derecho de veto, son dos medios legales de los que dispone el Poder Central para tomar parte en la actividad legislativa.

1. EL PODER EJECUTIVO Y LA INICIATIVA DE LAS LEYES.

El poder de legislar pertenece, en Costa Rica, al Poder Legislativo por delegación del pueblo. Sin embargo, este principio sufre alteraciones porque la iniciativa de las leyes no le corresponde exclusivamente. El Poder Ejecutivo tiene también la posibilidad de participar en la iniciativa de las leyes presentando proyectos de ley por intermedio de los Ministros.

Para este efecto, el texto constitucional dispone en el artículo 123: *"Durante las sesiones ordinarias, la iniciativa en la formación de las leyes corresponden a cualquiera de los miembros de la Asamblea Legislativa y del Poder Ejecutivo, por medio de los Ministros de Gobierno".*

La Carta Fundamental autoriza la intervención del Poder Ejecutivo en la esfera de acción del Parlamento mediante la presentación de proyectos de ley. Pero se trata únicamente de la iniciativa de las leyes, puesto que el procedimiento de adopción de las leyes es competencia exclusiva de la Asamblea Legislativa. No obstante, y con frecuencia, el Poder Ejecutivo detenta la mayoría en el Parlamento, de donde se deduce la influencia que el Jefe de Estado puede ejercer sobre la actividad legislativa y la interferencia en el fondo del Ejecutivo sobre el Legislativo.

La existencia de una coordinación estrecha entre el Presidente de la República y la mayoría, puede conducir a modificaciones importantes del orden jurídico nacional. En 1973 se intentó hacer aprobar un proyecto de ley que eximía de responsabilidad penal a las autoridades de policía que, en estado de necesidad, hicieren uso de armas de fuego o de otros medios de coerción física (10). Este proyecto de ley nunca fue aprobado. La opi-

(9) Le Monde Diplomatique, mayo de 1977, p. 6.

(10) Diario de Costa Rica, 22 de junio de 1973, p. 8.

nión pública y las manifestaciones populares impugnaron su adopción y lograron su desestimación.

Aunque la Constitución prevé la responsabilidad del Presidente y de sus Ministros en el ejercicio de sus funciones, es muy difícil traducir los responsables ante los tribunales, cuando tal decisión es política. La Constitución exige, en efecto, que además de interpuesta la acusación pertinente, debe existir una declaratoria de la Asamblea estableciendo que sí hay lugar a formación de causa penal (11).

Existe igualmente la posibilidad de comprometer la responsabilidad del Presidente de la República y de los Ministros en virtud del artículo 149 de la Carta. En su inciso 1, este texto dispone que los miembros del Poder Ejecutivo son responsables de las infracciones a las libertades. Pero esta situación es semejante a la anterior, por cuanto es la Asamblea Legislativa la que debe desencadenar la acción judicial por medio de la correspondiente declaración.

El segundo medio que permite al Poder Ejecutivo la participación en la actividad legislativa, es el derecho de veto.

2. EL PODER EJECUTIVO Y EL DERECHO DE VETO.

El Jefe de Estado costarricense puede oponer a las leyes votadas por el Parlamento el derecho de veto que le reconoce la Constitución (12). Esta facultad ha sido sobre todo utilizada cuando el Presidente no ha detentado la mayoría parlamentaria. El derecho de veto puede ser total o parcial. En el primer caso, el Presidente puede oponerse a una cláusula o a una parte de la ley. En la segunda hipótesis la oposición a la ley es total. Hay, sin embargo dos limitaciones al derecho de veto. Por una parte el veto no es oponible más que a la ley; de donde se puede concluir que éste no podría ser opuesto a una revisión constitucional. Por otra parte, el derecho de veto no puede ser utilizado respecto del proyecto que aprueba el presupuesto ordinario de la Nación (13).

El alcance jurídico del derecho de veto no debe ser reducido a una simple solicitud de nueva deliberación sobre un texto legal. Debe ser considerado como un medio que tiene el Poder Ejecutivo para intervenir en el procedimiento legislativo. En consecuencia, a través del veto podemos observar cómo el Presidente de la República puede influir las decisiones de la Asamblea Legislativa. Es verdad que el Parlamento puede rehusar las modificaciones o recomendaciones hechas por el Poder Ejecutivo, pero en este caso es necesaria la obtención de una mayoría de dos tercios del total de miembros para su resello (14).

Es imprescindible señalar que cuando el veto es utilizado por motivos de inconstitucionalidad de la ley, la Corte Suprema de Justicia es el órgano judicial encargado de hacer tal declaratoria de inconstitucionalidad. Si la Corte declara que el proyecto de ley contiene disposiciones contrarias a la Constitución, ella exige que se retiren del texto y el resto del proyecto es remitido a la Asamblea Legislativa para los trámites correspondientes. Igual técnica de reenvío se sigue si el texto no contiene elementos inconstitucionales (15). Este control sobre la constitucional de los proyectos de ley ejercido por el Poder Ejecutivo a través de la Corte, es de gran relevancia por cuanto el Poder Judicial goza de independencia absoluta y de un prestigio indiscutible.

Conviene analizar brevemente, en este mismo orden de ideas, el dominio jurídico del Poder Legislativo en el marco de la libertad.

2. EL PODER LEGISLATIVO.

El artículo 105 de la Constitución estipula que *"La potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega, por medio del sufragio, en la Asamblea Legislativa"*. Con este fundamento, el Parlamento costarricense detenta un poder cierto, constitucionalmente protegido y prácticamente ilimitado. De todo ello resulta que el dominio de la ley es muy amplio y en consecuencia impreciso. Existen, sin embargo, ciertas restricciones en la función legislativa que favorecen evidentemente el régimen jurídico de la libertad.

---

(11) Constitución Política, art. 148 y 151.

(12) Ibídem, art. 125.

(13) El señor TREJOS FERNANDEZ, Presidente de la República durante el periodo 1966-1970 debió oponer su veto ochenta veces. La mayor parte de los proyectos objetados comportaban exoneraciones de impuestos. El señor TREJOS FERNANDEZ no detentaba la mayoría en el Parlamento. MUÑOZ QUESADA (Hugo), L'activité Parlementaire au Costa Rica. Les raisons d'une nouvelle orientation. París II, thése, 1974, p. 91.

(14) Constitución Política, art. 127.

(15) Ibídem, art. 128.

A. LAS LIMITACIONES DEL PODER LEGISLATIVO.

Ellas son esencialmente de cuatro tipos. En primer término la limitación que constituye el derecho de veto del Presidente de la República, que se analizará en otro estudio. En segundo lugar el control de constitucionalidad de las leyes que se reservará como objeto de un estudio posterior. Y en tercer y cuarto lugar las restricciones impuestas al Parlamento por la Constitución, cuando se trata de transformar la ley electoral o de eventuales modificaciones a la estructura del Poder Judicial.

1. LAS LIMITACIONES IMPUESTAS AL PARLAMENTO EN MATERIA ELECTORAL.

La Constitución, para mejor garantizar las libertades públicas, restringió en dos puntos la actividad legislativa cuando ella interviene en el dominio electoral. La primera de esas limitaciones podría ser calificada de relativa, mientras que la segunda tendría el carácter de absoluta. En efecto, una de las restricciones viene del hecho que la Asamblea Legislativa debe necesariamente solicitar el criterio al Tribunal Supremo de Elecciones (16), cuando se trata de la modificación de leyes electorales. Para que el legislador pueda imponer su voluntad contraria al criterio externado por el Tribunal, se requiere la obtención de un voto calificado de dos tercios de los miembros del Parlamento. Este obstáculo podría ser superado si se obtiene dicha mayoría; de donde la calificación de relativa con que se ha designado esta limitación.

La limitación de legislar en materia electoral deviene absoluta cuando se encuentra en el período de los seis meses que preceden las elecciones y de los cuatro meses que le siguen. En este período, la aprobación de proyectos de ley relativos al dominio electoral contra el criterio del Tribunal Supremo de Elecciones, no sería constitucionalmente posible, cualquiera que pudiese ser la votación obtenida (17).

Por este procedimiento constitucional el poder de la Asamblea se encuentra ampliamente limitado y las libertades políticas se hayan reforzadas.

Existe, además otras restricciones, cuando se trata de aprobar proyectos de ley que interesen la organización del Poder Judicial.

2. LAS LIMITACIONES DEL PARLAMENTO EN CUANTO A LA APROBACION DE LEYES RELATIVAS AL PODER JUDICIAL.

Estas limitaciones corresponden a la organización y al funcionamiento del Poder Judicial. La Constitución estipula en el artículo 167 una restricción importante a la competencia legislativa. En efecto, para la aprobación de proyectos de ley respecto de materias judiciales, la Asamblea Legislativa debe obligatoriamente consultar a la Corte Suprema de Justicia. Para que el Parlamento pueda separarse del criterio emitido por la Corte, debe aprobar el proyecto de ley correspondiente con una mayoría calificada de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa. A través de esta cláusula constitucional, el sistema jurídico pretende preservar la autonomía del Poder Judicial, órgano garante de la libertad.

De esta manera, la Justicia, indispensable en un régimen de libertad, es rendida por un Poder de la República difícil de modificar. Es verdad, sin embargo, que el Poder Judicial podría eventualmente servir a la arbitrariedad cuando se tratara de aplicar leyes injustas. Sería el caso de una norma jurídica que encerrase en ella misma supuestos contrarios a la justicia distributiva. Pero en principio, un Poder Judicial independiente del poder político garantiza mejor la libertad.

Conviene analizar seguidamente las relaciones que se establecen a nivel de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Estas relaciones prueban la flexibilidad de la organización del sistema político costarricense y muestran la necesidad de un control recíproco entre los órganos.

B. LAS RELACIONES DEL PODER LEGISLATIVO Y DEL PODER EJECUTIVO.

El régimen constitucional costarricense permite al Poder Legislativo ejercer un cierto control

---

(16) *"Para la discusión y aprobación de proyectos de ley relativos a materias electorales, la Asamblea Legislativa deberá consultar al Tribunal Supremo de Elecciones; para apartarse de su opinión se necesitará el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros. Dentro de los seis meses anteriores y los cuatro posteriores a la celebración de una elección popular, la Asamblea Legislativa no podrá, sin embargo, convertir en leyes los proyectos sobre dichas materias respecto de los cuales el Tribunal Supremo de Elecciones se hubiese manifestado en desacuerdo".* **Constitución Política, art. 97.**

(17) **Ibídem.**

sobre el Poder Ejecutivo. La Constitución establece tres tipos de control: la moción de censura, la interpelación de Ministros y las comisiones de control parlamentario.

1. LA MOCION DE CENSURA.

Aunque la moción de censura sea un procedimiento mediante el cual el Parlamento pone en juego la responsabilidad del Gobierno, en Costa Rica este medio de acción no implica la dimisión de este último, ni incluso la del Ministro censurado. Esta situación particular del orden jurídico costarricense puede ser explicada teóricamente por el hecho de que el régimen político no es parlamentario, sino presidencial. Evidentemente que un voto de censura que no origina la dimisión del Ministro, deviene ineficaz. Es por tal motivo, que el voto de censura en nuestro país, tiene un carácter eminentemente moral. La Constitución establece este voto contra los Ministros culpables de actos inconstitucionales o ilegales, o de errores graves que produzcan perjuicio a los intereses públicos (18).

A pesar de la ineficiencia de este medio de coerción, el voto de censura puede limitar el número de decisiones ministeriales arbitrarias por el temor a las sanciones morales que podrían desencadenar las mismas.

Así comprendido, el voto de censura cumple dos condiciones esenciales en la democracia costarricense: la primera institucional y la segunda concerniente a la opinión pública. En efecto por medio de este voto el Poder Legislativo ejerce un control político-institucional sobre el Poder Ejecutivo. La acción del gobierno podría ser examinada y sancionada cuando sus representantes, los Ministros, se hayan extralimitados en el ejercicio de sus poderes. Además la opinión pública sería sensibilizada por la radiodifusión cotidiana de las sesiones parlamentarias, lo que le permitiría reaccionar. Esta reacción de la opinión pública se traduciría en diversas consecuencias. Actuaría, en primer término, como grupo de presión sobre el Parlamento; y en segundo término, repercutiría en las elecciones siguientes a los acontecimientos.

Las libertades quedan así mejor protegidas contra los abusos de las autoridades del Poder Central, porque habría siempre un Parlamento y una opinión pública prontas a exigir su respeto.

2. LA INTERPELACION DE LOS MINISTROS.

Un segundo medio de acción del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo está constituida por la facultad reconocida a los parlamentarios de interpelar a los Ministros (19). En este caso, los Ministros deben siempre responder a las preguntas formuladas por los señores diputados. Sin embargo, esta norma constitucional no prevé ninguna sanción en caso de negativa del Ministro a comparecer ante el plenario. A pesar de la ausencia de sanción, esta disposición constitucional constituye una coerción política que pesa permanentemente sobre los Ministros quienes deben actuar dentro de los límites fijados por el principio de legalidad.

3. LAS COMISIONES DE CONTROL PARLAMENTARIO.

El tercer medio de control parlamentario está configurado por las comisiones nombradas en el seno de la Asamblea Legislativa. Estas comisiones tienen por objeto la realización de todas las investigaciones ordenadas por la Asamblea sobre cualquier asunto y rendir un informe. Todos los medios legales son puestos a su disposición a fin de que ellas puedan llegar al resultado buscado.

Estas comisiones tienen libre acceso a todas las oficinas el Estado, lo cual facilita la investigación y obtención de la información necesaria en cada caso. Pueden además, estas comisiones, recibir toda clase de pruebas y hacer comparecer ante ellas a cualquier persona (20).

Es evidente que el Parlamento tiene en estas comisiones un medio constitucional eficaz en la vigilancia de los asuntos del Estado y particularmente los que conciernen al Poder Ejecutivo. Diversos ejemplos podrían ser aportados sobre las actividades de estos órganos contralores de legalidad. Así con motivo de una moción del Partido Comunista, una comisión especial de la Asamblea Legislativa se dirigió al Ministro del Interior solicitando información sobre una Misión Militar de los Estados Unidos instalada cerca de su Ministerio (21). Otra comisión especial fue encargada, luego de la

---

(18) Constitución Política, arts. 121 al 124.

(19) Ibídem.

(20) Constitución Política, arts. 121 al 123.

(21) Libertad (periódico), semana del 8 al 14 de julio de 1977, p. 2.

campaña electoral de 1974, de investigar el financiamiento de los Partidos Políticos. Se acusaba a determinadas organizaciones políticas de recibir financiamiento exterior. Si la utilización de estos medios de financiamiento son comprobados, se estaría en presencia de un grave atentado a las libertades políticas, puesto que dichos medios habrían sido utilizados para tergiversar la voluntad del cuerpo electoral.

En lo que corresponde al alcance de las competencias de las comisiones parlamentarias, es necesario agregar que ellas no se limitan únicamente a las actividades estatales; ellas pueden examinar la actividad privada de los particulares, sospechosos de actuar al margen de la ley.

En resumen, las comisiones legislativas, por su origen constitucional y legal, y la amplitud de sus medios de acción, puestos a su disposición, permiten al Parlamento ejercer un control eficaz sobre la actividad del Poder Ejecutivo.

CONCLUSION

En este análisis hemos intentado ofrecer una visión de la separación de funciones en Costa Rica, Es evidente que este estudio ha sido teórico y fundado en el texto constitucional. Esto permite, sin embargo, descubrir las orientaciones predominantes de la estructura del poder en el sistema jurídico-político costarricense que pretende devenir un modelo democrático para otros países. No obstante, el aspecto exterior de un Estado no debe impedir profundizar el análisis de sus instituciones y de su realidad social.

Si bien la separación de poderes en Costa Rica se fundamenta en la teoría clásica, hemos visto que esta última no impedía en ninguna forma, que estos poderes interfieran entre ellos. Sólo el Poder Judicial dispone de una autonomía casi absoluta frente a los otros órganos supremos del Estado.

Cualquiera que sea el análisis comparativo de los tres regímenes políticos estudiados, se impone un pronunciamiento favorable por el que mantiene la separación de los poderes. La división de las funciones estatales constituye una garantía para la libertad. Esta no tendría vigencia en un régimen político que desconociese la aplicación de este principio.

******

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

EL PROBLEMA DE LA TRANSMISIBILIDAD A LOS HEREDEROS DE LA ACCION PARA LA REPARACION DEL DAÑO MORAL SUFRIDO POR EL DIFUNTO:

soluciones doctrinales y de la jurisprudencia francesa al respecto y su solución en Costa Rica.

Dr. Gerardo Calvo Picado.
Juez Primero Penal de San José.

CONTENIDO:

INTRODUCCION 34

PRIMERA PARTE:

La solución de la doctrina y jurisprudencia francesa 34
A. Primer recurso y su correspondiente fallo 34
B. Segundo recurso y su correspondiente fallo 35
I. Las acciones personales desaparecen con la muerte. 37
A. La apreciación personal de la víctima 38
B. La continuación de la persona del difunto 39
II. La acción para la reparación del daño moral: derecho extrapatrimonial 39
A. Naturaleza de los daños y perjuicios 39
B. El momento de entrada del derecho a la reparación del daño moral en el patrimonio 40

SEGUNDA PARTE:

La posición de la jurisprudencia costarricense con respecto a la admisibilidad del daño moral. El derecho de exigirlo por parte de los herederos. La solución actual. 41

CONCLUSION 46

BIBLIOGRAFIA. 47

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCION

En toda acción civil resarcitoria que se establece para lograr la indemnización de los daños y perjuicios *causados a un ofendido como consecuencia* de un hecho punible cometido en su perjuicio, es precisamente ese extremo el de mayor importancia. Ello es así por cuanto por medio de esa reparación la víctima va a poder recuperar, en lo posible, la situación que tenía hasta antes de que se cometiera en su contra la infracción penal.

Ahora bien, dentro de ese extremo como objeto principal de la acción civil, lo que más problemas ha producido a través de los tiempos es el considerar si aparte de los daños puramente materiales, corporales o pecuniarios causados por la infracción, la víctima podía ser resarcida además en el daño moral sufrido en determinadas situaciones y sobre todo en aquellas que le produjeran un detrimento a su persona, tanto desde el punto de vista del dolor físico como afectivo sufrido (sufrimientos, angustias), causado ya sea por infracciones contra su integridad corporal o su honra y reputación, como es el caso de delitos por lesiones o por delitos sexuales, por injurias, calumnias o difamación. No obstante que en un principio tal extremo fue contestable e incluso negado, actualmente su concesión no admite discusión alguna por parte de los tribunales aun en el evento de que no esté consagrado expresamente por el derecho positivo, como sí ocurre en algunas legislaciones (entre ellas la nuestra y la francesa: artículo 125 del Código Penal de 1941 de Costa Rica aún vigente y el artículo 3 del Código de Procedimientos Penales francés).

Así, siendo incontestable ya que toda víctima de una infracción penal determinada puede ser objeto de indemnización por el daño moral que tal infracción le haya producido, el problema se circunscribe ahora en determinar si ese daño es trasmisible a sus herederos una vez muerto el ofendido, considerado éste como la persona que ha recibido directamente las consecuencias del hecho punible. Es a ese otro problema que en este trabajo nos dedicaremos, analizando sobre todo la posición que al respecto ha tenido en sus diferentes épocas tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa, así como la solución finalmente adoptada al respecto tanto por los tribunales de ese país como por los del nuestro.

PRIMERA PARTE:

LA SOLUCION DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA FRANCESA

La posición que tomó la Corte de Casación francesa, reunida en Cámara Mixta (dos Salas Civiles y una Penal), precisamente para unificar la distinta jurisprudencia existente sobre el particular entre la Sala Civil y la Sala Penal, fue reciente y tuvo lugar en un pronunciamiento doble de fecha 30 de abril de 1976, publicado en el año de 1977, a propósito del conocimiento que tuvo de dos importantes asuntos y en los que los herederos, en uno, reclamaban el dolor físico sufrido por el ofendido antes de su muerte y en el otro, el sufrimiento (moral) sufrido por los padres, quienes fallecieron a consecuencia de la muerte anterior de un hijo.

Con el objeto de precisar mejor la situación he considerado necesario de primero consignar los motivos de casación alegados en cada caso, así como el fallo respectivo de la Sala de Casación Mixta, para luego analizar ambos pronunciamientos en relación con la doctrina y la jurisprudencia anterior a ellos.

A. PRIMER RECURSO Y SU CORRESPONDIENTE FALLO:

Se trató en este primer caso de unos esposos que interpusieron un recurso de casación contra una sentencia dictada el cuatro de enero de mil novecientos setenta y cuatro por la Corte de Apelaciones de Rennes. La Sala Penal (o Cámara Criminal) de la Sala de Casación (Corte de Casación), por un pronunciamiento del diecinueve de diciembre de ese año envió el examen del recurso a una sala mixta (o cámara mixta).

Por resolución del 17 de febrero de mil novecientos setenta y cinco, el primer presidente designó la Sala Primera Civil, la Segunda Sala

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Civil y la Sala Penal, para que formaran la Sala Mixta.

Los demandantes invocaron, en apoyo de su recurso, el motivo único de casación siguiente:

"Violación de los artículos 1166, 1382, 1383, 1384 del Código Civil, violación de la regla según la cual la renunciación no se presume, en su conjunto violación del artículo 102 del decreto de 20 de julio de 1972, ausencia de —motivos y falta de base legal en lo que la sentencia recurrida rechazó la acción ejercida por el heredero de las víctimas de la infracción para la reparación del daño resultante de los dolores físicos sufridos por éstas últimas, por tratarse de un daño moral y personal de las víctimas; que éstas no establecieron, estando aún en vida, ninguna acción para la reparación de ese extremo; que ellas no han transmitido entonces su derecho a la reparación a su heredero, en tanto que de una parte, todo daño cualquiera que sea su naturaleza, crea en provecho de la víctima una acción patrimonial en reparación que se transmite de pleno derecho a sus sucesores como continuadores de la persona del "de cuyus"; que si esta última puede en vida, oponerse a esta transmisión sucesoral por un acto renunciativo de su derecho patrimonial, tal acto no ha podido ser válidamente caracterizado por la sentencia atacada que subordina la transmisibilidad de la acción a la condición de que ésta haya sido establecida en vida por la víctima, desconociendo así el principio según el cual la renuncia no se presume, además de que, el daño moral no debe confundirse con el "precio del dolor" (pretiun doloris) que constituye un daño corporal en el que la acción en reparación se transmite de pleno derecho a los herederos de la víctima de acuerdo con los términos de una jurisprudencia constante de la Sala de Casación".

Al respecto la Sala Mixta resolvió:

"LA CORTE": sobre el motivo único de casación: visto el artículo 1382 del Código Civil; en su conjunto los artículos 2, 3 y 10 del Código de Procedimientos Penales y los artículos 731 y 732 del Código Civil; resultanto de estos textos que toda persona víctima de un daño, cualquiera que sea su naturaleza, tiene derecho de obtener reparación de aquél que lo ha causado por su falta; que el derecho a la reparación del daño resultante del dolor físico sufrido por la víctima antes de su deceso, habiendo nacido (étant né) en su patrimonio, se transmite a sus herederos; resultando que los esposos fueron mortalmente heridos a raíz de un accidente de la circulación sobrevenido el 6 de setiembre de 1972 y en el que **Y** fue declarado enteramente responsable por la jurisdicción penal; que la señora murió el 10 de octubre de 1972 y el marido el 31 de octubre de 1972; que **Z**, su hijo, solicitó la indemnización de daños y perjuicios a título de daño sucesoral (préjudice successoral), representando por el dolor físico sufrido por sus padres entre el día del accidente y su deceso; resultando que para rechazar este extremo de la demanda de **Z**, la sentencia recurrida enuncia que se trata de un "daño moral y personal de las víctimas" y que, por ello estas últimas no habían transmitido ningún derecho a su heredero; considera, que resolviendo así, la Corte de Apelación ha violado los textos citados:

Por estos motivos, casa y anula la sentencia dictada el 4 de enero de 1974 por la Corte de Apelaciones de Rennes, pero solamente en lo que ha rechazado el extremo de la demanda de daños y perjuicios de **Z**, por "daño sucesoral" representado por el dolor sufrido por sus padres entre el día del accidente y su deceso; repone en consecuencia, en cuanto a ello, la causa y las partes al mismo y similar estado en el que ellas estaban antes de dicha setencia y, para que se proceda conforme a derecho, las remite ante la Corte de Apelaciones de Angeres.

Dado, el 30 de abril de 1976, Sala de Casación Mixta (Firmas. . .).

B. SEGUNDO RECURSO Y SU CORRESPONDIENTE FALLO:

En este segundo caso, se interpuso recurso de casación contra una sentencia dictada el 26 de octubre de 1973 por la Corte de Apelación de Poitiers. La Cámara Penal de la Sala de Casación por un pronunciamiento del 19 de diciembre de 1974 envió el examen de este recurso ante una Sala Mixta.

Por resolución del 17 de febrero de 1975, el primer presidente, por causa de esa sentencia, designó la Primera y Segunda Salas Civiles y la Sala Penal para integrar la Sala Mixta.

Los demandantes invocaron, como apoyo de su recurso, el motivo único de casación siguiente:

"Violación de los artículos 2, 3 y 593 del Código de Procedimientos Penales, violación de los artículos 101 y siguientes del decreto del 20 de julio de 1972, la no respuesta a las conclusiones, ausencia de motivos y falta de base legal, en lo que la sentencia confirmativa recurrida decidió que los herederos no podían ejercer la acción civil de su padre y madre, respectivamente fallecidos el 15 de febrero de 1971 y el 12 de julio de 1972, en reparación del daño moral sufrido por ellos como consecuencia de la muerte accidental de su hijo **Z**, el 17 de enero de 1971, luego de un accidente de la circulación en el que el autor fue declarado enteramente responsable, por el motivo de que las demandas formuladas por las partes civiles en su calidad de herederos eran inadmisibles en virtud de que los "de cuyus" no habían formulado ninguna acción tendiente a la indemnización del daño sufrido por ellos luego de la muerte de su hijo, entre la fecha de la muerte de éste y su deceso, no obstante que en sus conclusiones regularmente observadas por el presidente y el secretario y dejadas sin respuesta, los herederos del padre de la víctima, fallecido en el curso de la información (o instrucción), hacían valer que su padre había manifestado expresamente su intención

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de constituirse en parte civil ante los tribunales represivos para pedir reparación del daño moral sufrido por él ante la muerte accidental de su hijo y que ellos mismos, continuando la persona del "de cuyus", habían recogido en la sucesión de éste, esta acción personal, siendo constante y no negado que la acción no había podido ser ejercida en vida por el padre en razón de la larga duración de la información penal y que no se acostumbra por los causahabientes de la víctima de una infracción a las reglas (o leyes) de la circulación, constituirse en parte civil en otro momento que no sea en la audiencia ante el Juez represivo".

Al respecto la Sala Mixta resolvió:

"LA CORTE: Sobre el motivo único de casación: visto el artículo 1382 del Código Civil, en su conjunto los artículos 2, 3 y 10 del Código de Procedimientos Penales y los artículos 731 y 732 del Código Civil; resultando de estos textos que toda persona víctima de un daño, cualquiera que sea su naturaleza, tiene derecho de obtener indemnización de aquél que lo ha causado por su falta; que el derecho a la reparación del daño resultante del dolor (sufrimiento) moral sufrido por los padres en razón de la muerte de su hijo, víctima de un accidente, en el que la responsabilidad incumbe a un tercero, habiendo nacido (étant né) en su patrimonio, se transmite a su muerte, a sus herederos; resultando que Y ha sido declarado culpable de un homicidio involuntario (homicidio culposo), cometido el 17 de enero de 1971 en la persona de Z, por la jurisdicción penal; que el padre de este último murió el 12 de julio de 1972; que para declarar inadmisible la demanda de los herederos del padre de Z en lo que ella tendía a obtener la indemnización del dolor (sufrimiento) moral que él había sufrido por el hecho de la muerte accidental de su hijo, la sentencia enuncia que el padre no había introducido ninguna acción con este fin antes de su muerte; considera, que resolviendo así, la Corte de Apelación ha violado los textos citados.

Por estos motivos, casa y anula la sentencia dictada el 26 de octubre de 1973 por la Corte de Apelación de Poitiers, pero solamente en lo que ha declarado inadmisible la demanda de daños y perjuicios formulada por los interesados X, para la reparación del daño moral causado a su padre en razón del deceso de Z (hijo de éste); repone en consecuencia, en cuanto a ello, la causa y las partes al mismo y similar estado en el que ellas estaban antes de dicha sentencia y, para que se proceda conforme a derecho, las remite ante la Corte de Apelación de Angeres. Dado el 30 de abril de 1976. Casación, Cámara Mixta (Firmas. . .)".

Tradicionalmente se había venido admitiendo que existía una divergencia sobre este punto entre la Sala Civil que admitía la transcripción de la acción y la Sala Penal que la había rechazado. La Sala Mixta debía entonces tomar partido ante esta situación.

Para afirmar que la Sala Civil admitía la transmisión de la acción, se citaban dos pronunciamientos. En uno, el 18 de enero de 1943, había admitido de una manera clara y cierta que los herederos podían establecer una acción en reparación de los dolores físicos sufrido por el "de cuyus" antes de su muerte, "en virtud de que él no había realizado ningún acto que implicara renunciación". En otro, el 4 de enero de 1944, recordaba el principio ya expuesto en el anterior pronunciamiento. Sin embargo indicaba que el demandante tomaba una demanda ya instaurada.

Por su parte, la Sala Penal había afirmado en una primera decisión que la víctima debía haber ejercido la acción en vida, a propósito del daño de afección sufrido por un padre ante la pérdida de su hija (sentencia del 24 de abril de 1958). En 1960, aplicando aún este mismo principio, había casado una decisión que acordaba un franco (aproximadamente dos colones) por concepto de daños y perjuicios a la viuda de un capitán, por la reparación del daño moral que él había sufrido por unos actos de violencia sobrevenido a bordo de su embarcación, la víspera de su deceso en un naufragio. Mas en 1961, dictó una decisión bastante ambigua. Casó una sentencia que había rechazado todos los daños y perjuicios a una viuda por el "precio del dolor" ("pretium doloris") que había sufrido su marido entre el momento del accidente y su deceso, en virtud de que habiendo estado en coma durante ese tiempo, él no había sufrido ningún daño. La Sala Penal simplemente dijo: *"resultando que de tales motivos no se justificaba la decisión"* (crimen del 22 de noviembre de 1961, Boletín Criminal No. 478 página 917). Ello parecía indicar que la Corte Suprema había rehusado a reconocer la existencia del "pretium doloris". Sin embargo los autores han criticado este fallo indicando que en realidad la Sala Penal hubiera bien podido rechazar el recurso por sustitución de motivos, como lo había ya hecho en 1958, sustituyendo el motivo por defecto de aceptación de la sucesión por los demandantes puesto en evidencia por la Corte de Apelación, por la falta de introducción de la acción en vida por el de "de cuyus" y así se ha deducido la admisión de la acción de los herederos, ante esta ausencia de sustitución de motivos.

Sin embargo bastante confusión existía con respecto a esa situación. Nadie podía indicar con exactitud cuál era la verdadera posición tanto de la Sala Civil como de la Sala Penal.

La actitud adoptada por la doctrina tampoco

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

era clara. En 1939, en una tesis de doctorado denominada *"Los derechos extrapatrimoniales"*, se indicaban tres teorías.

Según la primera, seguida por los tratadistas Mazeaud (**Tratado de la responsabilidad civil**, 6a. edición, tomo 2, No. 1906, pág. 1029) los herederos, siendo los continuadores de la persona del causante, suceden en tanto que tales al derecho a la reparación.

En la quinta edición de esta obra el autor Tunc había admitido que la transmisibilidad de la acción fuera subordinada a la prueba de que el causante había estado en la imposibilidad de actuar, con la condición de que esta reserva no fuera aplicada muy rigurosamente (obra citada, 5a. edición, No. 1909, pág. 384).

De acuerdo con la segunda teoría, que era la más aceptada, la acción se transmite con la condición de que el "de cuyus" la hubiera intentado en vida (Planiol y Ripert, **Tratado Práctico de Derecho Civil**, tomo 6, No. 658).

Finalmente, de acuerdo con la tercera concepción, la acción para la reparación del daño moral sería siempre intransmisible.

En realidad, se ha indicado, la segunda y tercera de estas posiciones coinciden. Algunos autores han admitido que si los herederos podían continuar la acción ejercida en vida por el causante, era únicamente para que ellos no sufrieran la lentitud de la justicia (Planiol y Ripert, obra citada). Sin embargo tal posición va mucho más largo. No se trata de evitar que el causante sea castigado por la lentitud de la justicia: él está muerto y no puede ser castigado ni satisfecho. Admitir la continuación de la acción ya iniciada en vida por el causante, era admitir su transmisión. La escogencia se debía hacer entre la transmisión y la no transmisión y así la solución intermediaria adoptada por una parte de la doctrina y la jurisprudencia no era más que un artificio.

Bajo esta situación fue que la cámara mixta fue objeto del conocimiento de las dos sentencias ya arriba indicadas. En el primero de esos asuntos hemos visto, era el precio del dolor ("pretium doloris") sufrido por los padres de los demandantes, quienes fallecieron luego de haber tenido un accidente de la circulación, sobre el que esos accionantes fundamentaban la indemnización reclamada. Daño moral que se dio, según se expuso, entre el momento del accidente y la muerte que sobrevino luego.

Un tribunal correccional y después la Corte de Apelación de Rennes (en Francia las sentencias tienen apelación y eventualmente casación, salvo la que dicta la Corte de Asísses que está constituida por un jurado, en cuyo caso sólo cabe casación), habían rechazado la demanda en virtud de que se trataba de un daño moral y personal de las víctimas; que ellas no establecieron en vida ninguna acción en reparación por ese extremo y así no habían transmitido ningún derecho a su heredero A y por ello ninguna suma podría serle acordada a título de perjuicio o daño sucesoral.

En el segundo asunto era el daño de afección o sufrimiento (préjudice d'affection) el que estaba siendo reclamado por los herederos, ante la muerte de sus padres, como consecuencia y con motivo del fallecimiento accidental de un hijo de éstos, daño que sufrieran los causantes entre la muerte de su hijo y su propia muerte. Es decir, los accionantes querían obtener reparación por ese daño que sufrieran sus padres en vida y que había causado su deceso, fundamentándose sobre todo en la circunstancia de que esos padres manifestaron siempre su intención de reclamarlo constituyéndose en partes civiles en el proceso, mas no pudieron hacerlo antes de su muerte. Sin embargo la Corte de Apelación rechazó la demanda en virtud de que los padres no habían ejercido ninguna acción tendiente a la indemnización del daño sufrido por ellos luego de la muerte de su hijo, entre la fecha de la muerte de éste y el deceso posterior de ellos.

Y así, por los dos pronunciamientos del 30 de abril de 1976, la Sala Mixta casó esas dos sentencias en virtud de que el derecho a la reparación del daño resultante, en el primer caso del dolor físico sufrido por la víctima antes de su muerte y en el segundo, del sufrimiento moral sufrido por los padres en razón de la muerte de su hijo, había nacido en el patrimonio y se transmitía a los herederos.

Con ello se solucionó la discusión existente, quedando de manifiesto así la tendencia actual de la jurisprudencia francesa en materia de responsabilidad, cual es de favorecer a las víctimas.

Para llegar a un resultado tal, la Corte de Casación debía excluir los dos motivos tradicionales: por un lado, que las acciones personales desaparecen con la muerte (I) y por otro, que el daño moral es un derecho extrapatrimonial (II). Nos referiremos al primero de ellos.

1. Las acciones personales desaparecen con la muerte.

Desde que la reparación del daño moral ha sido puesto en evidencia como objeto de reparación, siempre se ha hecho notar la separación que tiene

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

con respecto a la noción de reparación. El daño moral, como aquél que resulta de la muerte de un ser querido, siendo irreparable, no se puede intentar más que compensarlo, que vengarlo. Es por ello que la apreciación personal de la víctima parece irremplazable. Sin embargo hay quienes admiten que parientes próximos pueden substituirla.

A. La apreciación personal de la víctima.

La reparación del daño moral existió ya en el Derecho romano, si bien no en los textos, en la práctica. Se permitía a la víctima de ver sancionar las restricciones causadas a su tranquilidad o a sus conveniencias, los desagravios y vejaciones. Al respecto la víctima tenía dos acciones: primero una acción penal prevista por la Ley Cornelia, en virtud de la cual el monto de la pena era determinado por el juez; luego la acción civil o acción pretoriana y con base en la cual el demandante podía evaluar él mismo el monto de la pena. Esta acción no era transmisible.

En el antiguo Derecho francés, si bien el problema aún es controversial, esta reparación existía en materia delictiva para las ofensas a la consideración, el adulterio y la pérdida de un pariente. El ordenamiento de Villers-Coterets de 1539 preveía que se debía tener cuenta de ello en la evaluación de la suma que se acordara.

Sin embargo esta acción tenía por objeto, más que reparar, imponer una sanción. Se trataba sobre todo de castigar a un culpable, de ejercer una venganza y es por ello que sólo a la víctima se le concedía ese derecho. Unicamente el marido podía ejercitar la acción penal en caso de adulterio y solamente él tenía el derecho de apreciar si debía o no ejercer su venganza. Por ello igualmente los autores habían considerado que el derecho para establecer esta acción formaba parte de los derechos personales del titular y solamente él podía ejercerlos, por tratarse de derechos exclusivamente ligados a la persona.

Sólo la víctima puede verdaderamente apreciar la existencia e importancia del daño y solamente ella es quien puede decidir sobre la oportunidad de una acción de ese tipo. Nadie más en su lugar está en capacidad para determinar si ella desea ver castigado al culpable o darle su perdón. Este únicamente puede ser otorgado por la víctima. De ahí que se dedujera que se trataba de una acción personal y la que ni sus acreedores, ni sus herederos, aún como continuadores de la persona, podían ejercerla en su lugar, quedando derogado así ese principio de la continuidad.

Realmente la víctima que no ha ejercido la acción en vida, supone el haber acordado su perdón, por lo que no es de incumbencia de sus herederos pronunciarse luego sobre tal perdón. Es un problema de conciencia que compete sólo a la víctima, además de que su desaparición hace imposible toda apreciación del daño causado. Esta apreciación es necesaria, ya sea que se trate del "pretium doloris" o del daño de "afección". En el primer caso el "pretium doloris", estrechamente ligado al daño corporal y considerado así como un daño material, está muy cerca de un daño patrimonial. Se pretende reparar —con él— el sufrimiento esencialmente físico sufrido por el ofendido antes de su muerte.

Sin embargo, aún si la gravedad de las lesiones, número de intervenciones y tratamientos sufridos, la duración de estos sufrimientos, pueden ser apreciados objetivamente, se sabe muy bien que el dolor, ya sea físico o moral, es esencialmente subjetivo y depende del propio individuo y a pesar de que algunos pretenden evaluar la reacción de cada individuo hacia el dolor, tales evaluaciones son falaciosas y nadie, si no es quien ha sufrido el dolor, puede apreciar y decidir si pide o no reparación.

Ocurre lo mismo en cuanto al daño de afección, el cual si bien a veces se puede superponer a un daño material, él es esencialmente moral y compete a los parientes cercanos al vengar sus deudos. Sólo ellos pueden conocer la importancia de su pérdida y la intensidad de su dolor. Por ello es que la jurisprudencia francesa ha prácticamente renunciado a todo sistema de apreciación real, aplicando por el contrario criterios fundados en razones objetivas: lazo de parentesco, edad, intensidad de las relaciones entre ellos, etc.

Se comprende así cuáles son las razones por las cuales el heredero no pueda pretender ejercer la acción de la víctima luego de su muerte. Algunos aceptan su suerte como una fatalidad, otros buscan a todo precio un culpable y una sanción. Esta escogencia, esta decisión, nadie puede hacerla por otro, además de que ello comporta a menudo una apreciación personal del responsable y la gravedad de su falta. Solamente la víctima podía juzgar sobre la necesidad de la sanción y de su importancia, si muere sin haber actuado, se presume que ella perdonó.

Sin embargo ciertos autores, entre ellos Mazeaud y Tunc han preferido deducir de este carácter personal de la acción, que ella pertenecía a la familia, la cual podía así beneficiarse de la continuación de la persona del difunto.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

B) La continuación de la persona del difunto:

Admitir que la continuación de la persona del difunto permite el ejercicio de la acción por sus herederos, es en primer lugar reservarla a los continuadores de esa persona. Es más, actualmente se ha extendido al legatario a título universal.

En efecto, si consideramos que la acción en reparación del daño moral es sobre todo una venganza, es razonable que aquellos que continúan la persona del fallecido ejerzan esta venganza luego de su muerte. Ellos como encargados de continuarla una vez fallecida, deben ejercer esta venganza en su lugar, la cual es a menudo familiar, pues de lo contrario desaparecería con la muerte y esta no podría ser vengada.

No hay razones para negar a los continuadores de la persona el poder de apreciar en su lugar, si hay motivo o no para pedir reparación. Esta concepción ha sido consagrada por el legislador en varios casos:

Los herederos tienen el derecho de actuar para defender la memoria del difunto, condicionado eso sí a que la difamación o las injurias hayan ofendido su honor o su consideración. Esta hipótesis está contemplada entre nosotros por el artículo 148 del Código Penal y la acción para acusar comprende al cónyuge, hijos, nietos y hermanos consanguíneos del muerto.

También los herederos pueden ejercer luego de la muerte, uno de los derechos estrechamente ligados a la persona, como es el caso del derecho de autor. Los artículos 3, 4 y 23 de la Ley de Propiedad Intelectual, o de derechos de autos nuestra, número 40 de 27 de junio de 1896, establecen que ese derecho es personal y pertenece en vida al autor, mas es transmisible, luego de su muerte, a sus herederos, a quienes les pertenece por bastante número de años e incluso incluye al legatario a título universal.

Similares situaciones a las dos anteriores están previstas en la Legislación francesa.

Como se observa, la ley otorga a los parientes del difunto, un poder de apreciación que solamente él tenía estando en vida. ¿Por qué entonces se va a suprimir este poder únicamente en lo que concierne al daño moral? Si la viuda y los hijos de un autor pueden utilizar su derecho moral luego de su muerte, ya que han asistido al difunto en sus sufrimientos que ha padecido antes de morir, ¿por qué no van a poder ellos ejercer el poder de apreciación en este campo? Ellos saben, puesto que son sus parientes, cuánto ha sufrido él, ya que conocían su personalidad, su sensibilidad hacia el dolor, así como la importancia de éste. Ellos, más que los jueces, pueden conocer la intensidad de los dolores físicos sufridos en el transcurso de largas internaciones hospitalarias, así como consecuencia de numerosas intervenciones quirúrgicas. En el primer caso que comentamos se trataba de un hijo de veinte años que causó en el curso de un año y medio, la muerte de su madre y luego la de su padre. Así, sólo los hijos presentes pudieron ver, día tras día a sus padres sufrir esa muerte, para luego morir ellos también por el dolor que les causó el fallecimiento de su hijo.

En fin se puede admitir que el criterio sobre el establecimiento de la demanda, admitido por la jurisprudencia, en nada correspondía a la presunción del perdón. Para ser exactos, esta presunción hubiera podido ser combatida por todos aquellos elementos que establecieran las intenciones precisas del "de cuyus" y no por el solo hecho de haber intentado una acción en justicia.

También la jurisprudencia afirmó siempre que la acción en reparación del daño moral era una acción personal, mas este motivo fue poco a poco abandonado, admitiéndose otro más decisivo y sobre el cual la decisión de la Sala Mixta aportó un elemento determinante a la teoría general del derecho: el carácter extrapatrimonial del derecho a la reparación.

II. La acción para la reparación del daño moral: derecho extrapatrimonial.

Ha sido a propósito de la admisibilidad de la reparación del daño moral que numerosos autores se han interrogado sobre la naturaleza de la indemnización acordada. Un aspecto es indiscutible: se trata de reparar el daño causado a un elemento que se encuentra por definición fuera del patrimonio.

No ha escapado a nadie la dificultad que existe para reemplazar un valor extrapatrimonial por un valor pecuniario. Se ha dicho que cuando se busca equilibrar un valor humano por un valor contable, se persigue una tarea imposible, ya que la equivalencia deja siempre un resto. Para resolver esta contradicción generalmente se admitía que la indemnización tenía un carácter satisfactorio y que no entraba al patrimonio de la víctima, sino en el momento en que le era acordada. Estas dos afirmaciones fueron las que la Sala Mixta vino a superar.

A. Naturaleza de los daños y perjuicios:

El daño moral no causa, por definición, me-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

noscabo al patrimonio. Para justificar el que se acuerde una suma de dinero a la víctima, la mayoría de los autores admite que no se trata de lograr una equivalencia directa entre el daño sufrido y la suma fijada, sino una equivalencia sencundaria entre la ventaja acordada y la ventaja perdida, aún cuando no sean de la misma naturaleza. Así, aquél que ha perdido a un ser querido dispondrá de dinero que le permitirá hacer por ejemplo un viaje, lo que le permitirá aliviar su dolor. No se trata de "reparar", pues como lo dicen algunos, tal compensación haría que la víctima se encontrara en una posición odiosa igual a la del responsable.

Lo que se pretende es acordarle a la víctima una satisfacción no de carácter reparatoria, sino de índole compensativa; el dinero que se le otorgue es para procurarle un gozo que compensara el dolor moral sufrido. De ahí que algunos tribunales franceses hayan intentado considerar inembargable el dinero fijado en reparación del daño moral.

Este carácter satisfactorio, que permitía afirmar o al menos no poner en duda la existencia de derechos extrapatrimoniales, lleva como necesaria consecuencia que se estime que la suma de dinero fijada, únicamente pueda ser atribuida a la víctima. Para compensar su dolor, el gozo o la satisfacción debe ser sentida por la propia víctima y no por sus herederos o acreedores.

Este análisis implicaría entonces que mientras que la indemnización no haya sido definitivamente acordada, los herederos no podían pretender ejercer derechos sobre ella. No obstante, algunos pronunciamientos de los tribunales admitían que era suficiente con que el "de cuyus" hubiera establecido la acción en vida.

Mas el otorgar una indemnización a otra persona que no sea la víctima, conllevaba la existencia de otro obstáculo. En materia de responsabilidad el daño es evaluado al momento de acordar la indemnización. De manera que cómo hará entonces el juez para proceder a evaluar el daño moral de una persona muerta. De ahí que se indicara que el daño moral desaparece con la persona que lo ha sufrido. Muerta la víctima, el daño desaparece con ella. Por ello se ha objetado que un análisis de esa naturaleza favorece a los responsables que causaron la muerte de la víctima, sin embargo esas consideraciones no pueden influir sobre los principios.

Algunos han ensayado distinguir el daño y el derecho a la reparación. Para Ripert, por ejemplo, la acción para la reparación del daño moral consiste en ejercer un derecho de punición que se prolongaba después de la muerte, con la condición de que no fuera acordada indemnización alguna. Cualquier suma que se fijara constituiría para los herederos un enriquecimiento sin causa, de manera que únicamente era posible una reparación simbólica, como "el franco simbólico" de daños y perjuicios que existe en Francia y que alcanza aproximadamente dos colones, a alguna medida de publicación ante la ofensa recibida.

Por todo ello es que la admisión del carácter satisfactorio de los daños y perjuicios debería entrañar necesariamente su intransmisibilidad. La indemnización no podría ser fijada sino con la condición de que la víctima estuviera viva al momento de su liquidación.

Para eludir este obstáculo la Sala o Cámara Mixta puso como principio que la acción había nacido en el patrimonio del difunto y con tal afirmación se daba vuelta a todos los análisis ya expuestos.

B. El momento de entrada del derecho a la reparación del daño moral en el patrimonio.

Todo el problema se reduce entonces en determinar el momento de la entrada del derecho en el patrimonio de la víctima. Cada una de las tres tesis que existen al respecto, implica una solución diferente.

De acuerdo con la concepción dominante, la indemnización acordada, no teniendo por objeto indemnizar la pérdida de un elemento del patrimonio, no entra en él sino a partir del momento en que es liquidada.

La concepción intermediaria si bien admite que el daño moral no lesiona un derecho patrimonial, reconoce que la acción en reparación toma un carácter patrimonial a partir del momento en que la víctima establece la demanda y así es el ejercicio de la acción lo que la transforma de "acción en reparación" a "acción patrimonial". Tal posición no puede satisfacer puesto que no es comprensible que el hecho de ejercer una acción pueda modificar la naturaleza del derecho a la reparación.

Es así como la Cámara Mixta en presencia de esas dos concepciones, optó por una tercera: el derecho a la reparación del daño moral nace en el patrimonio. Desde el momento en que el individuo sufre el daño, el derecho moral se convierte en un derecho patrimonial que forma parte de su patrimonio. Esta afirmación constituye realmente, más que un cambio de principios, el ordenarlos. Decir que el derecho a la reparación nace en el momento en que los derechos morales son lesionados, permi-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

te admitir que la indemnización acordada no es ya satisfactoria sino compensatoria. Permitir el ejercerla a los herederos significa que la suma de dinero acordada es bien el equivalente, el precio al dolor.

En fin, admitir que una suma de dinero compensa un dolor moral consiste en reconocer que se trata de compensar una pérdida de patrimonio y que así el derecho a la integridad moral forma parte del patrimonio. No se trata entonces de un derecho extra-patrimonial.

Clásicamente se había venido afirmando que los derechos extra-patrimoniales no producen efectos en tanto que no hayan sido lesionados. Así, el derecho extra-patrimonial lesionado sería distinto del derecho a la reparación. Mas tal razonamiento no es realmente satisfactorio. ¿Por qué la doctrina y jurisprudencia han sido reticentes en admitir que la acción en reparación del daño moral nacía en el patrimonio si esa distinción hubiera sido suficiente para preservar la persona humana del comercio jurídico? La razón es clara: admitir al carácter compensatorio de la acción en reparación es admitir ineludiblemente la identidad entre el derecho lesionado y la reparación.

En realidad, tanto la persona física como moral forman parte de su propio patrimonio, lo mismo que las acciones destinadas a reparar los daños que se les hayan causado. La admisión de la reparación del daño moral debía inevitablemente conducir a esta consecuencia, a pesar de que las primeras decisiones en este sentido habían causado indignación.

Así, sucediendo al patrimonio del difunto, los herederos pueden ejercer la acción sucesoral y establecer la acción que él mismo hubiera podido intentar. Esta acción se acumula, como lo demuestran los dos casos comentados, con las acciones personales que los herederos pueden ejercer en reparación del daño moral que ellos han sufrido personalmente por la muerte de la víctima. Se llega así a una acumulación, a una superposición de daños morales. Esta situación no deja de ser preocupante para algunos, quienes se preguntan que hasta adónde se detendrá esa cadena de reparaciones y estiman que tal solución debería necesariamente llevar a la admisión del ejercicio de la acción por los acreedores: si la acción existe para los herederos, ella existe para los acreedores.

De todo lo anterior podemos concluir que la decisión del alto Tribunal francés, reunido en una sala mixta, es perfectamente lógica. No obstante, existe un último obstáculo derivado de los principios del derecho de la responsabilidad: la evaluación del daño al momento de la decisión. Se deberá esperar y observar cómo los tribunales van a evaluar el daño moral sufrido por una persona muerta: otorgarán una reparación simbólica ("le fran symbolique") o ¿admitirán la misma reparación que se le hubiera otorgado a la persona estando aún con vida? En este evento se trataría bien de reparar un daño que ha sido causado al patrimonio y si ello fuera así, reviviéndose la acción para la reparación del daño moral una vez desaparecido su titular, tal solución sería la sentencia de muerte de los derechos extrapatrimoniales.

SEGUNDA PARTE:

LA POSICION DE LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE CON RESPECTO A LA ADMISIBILIDAD DEL DAÑO MORAL. EL DERECHO DE EXIGIRLO POR PARTE DE LOS HEREDEROS. LA SOLUCION ACTUAL.

Si bien ya comentamos en la introducción del presente trabajo que en la actualidad tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten la procedencia de la indemnización a la víctima por concepto de daño moral que ésta haya sufrido como consecuencia de un hecho punible cometido en su perjuicio, conviene ahora referirnos a la posición que en ese sentido han tenido nuestros tribunales, los cuales incluso han aceptado, como se hizo en Francia y ante los casos comentados, la transmisión de la acción a los herederos, a quienes también se les ha acordado una reparación por ese concepto.

A pesar de que esa primera situación se aparta un poco del sujeto que nos ocupa, por ser de sumo interés y estar íntimamente relacionado al mismo, hemos decidido referirnos a ella.

En una posición inicial y con ciertas excepcio-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"es

nes, la jurisprudencia costarricense se pronunció de manera reiterada en el sentido de que la indemnización por daño moral sólo procedía en las infracciones contra la honra, la dignidad o la honestidad o en otros casos de daño a intereses de orden moral de acuerdo a lo que disponían los artículos 52 inciso 4 del Código de Policía (ya derogado), 122, inciso 2, 125 y 127 inciso 4 del Código Penal de 1941 también ya derogado, aún cuando la Ley número 4891 de 8 de noviembre de 1971, dejó vigentes las normas de ese Código que se refirieran al modo de fijar el monto de la reparación civil, dentro de las cuales pueden incluirse los artículos 125 y 127 citados. Siguió así, la corriente que existía en otros países sobre el particular. Sin embargo posteriormente, atendiendo a su vez al desarrollo doctrinario que admitía que el daño moral debía indemnizarse no solo en los casos previstos en la legislación penal, sino también en los previstos pura y simplemente por la legislación civil, se reconoció indemnización tanto por atentados al honor como tal, sea al daño moral subjetivo, como cuando la infracción trasciende a la parte social del patrimonio moral afectando la reputación de la persona, sin que implicara necesariamente menoscabo económico y con mayor razón cuando éste se diera, es decir, cuando se hubiera dado lo que se llama el daño moral objetivo. También se reconoció indemnización al atentado que ha herido los sentimientos afectivos de la persona, como sus principios religiosos, el dolor que experimenta por la pérdida de un ser querido e inclusive se otorgó indemnización por los padecimientos físicos de la persona, como el dolor que sufre el individuo que ha sido herido o lesionado orgánicamente, la incomodidad de guardar cama vendado, enyesado, etc., comprendiéndose todo ello dentro del llamado patrimonio de afección, que a su vez parte del daño moral subjetivo o daño moral propiamente dicho. Todo ello, como también ya hemos expuesto anteriormente en la exposición, siguiendo sobre todo la posición del Derecho francés, origen del Derecho occidental, en virtud de que las disposiciones que al respecto tiene el Código Civil de esa nación, son similares al nuestro (artículo 1382 del Código Civil francés es similar al artículo 1045 del Código Civil costarricense), admitiéndose que el concepto de "daño" que en ambas normas se consigna es amplio y que abarca tanto el daño material como el moral.

Así, nuestra Sala de Casación por sentencias de las 2:55 p.m. del 19 de febrero de 1925, 3:50 p.m. del 29 de octubre de 1928, 10 horas del 18 de octubre de 1949, por la primera denegó el daño moral por padecimiento físico y por las demás lo denegaron con base en el artículo 1045 del Código Civil por estimarse que sólo procede en los casos previstos en la legislación penal y que previamente debe irse a esa vía. La sentencia de casación de las 16:15 horas del 9 de marzo de 1954, por mayoría concedió la reparación del daño moral con base en el artículo 1045 del Código Civil y en la que se dijo que no es necesario acudir previamente a la vía penal. Se trató de un caso de prisión arbitraria en que se estimó que causó sufrimiento moral a la víctima, agravado por la muerte de un hijo pocos días antes, ultimado por fuerzas militares al mando del demandado y además por padecimiento físico originado en una lesión sufrida por el actor el día anterior a su encarcelamiento, es decir, que se tomó en cuenta el padecimiento físico y los sentimientos de afección. Dos magistrados, salvando el voto, mantuvieron el criterio restringido del pronunciamiento previo en sede penal. En una ejecución de sentencia pronunciada en la vía penal, en causa por lesiones, la Sala Segunda Civil en resolución de las 10:35 horas del 10 de marzo de 1958 mantuvo también ese criterio restringido y denegó la reclamación por padecimiento físico, criterio que mantuvo la Sala de Casación en la sentencia de las 16:20 horas del 18 de junio del mismo año, con un voto salvado de un magistrado quien sostuvo que habiéndose dado la vía penal previa, sí cabía ahora reconocer la indemnización de daño moral por sufrimiento físico. La Sala Segunda Civil mantuvo el criterio restringido en resoluciones números 241 y 667 de 1953, 125 y 337 de 1958. La indemnización por padecimiento físico han acordado pagarlo además las sentencias de Casación de las 14:45 horas del 11 de junio de 1946 y lo deniegan las sentencias de Casación de las 10:25 horas del 11 de diciembre de 1958 y de las 15 horas del 3 de junio de 1959. Una sentencia de Casación posterior, la número 29 de las 10:45 horas del 6 de abril de 1966, volvió al tradicional criterio restringido de que el daño moral sólo procede en los casos previstos en la legislación penal y no en los casos previstos en los artículos 1045 y 1048 del Código Civil, por considerar que estas normas están referidas a obtener la indemnización proveniente de un derecho patrimonial y no de carácter extrapatrimonial como lo es el daño moral. Un magistrado salvó el voto por estimar que tal indemnización sí procedía de acuerdo con los citados artículos del Código Civil, por ajustarse ambos a lo dispuesto por el artículo 41 de la Constitución Política y a la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

doctrina moderna sobre el derecho a cobrar el daño moral. Por su parte, la Sala Primera Civil, por sentencia número 1305 de las 8:10 horas del 8 de setiembre de 1961, aplicando el criterio restrictivo, denegó el daño moral invocado, por no estar autorizado expresamente y directamente en el Código Penal, en un caso de homicidio del cual conoció, resolviendo posteriormente, por resolución número 513 de las 9:35 horas del 28 de setiembre de 1965 lo siguiente: *"Las cicatrices visibles, cuando no afectan la aptitud para el trabajo de la persona lesionada, según sea su profesión u oficio, sólo pueden indemnizarse si se considera que caen dentro del concepto de "daño moral" y así efectivamente se ocupa de ellas el artículo 127, inciso 4 del Código Penal (de 1941), en relación con el artículo 125 ibídem. Fuera de esos casos y de los otros daños morales que prevé específicamente dicho Código, por jurisprudencia de los Tribunales, inclusive de la Sala de Casación, se ha negado derecho a la indemnización del daño moral en tratándose de hechos punibles. Buena o mala la tesis lo cierto es que en materia civil no existe ninguna disposición que pueda interpretarse en aquella forma restrictiva, pues el Código Civil se refiere genéricamente a "daños y perjuicios", sin limitar el carácter amplio del precepto. Sentadas estas conclusiones y con vista en lo que dispone el artículo 41 de la Constitución Política, lo mismo que los artículos 1045 y 1048 párrafo 5 del Código Civil, ningún obstáculo puede haber para que los Jueces Civiles concedan indemnización por un daño moral proveniente de cicatrices"*, puesto que para la Sala no era *"...acogible hoy el criterio restrictivo de antaño, tanto porque el artículo 1045 sobredicho —que no excluye la indemnización por el daño moral...— debe ser aplicado en armonía con la Constitución Política, porque la doctrina moderna no duda de que en la materia debe reconocerse el derecho a la indemnización, habida cuenta de que en el estado actual de la civilización han de tener mayor rango los valores morales del hombre, que los patrimoniales o materiales..."*. Acogiendo la tesis de la procedencia del daño moral, luego de un amplio análisis doctrinario y jurisprudencial nuestro, la citada Sala por sentencia número 51 de las 10:10 horas del 28 de enero de 1972, finalmente dispuso: *"IX. La circunstancia de que en nuestra legislación no exista disposición que en forma expresa admita el daño moral en materia contencioso administrativa, no es motivo para que por ese solo hecho se deniegue el reclamo que al respecto se haga, ya que entonces cabe aplicar el criterio civilista antes expuesto, tanto por analogía como porque el artículo 5, párrafo final de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que, no habiendo ley aplicable al caso, los Tribunales fallarán con arreglo a los principios de derecho. Ahora bien, analizando las circunstancias del caso concreto es evidente que a los actores no se causó daño moral alguno, desde luego que para su destitución no se invocó la comisión de falta grave..."*. También se acogió la procedencia de ese daño últimamente por sentencia número 23 de las 8:15 horas del 16 de enero de 1976. Finalmente por resolución número 394 de las 9:05 horas del 24 de octubre de 1978 esa Sala, no exigiendo la previa declaratoria penal para la concesión del daño moral resolvió: *"La contrademanda, además de implicar una contestación negativa de la acción establecida por el actor, simultáneamente recaba del órgano judicial una declaratoria sobre el daño moral así como otros perjuicios de orden material... Por otro lado, según reiterada jurisprudencia que ha dictado esta Sala en una diversidad de situaciones, la indemnización por daño moral es susceptible de ser tramitada y acogida en sede civil, sin necesidad de requerir un previo pronunciamiento en la vía penal"*.

Por su parte la Sala de Casación en sentencia número 7 de las 15:30 horas del 15 de enero de 1970, acogiendo la indemnización que por daño moral se reclamó, ante un caso de dolor físico sufrido por la víctima, entre otras razones invocadas para otorgarlo indicó lo siguiente: *"el dolor físico producido por la lesión, la pena que sufre la víctima al verse postrada en cama y sometida a tratamientos, aseos o curaciones por gentes extrañas, y privada de la vida de relación con sus familiares y demás personas de su afecto, todo ello fuera de las angustias que se producen durante la enfermedad y el sufrimiento moral que persiste cuando no se recobra del todo la capacidad de que antes se disfrutaba"*.

También el Tribunal Superior Civil, conociendo ejecuciones de sentencias, para la liquidación de daños y perjuicios, ante causas tramitadas previamente en la vía penal, se ha pronunciado por ese criterio amplio de la admisibilidad del daño moral, el cual ha otorgado, no sólo por delitos distintos a la honra, la dignidad o la honestidad, a la propia víctima, sino también a sus herederos ante acciones por ellos en ese sentido entabladas y con el cual vemos, que ha dado solución similar a la que el más alto Tribunal francés, reunido en cámara mixta, recientemente acogió, aún cuando las razones que aduce para ello —en tratándose de los

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

herederos— son diferentes a las que adujo el Tribunal francés (el nacimiento del daño en el patrimonio del difunto), sino que se ha basado sobre todo en una interpretación amplia de las disposiciones que quedaron vigentes sobre la responsabilidad civil del Código Penal de 1941 recién derogado. Más en todo caso, se ha admitido así por nuestros tribunales la transmisibilidad de la acción a los herederos para la reclamación del daño moral sufrido por el causante, solución que como indicamos, resulta ser la más equitativa y lógica.

En efecto, en un primer pronunciamiento y ante un caso por cuasidelito de lesiones, por resolución número 848 de las 10 horas del 27 de diciembre de 1972, ese Tribunal exteriorizó su tesis jurídica de que en los hechos punibles contra la integridad corporal o la salud, es procedente la indemnización del daño moral. Expuso así el Tribunal: *"que en criterio de este Tribunal, en aquéllos hechos punibles contra las personas, en los que el bien jurídico directamente lesionado es la vida, la salud o la integridad física del ser humano, aparte del daño patrimonial causado a la víctima —lo que transitoriamente dejó de percibir con su trabajo o actividad o las pérdidas económicas de una incapacidad permanente total o parcial— o a sus alimentarios legítimos —las rentas alimentarias o asistencia familiar de que los priva el hecho punible— se producen otro tipo de daños, concretamente de carácter moral, consistentes en el dolor y la pena de perder al hijo o a la madre o al padre a causa de un homicidio doloso o culposo; en la angustia, el sufrimiento y la pena moral del ofendido al verse postrado en la cama de un hospital..."*. Tal criterio ha sido expuesto en otras ocasiones posteriores, entre las que se citan las siguientes resoluciones: 989 de las 8 horas del 12 de noviembre de 1975, 54 de las 8 horas del 14 de enero de 1976 y 282 de las 10 horas del 21 de abril de 1976, estas tres últimas ante reclamaciones entabladas por los herederos de la víctima.

Analiza el Tribunal en esos pronunciamientos que si bien con base en las disposiciones del artículo 125 del Código anterior que quedó vigente a los efectos de fijar la reparación civil proveniente del hecho punible, en relación con el artículo 122 de ese Código, tal hecho puede dar lugar a indemnización tanto por daño material como moral a favor de la víctima, ambos extremos considerados separadamente, mas en tratándose de los herederos el problema se complica, al producirse la muerte del ofendido, conforme lo prevé el artículo 128 ibídem y es por ello que realiza una interpretación de tal norma para concluir en la admisibilidad del daño moral en favor de los herederos, situación que comparte ampliamente el suscrito.

El Tribunal analizando dicha norma y sobre todo en lo que se refiere a la frase que contiene y que dice *"el condenado satisfará, por vía de reparación..."*, dijo lo siguiente: *"Es difícil, verdaderamente, desentrañar esa frase "por vía de reparación", porque a simple vista parece tan obvia y tan innecesaria que de inmediato hace pensar en si de verdad podría entrañar algún sentido que se escapa a la primera lectura. Mas cualquiera que fuese ese sentido, hay una cuestión indiscutible y es que esa frase en ningún modo puede interpretarse como excluyente de una indemnización por aparte del daño moral en caso de muerte del ofendido, porque esa exclusión sería de tales consecuencias en la vida de sociedad, de tal magnitud, que no hay pie para darle cabida, no hay pie para decir que cuando ocurre la muerte a causa de un hecho punible, los herederos no tienen derecho a la indemnización del daño no patrimonial y al pago de una pensión alimenticia. En criterio del Tribunal, entonces, esta frase "por vía de reparación" debe ser interpretada más bien en un sentido lato y que, consecuentemente, cuando ocurre la muerte del ofendido a causa del hecho punible, sus herederos tendrán derecho a reclamar la indemnización de los daños materiales directos, derivados del artículo 124, tales como gastos médicos, hospitalarios y similares, igualmente tendrá derecho a la pensión alimenticia estatuída por el artículo 128, y finalmente, podrán pedir la indemnización del daño moral derivado de esa muerte, con fundamento en el artículo 125. El daño moral en esta situación debe entenderse como la desintegración afectiva de la familia por la muerte del padre, de la madre o de un hijo, la pena por esa pérdida, los sufrimientos de la enfermedad y la agonía, el perjuicio moral irreparable en la formación espiritual de los hijos menores cuando a temprana edad pierden a la madre o al padre, o simplemente la pérdida del lazo afectivo de una madre anciana"*. Luego se hace un análisis sobre el artículo 129 de ese mismo cuerpo de leyes para concluir indicando que lo que tal norma da cabida es a una indemnización del daño moral o material, pero entendidos en forma separada y no una reparación que involucre ambos conceptos en una misma indemnización y que más bien se refiere a una de tipo patrimonial y no moral, para proteger la unidad familiar y los vínculos de solidaridad económica implícitos en ella.

Sin embargo, en los casos comentados el Tri-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

bunal no se refiere al caso del daño moral que incumbía directamente al difunto —que es lo que daría origen a una acción transmitida en favor de los herederos para el cobro de ese extremo— sino al que personalmente les pudiera pertenecer a éstos como consecuencia de la muerte del causante, su ser querido y que se trata en este caso de una acción personal a ellos y no transmitida, no planteándose aquí la situación a que hemos aludido, del llamado "cúmulo de acciones" que permiten al heredero no sólo el reclamo del daño moral sufrido por el difunto, por una acción que se le transmite, sino también el daño moral sufrido por el propio heredero por la muerte de aquél, en cuyo caso se trataría de una acción personal a dicho heredero; cúmulo de acciones que es aceptado ya, como lo vimos, por la legislación francesa.

Concretamente, en cuanto a los pronunciamientos que hacen en la actualidad nuestros tribunales penales (Tribunales de Juicio y Salas de Casación Penales), con motivo de que ahora esos tribunales deben pronunciarse en sentencia tanto sobre el aspecto penal como de las consecuencias civiles que el hecho punible acarrea cuando hubiera sido ejercida en esa vía una demanda civil resarcitoria, podemos decir que en lo que al respecto nos ocupa, sobre la concesión de una indemnización por daño moral, tal extremo es debidamente admitido y concedido, esto último claro está, cuando se demuestre y justifique su existencia. Sin embargo hay que aclarar que en lo que no existe discusión alguna es en admitir la procedencia del daño moral cuando es reclamado por el propio ofendido. Diferente ha sido la solución cuando es reclamado por un heredero, sea por haberlo sufrido él mismo, sea por haberlo sufrido el causante; es decir cuando ese heredero pretende ejercer por ese extremo, sea una acción personal o una transmitida, o ambas.

A pesar de lo resuelto en cuanto a ello por el Tribunal Superior Civil conforme lo examinamos, la Sala de Casación Segunda Penal ha sostenido un criterio distinto. Por resolución No. 56 de las 10:30 horas del 13 de noviembre de 1978 dijo lo siguiente: *"IX.* **DAÑO MORAL:** *La actora civil solicitó se le indemnizara además del daño material, el daño sentimental que evidentemente le produjo la muerte de su esposo. Al acordar esta indemnización por daño moral, el fallo impugnado violó las disposiciones legales que luego se examinarán. De acuerdo con nuestra legislación y jurisprudencia es innegable que el daño moral es resarcible pero únicamente en favor de la persona que lo sufrió y fallecida ésta puede transmitirse a sus herederos alimentarios en primer término y en subsidio a sus herederos, pero no autoriza el daño moral que evidentemente se produjo a tercero. En el caso concreto y por haber fallecido el ofendido muy poco tiempo después de haber sido atropellado, ese daño moral no se produjo. Es verdad que según nuestras leyes, no solo se puede producir el daño moral en los delitos contra la honra, la dignidad y la honestidad, sino también en otros. Al acordar la sentencia a esa indemnización por daño moral,* **sin haberlo sufrido el ofendido,** *violó por aplicación indebida los artículos 122 inciso 2 y 125 del Código Penal de 1941, derogado, pero vigente para el caso concreto según Ley No. 4891 de 8 de noviembre de 1971. Procede en consecuencia casar en este extremo la sentencia de instancia".* Igual pronunciamiento había emitido ya por resolución No. 21 de 15:45 horas del 4 de mayo de 1977, en el que también se le denegó al heredero el daño moral, ya que **"...por haber fallecido instantáneamente el aquí ofendido, ese daño moral no se produjo".** De tales pronunciamientos se desprende que ya nuestros tribunales han aceptado la transmisión de la acción al heredero para el cobro del daño moral sufrido por el causante y que si no se concedió fue por no haber existido tal daño ante la muerte inmediata o próxima del ofendido. En igual forma se había pronunciado ya en 1961 la Sala de Casación Penal francesa. De manera que ya entre nosotros basta con demostrar la existencia del daño moral en la persona del causante, para que en forma transmitida pueda otorgarse a sus herederos.

En lo que respecta a la acción personal de los herederos, respetando el criterio de la Sala, creemos que bien podría admitirse su acción en las hipótesis comentadas (por el daño moral que sufre ante la pérdida de un ser querido), no solo por los tribunales civiles con base en las disposiciones del artículo 1045 del Código Civil, que son de carácter amplio, pues se refieren a los "daños y perjuicios" en forma general y que se fundamentan tanto en una causa o falta civil, como en una de índole penal idéntica a la civil; sino también por nuestros tribunales penales, habida cuenta de que el artículo 103 del Código Penal establece que todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia condenatoria; ésta ordenará: *"1)...,* **2) La reparación de todo daño;** *y la indemnización de los perjuicios causados* **tanto al ofendido como a terceros";** y además por cuanto el artículo 9 del Código de Procedi-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mientos Penales permite "al damnificado" el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal para la indemnización de los daños y perjuicios (término que es siempre usado en sentido general y sabemos que el término "damnificado" tiene también un carácter amplio y que comprende no solo al propio ofendido, sino a terceros.

Ahora bien, vale la pena comentar la manera como un tribunal penal debe proceder en sentencia para resolver la acción civil resarcitoria. Algunas estiman la indemnización reclamada de una manera global, dentro del rublo "daños y perjuicios" y otras la concretizan en forma separada, otorgando o fijando una cantidad determinada por cada concepto reclamado, dentro de los que se incluye cuando procede, el daño moral. También existe diversidad de criterios en cuanto a que si en sentencia el Juez cumple bien con condenar al pago de daños y perjuicios en forma abstracta, para que se liquiden luego en la vía civil por el trámite de ejecución de sentencias, o si por el contrario, se deben liquidar esos extremos, concretándose las respectivas indemnizaciones. Al respecto estimamos que el Juez tiene la obligación de liquidar las diferentes partidas reclamadas, cosa que es lo propio en nuestro actual sistema, en el que la acción civil resarcitoria constituye un verdadero juicio ordinario en la vía penal, en el que cada uno de los extremos solicitados debe ser probado debidamente por el accionante, aun cuando para su fijación concreta luego en sentencia, el Juez tenga un poder soberano de apreciación. Tal solución está acorde con lo que disponen los artículos 474 y 475 del Código de Procedimientos Penales, a los efectos de que el imputado, el civilmente responsable, o el propio actor civil puedan recurrir en casación.

Finalmente, a pesar de que no forma parte del tema tratado, pero que tiene una íntima relación, me referiré a la posición adoptada por nuestra Sala de Casación Superior Penal, en cuanto a la exigencia para el heredero de demostrar su calidad de tal para poder actuar como actor civil en un proceso penal. Al respecto dicha Sala, por resolución No. 59 de las 16 horas del 20 de octubre de 1977, integrada por cinco Magistrados, resolvió lo siguiente: *"IV. En rigor, la eventual indemnización que podría corresponder a los padres de una persona muerta como consecuencia de un delito, no forma parte de los bienes sucesorios del ofendido, por no tratarse de bienes o derechos existentes al momento de la muerte del causante, sino que emergen con posterioridad, precisamente como consecuencia del hecho punible (art. 521 del Código Civil).* **En consecuencia, no existe razón para exigir al interesado la calidad de heredero declarado para poder reclamar la referida indemnización a título de daño moral,** *cual fue la pretensión concretamente deducida en el respectivo debate. . . Que el artículo 107 del Código Penal ni el de Procedimientos Penales exige la previa declaratoria de heredero como requisito indispensable para que alguien pueda establecer la acción civil resarcitoria en sustitución de un ofendido extinto: en verdad el artículo 9 del Código de Procedimientos Penales confiere el derecho a establecer tal clase de acción no solo al ofendido directamente, sino a sus herederos en los límites de su cuota hereditaria, lo cual permite a éstos no solo continuar la acción iniciada en vida de un ofendido que fallece antes de que termine el proceso, sino iniciarla por sí mismo si el perjudicado no la ha intentado antes de su muerte, o cuando, como en este caso, el derecho a reclamar indemnización surge posteriormente y como consecuencia precisamente del fallecimiento del causante como resultado del hecho punible. . ."* Es acertada la solución de la Sala en cuanto a la no exigencia de la declaratoria previa de heredero, por cuanto esta condición debe entenderse como fundamento para que se le conceda en sentencia la indemnización y no como un requisito formal para la admisibilidad de su acción en el proceso. Basta pues con demostrar la calidad de hijo, de padre, esposa, etc., para que se le dé curso a su acción. En igual sentido se pronunció la Sala Segunda de Casación Penal por resolución No. 56 de las 10:30 horas del 13 de noviembre de 1978.

CONCLUSION:

Como conclusión a todo lo expuesto en el presente y rápido estudio, que ha sido sobre un tema que pienso es bastante interesante, podemos decir que nuestros tribunales al momento actual han tomado una posición acertada en cuanto a la concesión del daño moral producto de un hecho punible y que es la que actualmente prevalece en la doctrina y jurisprudencia internacional, habiéndo-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

se admitido ya como en Francia, la transmisibilidad de la acción a los herederos, para el cobro del daño moral sufrido por el difunto y si bien la acción personal de aquéllos por ese mismo concepto se le rechazó por nuestro Tribunal de Casación Penal, al menos ya un Tribunal de menor jerarquía la admitió. Sin embargo en todos esos casos se ha actuado con motivos diferentes a los fundamentados por el alto tribunal francés, "del nacimiento del daño moral en el patrimonio del causante" que fue el que se indicó en los dos casos comentados inicialmente. Es cuestión de criterio, perfectamente puede ser posible esa solución aquí, así como que también se llegue a admitir la acción personal del heredero para el reclamo del daño moral sufrido por él ante la muerte del ser querido.

Existen además dos circunstancias que pueden ser tomadas en cuenta. Una de ellas y que precisamente solucionó una serie de dificultades, sobre todo en la doctrina y jurisprudencia francesas y es la de incluir dentro de nuestra legislación ya de una manera clara, una norma como la que existe en el Código Procesal Penal de ese país, que se refiere al establecimiento de la acción civil dentro del proceso penal, incluyendo todos los daños por los cuales ella puede ser intentada. En efecto, el artículo 3 de ese Código dispone: *"La acción civil puede ser ejercida al mismo tiempo que la acción pública (penal) y ante la misma jurisdicción. Ella será admisible para todo tipo de daños, tanto materiales como corporales o morales que se deriven de los hechos objeto del proceso".*

La segunda situación sería la de establecer como en ese país y que ya se hizo aquí en materia penal, una Sala de Casación Civil Mixta que abarcara integrantes de Salas de Casación Civil y Penal, con el objeto de dirimir o unificar criterios diferentes que se dieren en las decisiones de unos u otros tribunales con respecto a la admisibilidad o rechazo de una indemnización civil, cuando esa responsabilidad proviene como consecuencia de la comisión de un hecho punible. Ello traería seguridad a las víctimas o a sus herederos ante las reclamaciones que por ese motivo hicieran y con ello también se pondría en su más alto lugar nuestra sagrada labor: la de hacer justicia!

BIBLIOGRAFIA

MAZEAUD, Henri y León, TUNC, André "Traité **Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile" (Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil).** Tomo II, 6a. edición. Ediciones Montchrestien. París. 1965.

PLANIOL Y RIPERT, **Tratado Elemental de Derecho Civil.** Volumen II. México. 1945.

LE ROY, Max, **L'evaluation du préjudice corporel (La evaluación del daño corporal).** 7a. edición. Librairies Techniques. París. 1977.

LE TOURNEAU, PHILIPPE, **"La Responsabilité Civile". (La responsabilidad civil),** 2a. edición. Dalloz. París. 1976.

Boletines de jurisprudencia francesa y sentencias de nuestros tribunales (citadas en el texto del trabajo).

******

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA ACCION CIVIL RESARCITORIA EN LA NUEVA LEGISLACION PROCESAL PENAL

Dr. Luis Gmo. Herrera Castro.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: Para intentar hacer un análisis de las ventajas o desventajas de la inserción de la acción civil resarcitoria en el proceso penal, debemos previamente recordar algunos aspectos relacionados con la responsabilidad civil derivada de las acciones delictuosas, según los Códigos, Procesal Penal de 1910, y Penal de 1941. Recordemos que en ambas legislaciones regía básicamente la concepción positivista con algunos elementos de la Escuela Clásica, por lo que nos atrevemos a afirmar, que nuestra legislación penal seguía una teoría ecléctica. En primer lugar, era una obligación legal de todo juez penal incluir en el fallo penal, en caso de condena por el hecho delictuoso investigado, pronunciamiento sobre la responsabilidad civil (1).

La concepción positivista de la vieja legislación se resalta en el hecho de que este pronunciamiento obligatorio se le considera una consecuencia necesaria de todo hecho delictuoso, y en consecuencia, la obligación de incorporarlo en la parte dispositiva de la sentencia penal. Por el contrario, el elemento clásico o privatista se manifiesta en la circunstancia de que pese a que "de oficio" se incorporaba el pronunciamiento sobre la indemnización civil, correspondía al ofendido proceder a la ejecución del fallo penal en la vía civil (2).

Sin embargo, entró en vigencia el nuevo Código de Procedimientos Penales, que como bien sabemos introdujo un nuevo sistema, a tal punto que se pasó de un sistema fundamentalmente escrito a uno fundamentalmente público y oral. Además, la nueva legislación eliminó el viejo y obsoleto sistema inquisitivo para dar paso a una moderna concepción del proceso penal, en donde el ejercicio de la acción penal pública se le atribuye en forma monopólica a un órgano del Estado, que en nuestro país se llama Ministerio Público y en otros, Ministerio Fiscal (art. 5 C.P.P.).

---

(1) El artículo 120 del C.P. de 1941 dispone: "Toda sentencia condenatoria en materia criminal produce las siguientes consecuencias: . . .a) La obligación de restituir, reparar el daño e indemnizar los perjuicios provenientes del hecho punible". Por su parte, el art. 102 del C.P.P. de 1910 establece, que "La sentencia definitiva se formulará con los siguientes requisitos . . .4) El Por tanto o parte dispositiva de la sentencia debe contener . . .el pago de costas y daños y perjuicios, cuando cupieren. . .".

(2) El artículo 700 del C.P.P. de 1910 dispone: "Las responsabilidades pecuniarias declaradas a título de indemnización del daño privado del hecho punible y de costas, se harán efectivas ante los tribunales civiles según las reglas del procedimiento civil para la ejecución de sentencias". Si las partes no estaban expresamente declaradas en la parte dispositiva del fallo penal, tanto el ofendido, como el demandado civil, tenía que acudirse a la vía civil ordinaria (art. 7 C.P.P.).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En lo que se refiere a la reparación civil la nueva legislación está influenciada por la Escuela Clásica, sea, el considerar el derecho resarcitorio así como el de acción, como de naturaleza privada. Son las víctimas (en sentido amplio) del delito, quienes escogen la vía para la obtención del pago: la vía civil ordinaria o la vía del proceso penal (3).

Expuesto como está en forma muy breve los fundamentos de las dos Escuelas que han influenciado las diversas legislaciones en lo que se refiere a la naturaleza privada o pública de la responsabilidad civil, podemos ahora hacer los planteamientos que nos permitirán con mayor facilidad abordar un análisis de nuestra legislación, y así, tratar de emitir una opinión con respecto a su eficacia o ineficacia. Debemos preguntarnos: ¿cuál de los dos sistemas incorporados, tanto en el Código derogado como en el vigente, es más efectivo, por adecuarse mejor a las condiciones socio-culturales de nuestra sociedad, y especialmente al abogado costarricense? Lógicamente, para poder dar una respuesta satisfactoria, tendremos que hacer un examen de ambas legislaciones en lo que interesa, así como considerar las opiniones de algunos procesalistas. Sin duda alguna tendremos que tomar en cuenta algunos pronunciamientos de nuestros tribunales, para comprender el valor de la legislación en la práctica jurídica.

Finalmente, y en caso de que llegásemos a una respuesta no esperada por muchos, en especial por los defensores de la "doctrina cordobesa", como sería la demostración de la ineficacia de los dos sistemas, tendríamos entonces que pensar en la posibilidad de la estructuración de uno nuevo, que nos permita rescatar los elementos más valiosos de cada uno, con tal de que se acomode a la "idiosincrasia jurídica" de nuestro pueblo.

2. FUNDAMENTO PARA INSERTAR EN EL PROCESO PENAL EL EJERCICIO DE LA ACCION CIVIL RESARCITORIA. Varias explicaciones nos da la doctrina para justificar el ejercicio de la acción civil resarcitoria en el proceso penal (4). Sin embargo, sin dejar de escatimar las bondades de cada una de ellas, lo que más interesa es resaltar los principios que motivaron la inserción de la acción civil en el proceso penal.

En primer lugar se ha hablado del principio de unicidad del proceso penal, con su corolario, la prohibición de fallos contradictorios, y, la economía procesal. Son estos los principios fundamentales que se esgrimen para justificar esa situación jurídica, es decir, brindarle a las víctimas del delito dos alternativas: una de acudir directamente a la vía civil, una vez finalizado el proceso penal; y otra, de incoar la acción dentro de éste, con la limitación, de que en este último caso, el objeto de la acción queda reducido a la pretensión estrictamente civil (arts. 57 y 386 párrafo 2 C.P.P.). En otras palabras, la pretensión del actor civil solamente puede abarcar: la restitución de las cosas o en su defecto el pago del respectivo valor, la reparación del daño (material o moral), la indemnización de los perjuicios y las costas (procesales y personales) (5). Por su parte, el artículo 67 del C.P.P. le concede entre las facultades al actor civil, las que tiendan a acreditar el hecho delictuoso, aun cuando la realidad en todo el articulado del Código, es que su actuación está casi totalmente reducida a la de un simple espectador de la investigación. En realidad se trata de una gran paradoja de nuestro Código, ya que en definitiva, son los otros sujetos del proceso: el Juez, el imputado, el defensor y los representantes del Ministerio Público, los que tienen en sus manos los mecanismos procesales

---

(3) Sobre la naturaleza jurídica de la constitución de parte civil, puede consultarse el valioso ensayo del Dr. Enrique Castillo "Ensayos sobre la Nueva Legislación Procesal Penal", Editado por el Colegio de Abogados ps. 143 ss. y en lo que se refiere a los efectos que se derivan de la aplicación del principio "electa una vía, non datur recursos ad alterum", p. 179. Además puede consultarse Miguel Fenech, "Derecho Procesal Penal", Editorial Labor S.A., 1952, ps. 515 ss.; Ricardo Levene, "Códigos Procesales Penales Argentinos", Editora Platense, 1973, tomo I, ps. 255 ss.

(4) No vamos a entrar en detalle sobre las diversas opiniones de los tratadistas, ya que un estimable colega costarricense, el Dr. Castillo Barrantes las expone en forma muy clara y concisa en la ob. cit., ps. 104 ss. Puede además consultarse de Prieto Castro y Eduardo G. de Cabiedes, "Derecho Procesal Penal", Editorial Tecnos, Madrid, 1976, ps. 131 a 134; Giovanni Leone, "Tratado de Derecho Procesal Penal", EJEA, Buenos Aires, 1963, tomo I ps. 478 ss.; Colín Sánchez, "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Editorial Porrúa S.A., México, 1977 ps. 192 ss.

(5) Artículo 103 del C.P. vigente en relación con los artículos 122 a 138 del C.P. de 1941, que aún rigen de conformidad con la Ley No. 4891 de 8 de noviembre de 1971.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

para el desarrollo del proceso. Verbigracia, las facultades concedidas al juez instructor (arts. 186, 188, 201, 291, etc.); al imputado y a su defensor (arts. 33 —recusación—; asistencia a las diligencias probatorias —art. 191-193—; participación a los actos de la instrucción —art. 194—; asistencia en la indagatoria —arts. 275, 278—; deducción de excepciones —art. 342—; réplica de las conclusiones —art. 389 párr. 4—; etc.); al Ministerio Público se le conceden las siguientes: ejercicio de la acción penal pública —art. 5, 10—; facultad para recusar —art. 33—; apelación del auto que rechaza la instrucción —art. 188—; participación activa en la instrucción —arts. 190, 196, 275, 279—; apelación de la excarcelación —art. 309—; apelación del sobreseimiento —322—; deducción de excepciones —330 y 354—; réplica —389 párr. 4—, etc. La mayoría de estas facultades le son negadas al actor civil, quedando este procesalmente en un plano de absoluta desigualdad con respecto a los otros sujetos del proceso, especialmente con respecto al demandado civil.

3. NATURALEZA DE LA ACCION CIVIL RESARCITORIA. La mayoría de los juristas coinciden en el sentido de que la acción civil resarcitoria es privada, para distinguirla de la acción pública, como es el caso del ejercicio de la acción penal (6). Se estima que el derecho de resarcimiento, así como el derecho a accionar son de naturaleza privada, por cuanto el efecto civil derivado del hecho delictuoso, afecta exclusivamente el ámbito particular de las víctimas; en consecuencia, la pretensión civil, solo puede interesar al particular agraviado. Siempre será la víctima, la que opta por el ejercicio de la acción (en sede civil o en sede penal), y en algunos casos excepcionales, expresamente previstos en la ley procesal, el titular del derecho puede delegar el ejercicio de la acción a un órgano público; o bien, cuando la víctima carezca de capacidad jurídica o se trate de un menor de edad, pueden ser representados por órganos específicamente creados para tales efectos (art. 10 C.P.P.).

La privacidad, dice el Dr. Castillo Barrantes, la podemos apreciar desde un triple punto de vista:

a) En cuanto al interés tutelado. Sabemos que las acciones delictuosas afectan dos tipos de bienes, cuyos intereses son totalmente opuestos por la naturaleza del derecho que los regula. Uno, es de naturaleza pública, regulado por el Derecho Penal, en el cual se manifiesta el interés de toda la sociedad como colectividad jurídica y políticamente organizada. El otro interés, que es el que debemos considerar, se refiere al particular o la persona concretamente lesionada en su humanidad (daño material o físico), en su peculio (daño económico) o en su órbita ético-espiritual (daño moral), casos en los cuales el derecho les otorga un derecho subjetivo disponible unilateralmente por el afectado. En otras palabras, el delito penal constituye una de las fuentes que generan obligaciones civiles, que en nuestro Código Civil, se regulan en los artículos 693, 701 y 1045, básicamente.

b) Disponibilidad. Entre las características que se resaltan están: renunciabilidad, transabilidad, compensabilidad, desistible (7), transmisible por herencia y delegable el ejercicio de la acción (8).

4. LA ACCION CIVIL FRENTE A LO PENAL. Nos interesa resaltar algunos problemas prácticos que se presentan con el ejercicio de la acción civil en sede penal, ya que aun no están resueltos en forma satisfactoria por nuestra legislación.

---

(6) Sobre la naturaleza de la acción civil puede consultarse: Dr. Castillo Barrantes, ob. cit. ps. 143 ss.; Prieto Castro, ob. cit. ps. 113 ss.; Miguel Fenech ob. cit. ps. 528 ss.; Ricardo Levene, ob. cit. ps. 259 ss.; Alfredo Vélez Mariconde, "Derecho Procesal Penal", Lerner, Buenos As. 1969, tomo I, ps. 304 ss.; Clariá Olmedo, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Ediar S.A., Buenos Aires, 1962 tomo II, p. 448; etc.

(7) De acuerdo con el artículo 69 del C.P.P. la acción civil resarcitoria puede ser desistida expresa o tácitamente. El artículo subsiguiente, sea el 70, dispone que los efectos que se derivan de este acto se traduce en una renuncia del pretendido derecho resarcitorio. Se discute en la Doctrina, si el artículo 70 comprende a ambas formas de desistimiento. Nosotros creemos, al igual que lo expone el Licenciado D. Edgar Cervantes Villalta, que de acuerdo con la doctrina italiana y argentina, dicha norma es comprensiva únicamente del desistimiento expreso, por cuanto es el único acto jurídico en que el titular del derecho (material) renuncia en forma expresa a él. Por el contrario, en el desistimiento tácito, la voluntad del actor civil manifestada en los diversos supuestos que el Código prevé, el titular no renuncia al derecho resarcitorio, sino que tácitamente renuncia o abandona la instancia (del proceso penal); en consecuencia, los efectos deben ser exclusivamente de naturaleza procesal-penal (véase infra ps. 15 y 16).

(8) Según el Dr. Castillo Barrantes, tantas veces citado, el "crédito resarcitorio" es cedible, pero el cesionario no puede ejercer la acción en sede penal por no estar permitido en forma expresa en nuestra legislación; este criterio lo compartimos, por cuanto en verdad, el artículo 9 del C.P.P. legitima exclusivamente en el ejercicio de la acción civil al "damnificado" (directo o indirecto) o a sus herederos (transmisibilidad por herencia), o bien, por los "representantes legales o mandatarios de ellos" (ob. cit. ps. 146, 147 y 159).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a) INDEPENDENCIA DE LA ACCION: Bien sabemos que la acción penal pública es en el orden lógico-procesal, la principal. En otras palabras, que nacido a la vida jurídica el proceso penal, la acción civil instaurada en éste, depende de aquélla en la mayoría de los casos. Son muy pocas las ocasiones en que la acción civil sobrevive a la penal. En principio, en todos los casos en que de acuerdo con nuestra legislación el proceso termina antes de la sentencia definitiva, conlleva el efecto paralizador de la acción civil, la que sigue la suerte de la penal, debiendo en consecuencia el titular del derecho acudir a la vía civil ordinaria, ya que su derecho aún no se encuentra extinguido, a no ser que por el transcurso del tiempo ésto ocurra conforme a la ley civil. Entre los casos en que el Tribunal de juicio debe pronunciarse siempre sobre la acción civil resarcitoria, previa celebración del Debate, están: a') cuando se extingue la acción penal en los casos de amnistía, perdón del ofendido, perdón judicial y prescripción, cuyas causales son descubiertas o producidas en el Debate, las que obligan al Tribunal a absolver al procesado y a pronunciarse, declarando con o sin lugar, la respectiva acción civil (art. 11 C.P.P.), y, b') en los casos de inimputabilidad (completa o disminuida) determinada en el juicio oral y público, el Tribunal debe imponer en sentencia las respectivas medidas de seguridad y pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria (art. 104 C.P.) (9).

En relación con la independencia de ambas acciones y la accesoriedad de la civil con respecto a la penal en lo que se refiere a la supervivencia, nuestra legislación no contiene una normativa clara, lo que impulsa a los jueces a una interpretación, debiendo éstos integrar la legislación procesal, penal, lo que en la mayoría de las veces produce una diversidad de criterios entre los tribunales, generando así más zozobra e inseguridad.

b) "ELECTA UNA VIA NON DATUR RECURSOS ALTERUM": Nuestra legislación tampoco contiene normas precisas que regulen las diversas situaciones que pueden presentarse en cuanto a la vigencia de este principio. A excepción del art. 11, que establece que la acción civil resarcitoria podrá ser ejercida sólo cuando esté pendiente la acción penal, no encontramos más disposiciones que regulen todo lo relativo a los efectos que se producen si se ejercen en forma simultánea en la vía penal y en la civil, o si ejercida únicamente en la vía civil y dictada la sentencia —penal—, si ésta produce cosa juzgada material sobre la civil (10). Estas lagunas se presentan también en cuanto al principio *"le pénal tient le civil en état"* (lo penal mantiene a lo civil en estado de espera). Creemos al igual que el Dr. Castillo Barrantes, que debe introducirse en nuestro Código una normativa más clara y precisa sobre todos estos principios, por cuanto estas omisiones generan problemas de suma gravedad, que no es posible librar a la interpretación de los jueces.

c) REGLAS SOBRE LA PRUEBA. El C.P.P. no dispone absolutamente nada sobre la aplicación de las reglas que rigen la admisibilidad, calificación y valoración de las pruebas de la pretensión civil. Nos preguntamos, si a la acción civil resarcitoria se le aplica lo dispuesto por el artículo 198, o bien, si se rige por las normas del Derecho Civil. Observamos, que concretamente en cuanto a la recepción y ofrecimiento de pruebas en la instrucción, se le niega al actor civil toda participación, quedando en estado de desventaja con respecto al demandado civil (imputado); la misma situación de desventaja se presenta con respecto a otros demandados civiles, como el civilmente responsable.

Producto de esa situación, nos hemos preguntado si a las partes civiles se les aplica lo estatuido por el art. 719 del C.C. o la regla del art. 752 en lo que se refiere a la prueba de actos jurídicos cuyo objeto tenga un valor superior a doscientos cincuenta colones. ¿Ceden estas disposiciones ante el artículo 198 del C.P.P.?

Por la falta de una regulación más concreta y técnica de estos problemas, creemos en principio, que la prueba del objeto de la acción civil se debe regir por las reglas generales del C.P.P., especialmente lo dispuesto por el art. 198 del C.P.P.; salvo en aquellas situaciones en que la ley procesal civil pueda compatibilizarse con la procesal penal. Este criterio, si bien no es el más aceptable, obedece a la falta de previsión legislativa, y en especial, por considerarse que la estructura del proceso es de naturaleza penal, y ésta tiene prioridad sobre la civil, que jurídicamente hablando, constituye tan

---

(9) Para una ampliación sobre todos estos aspectos, véase la ob. cit. del Dr. Castillo Barrantes, ps. 170-173; Clariá Olmedo, ob. cit. ps. 459 y 460; Miguel Fenech, ob. cit. ps. 546 ss.

(10) Castillo Barrantes, ob. cit. ps. 182 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

solo un procedimiento (incidental) especial, desarrollable dentro del proceso penal, en virtud de disposición legal (11).

d) EXCEPCIONES. En los artículos 329 a 337 se regula todo lo referente a las excepciones, tanto las llamadas de previo y especial pronunciamiento, como las perentorias. No obstante, este articulado está destinado exclusivamente al proceso penal en lo que se refiere a la pretensión punitiva, omitiéndose de manera inexplicable, lo concerniente a las partes civiles. Pensamos que quienes redactaron el Código, perfilaron su actividad más que todo desde una visión muy estrecha del Derecho Procesal Penal, ignorándose que aun el Derecho Procesal Civil es fuente supletoria de todas las ramas procesales del Derecho. Ya este Tribunal ha conocido casos en que se han interpuesto excepciones de ambas clases, y han sido admitidas, bien para resolverlas de previo a todo pronunciamiento, o bien defiriéndolas para sentencia definitiva.

e) EMBARGO Y TERCERÍAS. En el caso concreto del embargo, cuyo pronunciamiento se hace en el auto que ordena el procesamiento, el Código sí contiene una norma expresa que nos remite al C.P.C. (528 C.P.P.). Resulta interesante que en este caso, así como en la ejecución de la sentencia (art. 524 C.P.P.) y en el de la competencia y distribución de asuntos (art. 71 de la Ley 5711 de 27 de junio de 1975), sí se haya prevista la aplicación supletoria de la legislación procesal civil. Nos preguntamos, ¿por qué no se ha hecho lo mismo en lo que se refiere a la constitución de actor civil?

En cuanto a las tercerías, cuya intimidad con el embargo y el remate son inevitables, tampoco se ha dispuesto nada, y no queda más que aplicar en forma supletoria las reglas del C.P.C.

f) INCIDENTES. El Código Procesal Penal no dispone absolutamente nada sobre el trámite procesal de los incidentes, salvo en los casos específicos para los cuales crean un procedimiento incidental (incidente especial). El ejercicio de la acción civil puede dar origen a una gran cantidad de incidentes, sin que existan normas generales dedicadas a este tema. ¿Se aplicará la sanción de caducidad a que se refiere el art. 390 C.P.C.? En principio creemos que no, por las razones anteriormente expuestas, sea, la prioridad de las reglas penales. No obstante, la omisión no se justifica, lo que obligaría al juez a adoptar dos posiciones: una formalista o exegeta, rechazando toda posibilidad de incidente no regulado en forma expresa en la ley. La otra sería crear el procedimiento, lo que equivale a que cada tribunal emita su criterio propio, surgiendo así una diversidad de trámites, sin que haya unidad procedimental.

g) LITIS CONSORCIO. Si la legislación civil es parca en la regulación de este importantísimo instituto, la legislación procesal penal es totalmente omisa. En forma alguna se resuelven la diversidad de problemas que podrían surgir con motivo de la participación de varios sujetos, cuando su concurrencia es necesaria para dictar sentencia. Por ejemplo, cuando siendo varios los herederos, ¿solamente uno ejercita la acción civil resarcitoria? En este caso, ¿qué procedimiento se sigue para citar a todos?; si el heredero constituido en actor civil desiste de la acción en forma expresa ¿afecta el derecho de los otros?; cuando ejercida la acción por un solo heredero, ¿debe el Tribunal pronunciarse con respecto a la totalidad de la pretensión, o solamente en cuanto a la parte que proporcionalmente le corresponde? ¿Están legitimadas otras víctimas del delito para ejecutar la sentencia obtenida en un proceso en que ellos no figuraron como actores civiles?

Muchos otros problemas podrían presentarse en el caso de la participación obligada de varios demandados civiles, como el caso de que fuesen varios los civilmente responsables.

Claro está, muchos de esos problemas encuentran solución aplicando supletoriamente otras leyes, como sería el Código Civil; o bien, la doctrina de mayor aceptación. Pero, la interpretación como método de integrar el Derecho no resuelve todos los problemas, ya que es más importante una norma clara y precisa, que una buena interpretación.

5. OTROS PROBLEMAS QUE SURGEN DE LA APLICACION DE ALGUNAS DISPOSICIONES DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Los problemas que a continuación vamos a exponer constituyen una prolongación del acápite anterior, con la particularidad de que las situaciones

(11) En relación con el tema de las tachas, puede consultarse un artículo que me fue publicado en la Revista Judicial No. 6 del año 1977, ps. 71 ss., titulado "Las Tachas en el Nuevo Proceso Penal".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que enseguida expondremos son el resultado de la aplicación de determinadas disposiciones legales relativas al tema en estudio. Entre los muchos que se presentan, hemos escogido los siguientes:

a) **LEGITIMACION (art. 9 C.P.P.):** De conformidad con este artículo solamente las víctimas del delito (ofendidos directos o indirectos), sus herederos en los límites de sus cuotas hereditarias, o los representantes y mandatarios de éstos, pueden ejercer la acción civil resarcitoria en el proceso penal. Lógicamente en todo lo que se refiere a la capacidad jurídica de las personas físicas así como la personería de los entes jurídicos, hay que remitirse a las disposiciones del Derecho Común.

El acto de constitución en actor civil puede ser realizado directamente o "personalmente" por el ofendido, si tiene capacidad jurídica o bien por medio de un mandatario judicial (art. 57) (12).

Ya, una vez constituido el ofendido en parte civil, si no tiene mandatario, debe nombrarlo o bien hacerse representar por un abogado (art. 87 C.P.P.). A pesar que nada se dispone en cuanto a defectos de personería, pensamos que deben ser subsanados de oficio a solicitud del juez instructor, o bien, la parte contraria podría invocarlos, si se trata del demandado civil, en la oportunidad a que se refiere el art. 61 en relación con el 62 del C.P.P.

Igualmente, el Código no regula nada en cuanto a la falta de ligitimación por no ser las partes titulares del derecho o de la obligación de resarcir los daños y perjuicios, ni la posibilidad del demandado de deducir excepciones: falta de derecho, falta de causa o falta de interés.

Fácilmente nos damos cuenta, de que los problemas que surgen en torno a la legitimación, ya sea la llamada "ad procesum" o "ad causam", activa o pasiva, no están resueltos en forma satisfactoria en la legislación procesal vigente, y nadie puede ignorar que constituyen piezas fundamentales del Derecho Procesal Civil, pues de ellos depende la validez de la relación jurídico-procesal y consecuentemente del proceso mismo, así como el éxito de la acción.

b) **ESCRITO DE CONSTITUCION DE ACTOR CIVIL.** En la forma en que ha quedado redactado el artículo 57 del C.P.P., se le ha quitado toda la importancia del caso a la acción civil resarcitoria, relegándola a un segundo plano ante la sumisión total a las normas estrictamente de derecho procesal penal, así como ante la oscuridad e imprecisión de éstas. No comprendemos si el legislador (o quienes redactaron el Código), quisieron, movidos por la doctrina informante, flexibilizar el procedimiento en lo que se refiere a la acción civil, negándole importancia a un escrito que en el fondo es una verdadera demanda, o bien hacer desaparecer todo signo procesal civil. Tampoco sabemos si los requisitos que se establecen son de alguna naturaleza especial, ya que no están sancionados bajo pena de nulidad. La informalidad con que ha sido regulado este importante acto procesal, sea el de constitución del actor civil, revela realmente un desconocimiento de los principales principios de la teoría de la acción. A nuestro criterio este escrito es de suma importancia, por lo menos en lo que se refiere al actor civil, ya que contiene una pretensión que en la vía civil debería ser objeto de una demanda ordinaria. Las consecuencias legales que se derivan de éste pueden ser muchas, como, por ejemplo, determinar la existencia del daño o no, la fijación concreta del monto para efectos de ejercer el recurso de casación; o bien una indemnización basada exclusivamente en daño moral: en este caso, ¿debe hacerse la fijación de la cuantía o no? o ¿debe ser estimada como de cuantía inestimable?

Otro problema derivado de esa fijación del monto de la pretensión, es si el Tribunal legalmente está obligado a hacer una condena concreta en la sentencia penal o no (13), lo que ha producido graves discrepancias entre los Tribunales del país.

c) **OPOSICION.** La oposición que pueden realizar las personas que son demandadas, debe hacerse necesariamente dentro de un término que el Código fija en cinco días (arts. 61 y 62 C.P.P.); oposición que será tramitada por la vía incidental.

---

(12) El Tribunal Superior de Limón resolvió en resolución No. 349 de 1979, que si el ofendido está impedido físicamente para firmar, puede hacerlo por él cualquier persona, y estando autenticado el escrito por un abogado, equivale a una presentación personal.

(13) El criterio sostenido por el Tribunal Superior de Limón es de que no es necesario hacer la condena en concreto, pues si faltan elementos de prueba para la determinación concisa de cada partida, es mejor que se determinen en ejecución de sentencia. La Sala Segunda Penal ha dicho que se debe precisar el monto en sentencia para poder darle entrada al recurso de casación; (25F de 1978), pero si no se puede precisar el monto, la entidad del gravamen puede deducirse de otros elementos de juicio para poder darle entrada al recurso. Otros Tribunales, como el Superior Segundo Penal, Sección Segunda, consideran que siempre debe hacerse la condena en concreto.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Como el término, que en el fondo es un emplazamiento, es sumamente corto, no sabemos qué ocurre si el caso de delitos recíprocos, se puede contrademandar, o el demandado civil debe accionar separadamente constituyéndose en actor civil. No se dispone nada en el Código sobre la posibilidad del demandado para deducir excepciones, lo cual es una laguna de mucha gravedad, ya que legalmente se omite la posibilidad del accionado, de atacar los vicios de procedimiento y la falta de presupuestos de fondo.

d) FACULTADES DEL ACTOR CIVIL. Ya mencionamos con anterioridad, que las facultades que se le conceden en el proceso penal al actor civil, son muy limitadas, tal y como se desprende del texto del artículo 67 y del resto del articulado del Código, de donde se desprende que este sujeto procesal se encuentra en una condición de desigualdad con respecto al imputado-demandado civil, a quien la ley le concede las mismas facultades del imputado (art. 79 C.P.P.). Esta desigualdad procesal se traduce en un estado de indefensión para el actor civil, pues como bien sabemos su intervención en la instrucción es mínima, especialmente en lo que se refiere al ofrecimiento y a la recepción e intervención en las pruebas. Hay que considerar, que en la forma en que actualmente está estructurado el proceso penal, con la inserción del procedimiento de constitución de actor civil, la prueba no es solamente de naturaleza penal, sea, que tenga como finalidad exclusiva la demostración de la existencia o inexistencia del delito con todas sus circunstancias, así como la culpabilidad o inculpabilidad del imputado, sino, que también sirve para la demostración del daño causado a las víctimas, su alcance y demás pretensiones del actor civil. Esta doble finalidad de la prueba, obliga a corregir esta desigualdad procesal de los sujetos intervinientes en el proceso penal.

e) DESISTIMIENTO. Como lo hemos dicho anteriormente (véase supra nota No. 7, p. 6), es nuestro criterio de que el desistimiento tácito no mata el derecho substantivo, sino únicamente la instancia (civil) en sede penal, cuyas consecuencias son intrascendentes para el proceso penal, que jurídicamente tiene vida propia.

La realización de cualquiera de los hechos que la ley procesal prevé como constitutivo del desistimiento tácito, no implica ni afecta la voluntad del titular del derecho (resarcitorio), ni podría interpretarse en otro sentido. El Titular del derecho, quien ejerce la acción civil en sede penal, tácitamente desiste de la instancia; en otras palabras, desiste de una de las opciones que la ley le ofrece para el ejercicio de su acción. Siguiendo la mayor parte de la doctrina, este desistimiento tácito constituye un abandono de la instancia, y es lo que en el C.P.C. se denomina deserción (14).

6. CONCLUSIONES. La breve exposición anterior no ha pretendido agotar un tema tan vasto como la acción civil resarcitoria, sino tan solo, programamos como objetivo, la exposición de algunos de los problemas prácticos que surgen con la aplicación de las normas que regulan este tema, especialmente las del C.P.P. (15).

Una de las cosas que más me ha extrañado, es que tratándose de un tema tan importante y tan vasto, el Código lo reduce en el ámbito procesal a treinta y un artículos, de los cuales, la mayoría son poco claros u omisos. Sabemos que la doctrina que inspiró a los redactores del Código para insertar la acción civil resarcitoria en el proceso penal, fue la italiana, a través de la doctrina argentina, especialmente la derivada del Código de Córdoba, que sirvió como puente; tal vez influyó en importante medida un deseo innovador, pero poco auténtico u original, pues se desechó de un solo haz todo lo valioso y positivo de nuestra legislación anterior, olvidándose que los fundamentos de nuestra cultura vigente están en los cimientos pretéritos de las construcciones humanas.

En consideración a los problemas que hemos expuesto a lo largo de la exposición, surge la interrogante siguiente: ¿es posible dar alguna solución correcta reviviendo instituciones de la legislación derogada?

Estimamos que en la búsqueda de una adecuada solución, debemos considerar por el momento tres, que a continuación exponemos:

a) Que se integre una comisión con procesalistas (tanto penalistas como civilistas) y especialistas en Derecho Penal y Civil, a fin de que inicien un análisis profundo de nuestra legislación procesal

(14) Para una mayor información puede consultarse la Tesis de Grado (inédita) del Licenciado Ricardo Hilje Quirós, especialmente las ps. 252 ss. en la cual encontramos una importante bibliografía.

(15) En otro libro que estoy escribiendo y que analizo detalladamente cada artículo del C.P.P., me planteo los grandes problemas de la responsabilidad civil, tanto desde un punto de vista doctrinal, como legal y jurisprudencial.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

penal en lo que se refiere a la constitución de actor civil, de tal forma que esta comisión integre positivamente todas las opiniones de los abogados y jueces del país que se interesan sinceramente por el perfeccionamiento de nuestro ordenamiento jurídico. El informe que esta comisión emita podrá servir de base a una eventual reforma general del articulado, así como a una ampliación necesaria del mismo. Esta primera solución tendría que llenar todas esas lagunas que hemos venido citando, pero que en definitiva, se pronuncia por el mantenimiento del ejercicio de la acción civil en sede penal.

b) La segunda solución, sería volver al sistema anterior, reviviendo en lo compatible, la legislación procesal penal de 1910. Es el sistema mixto (véase supra p. 1), en virtud del cual, en toda sentencia penal hay que hacer una condena en abstracto, independientemente de que los ofendidos se constituyan en acusadores particulares. Recordemos que de acuerdo con el Código derogado, cualquier persona podía presentar querella si tenía capacidad para ella o bien por medio de mandatario (16), y para obtener el pago de los diversos extremos, había que ejecutar la sentencia penal en la vía civil.

c) La tercera solución sería mantener la condena en abstracto, sea, considerar a ésta como una consecuencia obligada de toda sentencia penal. Con esta posibilidad, el ofendido no puede constituirse en acusador particular, pero sí se le concede una participación limitada, de tal forma que coadyuve al Estado en el ejercicio de la acción penal pública (17).

Examinemos cada una de las tres soluciones que la doctrina y la legislación ofrece.

La primera, es el camino adecuado para solidificar la situación jurídica vigente, y compatible con el criterio de quienes defienden el sistema actual. Pensamos, que al implantarse el nuevo sistema, debió hacerse las adaptaciones necesarias, a fin de rescatar los elementos más positivos de la legislación de 1910. Desgraciadamente en nuestro país, es muy característico introducir innovaciones contrarias a nuestra realidad socio-cultural, por lo que podemos afirmar, que a nuestra cultura le falta autenticidad; esto ha ocurrido especialmente en el campo del Derecho.

Pese a las bondades que se anotan de la Doctrina italiana y desde luego la argentina, hemos llegado a la conclusión de que el sistema vigente es inadecuado e inadaptable al sentido socio-psicológico de la gran mayoría de los abogados costarricenses; esta es la única explicación lógica de por qué se plantean tantos problemas y discrepancias en el ejercicio de la acción civil resarcitoria. Creemos que la realización de profundas reformas a la normativa actual, no conduciría a nada concreto y efectivo, pues ya es harta conocida la apatía de nuestros abogados para ejercer la acción civil en sede penal. La estructura "oficiosa" de éste, el desplazamiento de la víctima del delito en la demostración del hecho delictuoso, son causas suficientes que explican por qué éstas prefieren instaurar la acción en la jurisdicción civil. Pero el problema de mayor gravedad, es que la gran mayoría de los abogados que optan por el ejercicio en sede penal, fracasan en su objetivo, ya que generalmente no ofrecen la prueba idónea en el momento procesal oportuno, pues psicológicamente el abogado piensa, que con el impulso de oficio y de los otros sujetos, se puede extraer la prueba de su pretensión. En definitiva, el nuevo sistema no se adapta al me-

---

(16) Véanse los artículos 1, 2, 6 y 155 y ss. del C.P.P. de 1910.

(17) Este sistema se sigue actualmente en México. El art. 141 dice: "La persona ofendida por un delito no es parte en el procedimiento penal; pero podrá proporcionar al Ministerio Público por sí o por apoderado, todos los datos que tenga y que conduzcan a comprobar la existencia del delito, la responsabilidad del inculpado y la procedencia y monto de la reparación del daño, para que si lo estima pertinente, en el ejercicio de la acción penal los suministre a los tribunales". Comentando esta disposición el tratadista mexicano Guillermo Colín Sánchez ha dicho: "Del contenido de ambos preceptos se desprende que: el ofendido, desde que se inicia el procedimiento penal, está realizando con su intervención un conjunto de actos tendientes a encaminar la labor del Ministerio Público hacia la consignación de los hechos; en consecuencia, tácitamente queda constituido como un coadyuvante. Coadyuvar significa ayudar a algo, así lo hace el ofendido ante el Representante Social para el logro de la condena del procesado y la obtención de la reparación del daño" ("Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", ob. cit. p. 196). Este criterio, al igual que otra parte de la doctrina, trata de reivindicar el papel del ofendido en el ámbito del proceso penal, por cuanto se le considera un sujeto de suma importancia en la averiguación del delito. En este país, la intervención del ofendido queda prácticamente limitada a la que le dé el Ministerio Público; así ocurre en la jurisdicción Federal, ya que en la estatal o regional, concretamente en el Distrito Federal, al ofendido se le concede la facultad de ofrecer pruebas en forma directa (obra cit. p. 196).
En España existe un sistema muy sui géneris. El ofendido puede accionar civil y penalmente en forma conjunta o separada (arts. 109 ss. de la Ley Enj. Crim.), pero si se trata de delitos de acción pública, siempre será obligatoria la intervención del M. Fiscal (Prieto Castro, ob. cit. ps. 103 ss.). Se sigue este sistema en Venezuela (arts. 2, 3, 90 y 100 C. Enj. Crim. Este sistema se asemeja en gran medida al del C.P.P. de 1910, con la diferencia que el representante obligado del Estado se llamaba Procurador.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dio socio-cultural costarricense y de allí la explicación de las voces de protesta de los abogados del "viejo sistema", cuya formación y experiencias sí estaban interconectadas en forma indisoluble (18).

Pese a lo dicho, y para que no se me mal interprete, considero que la oralidad y publicidad del juicio penal constituye una innovación transformadora, compatible con el sistema político vigente.

La segunda solución, sea, volver al sistema anterior, resulta totalmente incompatible con la estructura esencial del sistema procesal penal vigente, por cuanto es el Estado quien asume el monopolio del ejercicio de la acción penal; función que en nuestro país le ha sido asignada al Ministerio Público.

La tercera solución, considero que es la más adecuada a nuestra legislación, por cuanto rescata los aspectos más positivos del Código de 1910 e introduce alguna importante innovación, para los que gustan de éstas. Se trata del sistema mixto, en virtud del cual se le ofrecería la oportunidad a las víctimas del delito a coadyuvar al Ministerio Público. Podría incluso ofrecérsele la oportunidad de que puedan directamente ofrecer pruebas en la instrucción, y por qué no, ejercer algunos recursos. La intervención, que quedaría debidamente limitada en el Código y sería exclusivamente penal, estableciéndose sanciones procesales por falta de interés, abandono, etc. Pero en todo caso, al igual que en la legislación derogada, la condena en abstracto será siempre una consecuencia obligatoria y como tal hay que incluirlo en la sentencia penal (19). Este sistema, como se ha dicho, se sigue en México, pero nosotros lo podríamos adaptar a nuestras instituciones y a nuestra legislación. Lo más importante, es que se revivirían lo más esencial del Código de 1910, sea, la prioridad de los rasgos de la Escuela Positivista.

Lo anterior, constituye tan solo una opinión muy personal de un aficionado al Derecho, pero comprendido éste dentro de una dinámica histórica total, donde el derecho es un verdadero instrumento de transformación y no de estancamiento u obstáculo para el cambio social. Espero, que este pequeño artículo promueva alguna polémica, y es mi deseo, de que llegue a culminar con un seminario o foro sobre este importante tema, para aprovechar las experiencias y conocimientos de los abogados costarricenses que se preocupan por el perfeccionamiento de nuestro ordenamiento jurídico (20).

---

(18) Muchos defenderán la inserción del ejercicio de la acción civil en sede penal, alegando que está de por medio la unicidad del proceso, la unidad histórico-fáctica, etc. Pero todos esos argumentos, muy razonables por provenir de respetables abogados, caen ante la vigencia de nuestro contexto socio-cultural, que exige la adaptación de las leyes a éste. Creemos que la introducción de la normativa que regula la constitución de actor civil en el proceso penal, fue un error fundamental, y las experiencias lo demuestran. Basta con observar las estadísticas, para darse cuenta que el porcentaje de casos en que las víctimas se constituyen actores civiles, es bajísimo, lo que no justifica su existencia. Es un sistema que ha sido rechazado por el abogado costarricense, por la sencilla razón de que es un profesional muy arraigado al Derecho Civil, especialmente a las formalidades procedimentales. El juicio "por excelencia" es el ordinario y el abogado siente gran satisfacción cuando obtiene una victoria. Está acostumbrado a manejar una serie de mecanismos procesales tales como: excepciones, reconvenciones, tachas de testigos, incidentes de nulidad, tercerías, etc. Esta prevalencia del Derecho Civil y Procesal Civil, se manifiesta incluso en la misma estructura académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de C.R.
El hecho de que yo reclame a nuestros legisladores la falta de una normativa clara y precisa que contemple algunos procedimientos importantes, no implica que soy defensor ignato del Derecho Procesal Civil. Por el contrario, considero que debe hacerse una reforma general, pero tratando de rescatar las instituciones más positivas de nuestra legislación. Así lo hice ver en el artículo "Comentario a las Bases de Trabajo para redactar el articulado del Proyecto del Código Procesal Civil Costarricense", publicado en la Revista Judicial No. 9, 1978, ps. 27 ss. No dudamos en que la legislación civil es la más estática de todas, y que, repitiendo las palabras de Eduardo Novoa, se alza como un verdadero obstáculo al desarrollo social y económico. Pero, en casos de reforma, debe rescatarse lo más valioso y aquellas instituciones que han mostrado mayor flexibilidad (El Derecho como Obstáculo de Cambio Social, ps. 14, 15, 18 y 59).

(19) Véase lo expuesto en nota No. 1.

(20) Como se puede notar, no entro en detalles ni sistematizaciones de este nuevo sistema que propongo, que sin duda alguna, será acogido por algunos colegas; la determinación de éstos, como por ejemplo la forma de comparecer el ofendido, los requisitos de legitimación, la clase de recursos, la expedición de la ejecutoria, etc., serán acordados por los especialistas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS MEDIDAS TUTELARES*

Henry Issa El Khoury.
Prof. Asociado, Facultad de Derecho,
Universidad de Costa Rica.

ADVERTENCIA:

El presente trabajo no tiene otra pretensión que la de plantear una serie de preguntas y dudas sobre la temática del menor de edad; sobre su posición frente a la definición científica y estructura del delito y sobre la base jurídico-doctrinal para la aplicación a estos de las sanciones penales o tutelares.

Tal motivación permite que su carácter, más que desarrollo de tesis comprobatorias de hipótesis previamente formuladas, sea el de un esquema, con un orden determinado a propósito, de preguntas y respuestas hipotéticas, lanzadas en cuanto al tema. Se deduce entonces que no pretendemos decir aquí verdades absolutas ni proponer la última palabra sobre el tema, sino lanzar públicamente nuestros problemas, como temas de discusión.

Tómese, por tanto, el texto que sigue como un problema a investigar y no como la solución a un planteamiento sistemático precedente; como proyecto de investigación y no como la publicación de un resultado.

I. CONSIDERACIONES INICIALES.

Después de un largo proceso de discusiones y de análisis (que, creemos, aún no ha terminado y en el que encontramos posiciones tan diversas y contradictorias) sobre la responsabilidad del menor de edad, algunas de las cuales afirman que en su "actuación delictuosa" existe una total irresponsabilidad (1); otras manifiestan que el menor debe ser sujeto de sanción casi de la misma manera que lo puede ser un adulto que delinque (2) se ha llegado determinar un límite cuantitativo para plantear la línea divisoria no entre responsabilidad e irresponsabilidad del menor, pero si entre aplicabilidad o no de la ley penal. Es así, como, producto de toda una línea evolutiva que no hemos querido señalar (3) nace en las legislaciones una idea que en Costa Rica recoge el artículo 17 del Código Penal, de acuerdo con la cual la ley penal sólo aplicará a aquellos sujetos que en el momento de realizar la acción delictuosa sean mayores de 17 años. (Esta es la edad que presenta la legislación costarricense; tal consideración numérica varía en otras legislaciones).

---

* El trabajo que seguidamente se expone ha servido de base a una tesis de grado de pronta presentación en la Facultad de Derecho y a una ponencia sobre el mismo tema en el último Congreso Jurídico.

(1) *"En el Derecho romano era absoluta la irresponsabilidad del 'infans'. Durante la pubertad, las XII Tablas castigaban con la 'castigatio' o 'verbatio', pero con simples fines de amonestación"* PUIG PEÑA, Federico. Derecho Penal (Iber Amer. Publicaciones Hispanoamericanas S.A. Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 5ta. edición, 1959) T. II, Vol. II, p. 6.

(2) Por ejemplo, *"En el Derecho Canónico se acentúa el valor de la fórmula 'malitia suplet aetatem', y si el impuber era capaz de dolo se le declaraba responsable"* IBIDEM.

(3) De acuerdo con el carácter de este trabajo, vamos a obviar acá toda referencia histórica y todas las discusiones, por lo demás muy interesantes e importantes sobre cuál debe ser la edad límite para considerar a un sujeto dentro del Derecho Penal.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Lo anteriormente dicho, por supuesto, no significa que en Costa Rica se deje impune o dicho de otra forma, se deje sin observación estatal, no necesariamente castigada la acción que un menor de 17 años realiza y se ajusta a lo descrito en una ley de carácter penal. Lo que quiere decir es que en Costa Rica existe un procedimiento preventivo-punitivo especial creado para aquellos casos que, por razones de edad, no se pueda aplicar una sanción penal por la imposibilidad que la misma ley (art. 17 C.P.) señala de incoar un proceso penal.

Este dato, fácil de comprobar, significa para nosotros la resolución a un primer problema: el menor de 17 años no podrá ser contemplado dentro del ordenamiento penal como sujeto activo de delitos. Pero la aclaración de este problema no ayuda, en nada a otros propósitos ya que no nos da la pista en la búsqueda de hechos reveladores para el fundamento de la imposición de medidas tutelares (sanciones) a esta categoría de sujetos. Es decir resolvernos sólo el problema más obvio, nos plantea otro que consideramos de más importancia: ¿el menor de edad es irresponsable, penalmente hablando? Si no, ¿cuáles son los fundamentos legales y teóricos por el que pueden ser sometidos estos sujetos a medidas tutelares?; ¿son éstas sanciones?

El problema en principio no pareciera ser muy complicado: si se toma por una parte el párrafo segundo del artículo 17 citado *("La ley especial de menores determinará con qué extensión se aplicarán las disposiciones de este Código")* y por otra parte, el correspondiente de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores *("corresponderá —dice el artículo primero— a la Jurisdicción Tutelar de Menores la situación de los menores cuya edad no exceda de 17 años. . .")*, se infiere claramente que el fundamento legal, por el que un menor de 17 años puede ser sujeto de una imposición tutelar, es la relación entre los dos artículos citados.

Este fundamento legal, aparentemente tan nítido, no resuelve la parte de fondo del problema, porque entre la relación de los dos artículos mencionados solo se convalida la interrogante acerca del fundamento jurídico-penal de ambos. Pero esto es un acto legal que lógicamente es producto de una motivación o necesidad social: La creación de la jurisdicción especial para un grupo de sujetos no es un acto de prestidigitación ni de azar; responde, suponemos, a una determinada línea de política criminal de un estado, máxime que no se trata —en el fondo— de la creación de una nueva materia sustantiva de fondo, sino de la aplicación de nuevas reglas procesales a la trasgresión de leyes penales. Este hecho indica, a nuestro entender, la existencia de una motivación teórica. Es por eso que insistimos al decir que permanece sin respuesta la pregunta acerca de los fundamentos jurídicos por los que pueden aplicarse medidas de coacción (tutelares) a un menor de edad. (Aclaramos: creemos que ciertamente puede hablarse de un Derecho tutelar de menores, totalmente diferenciado de un Derecho penal y de un llamado Derecho de familia, para sólo citar dos ramos del quehacer jurídico; pero este es un punto diferente al que tratamos; el artículo 17 de C.P. no da esta tónica; únicamente señala a quiénes se les aplica la ley penal y a quiénes no).

Recapitulando, tenemos que existe un panorama claro: hay en Costa Rica un art. 17 del Código Penal que limita la edad para que un sujeto pueda ser sujeto acreedor de una sanción penal. Pero hay otros artículos (de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores) concretamente el primero, el segundo y el 29, que indican que existe un especial sistema sancionador (entiéndase, por el momento sanción en el sentido más laxo del término) para una clase de sujetos, aquellos que, siendo menores de 17 años, ajusten su conducta a lo establecido en las leyes penales. De ahí que lo fundamental consiste en plantearse la validez o invalidez (desde el punto de vista metodológico y teórico-penal) de las disposiciones de la Ley mencionada, en cuanto atañen a aspectos de competencia del Derecho penal.

Nótese, entonces, que nos estamos planteando aquí el siempre nuevo problema de la capacidad de imputar, por razones de la edad, a raíz de la lectura de cuatro artículos básicos: 17 C.P., 1, 2 y 29 LOJTM.

Es evidente que para resolver un problema de tales dimensiones haya que acudir al campo que los define y a supuestos particulares de ese ámbito de estudio. Nosotros pensamos que son dos los fundamentales: la definición del delito dada por el penalista y el estudio de la sanción penal.

II. LA BUSQUEDA DENTRO DE LA DEFINICION DEL DELITO.

Sobre la importancia de este primer supuesto es ocioso redundar; basta un conocimiento de los principios de Legalidad y Tipicidad y la observa-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción del contenido del artículo 2 de la L.O.J.T.M., cuando habla de *". . .infracción calificada en la legislación común como delito, cuasidelito o falta" (sic.).*

Ni el hecho que produzca una conmoción social, ni la acción cruel que perjudique intereses o personas, podrán ser considerados como delitos para el penalista, si no se dan una serie de características teóricas. Delito será, en el sentido estricto del término, únicamente aquella acción realizada por un sujeto, de manera libre y voluntaria y con conocimiento (o, por lo menos, posibilidad de éste) de que los resultados ocasionados sean jurídicamente previstos; o, como lo llama la doctrina, una acción culpable. Tal acción, por lo demás, para que sea acreedora de llamarse delito, deberá estar previamente descrita en una ley de carácter penal (acción típica) y ser antijurídica, esto es, plantearse como una relación de contradicción entre la acción exigida o prohibida por una norma a los sujetos y la conducta de un sujeto particular que, a su vez, está actuando conforme a lo descrito en el tipo penal. Se plantea de esta manera la clásica definición tripartita del delito: acción de la cual se pueden predicar tres cualidades básicas: ser típica, antijurídica y culpable; estructura de creación teórica que obvia toda realidad que no se ajuste a la misma: es delito lo que la ley penal define como tal.

Dice Zaffaroni que *"para estudiar jurídicamente el delito debe presuponerse que el delito es un 'ente' (en sentido amplio) jurídico. No puede ser otra la solución, pues aunque sociológicamente el delito eventualmente sea la violación de una norma ética, considerada de elemental cumplimiento por el grupo dominante al tiempo de la sanción legal, ningún mínimo ético es una norma jurídica si no se lo institucionaliza como tal. Desde el ángulo de nuestra ciencia —o mejor dicho: en el campo visual de nuestra ciencia— el delito no puede ser considerado de otra manera. Quien quiera considerarlo como algo diferente estará haciendo alguna otra ciencia (ciencias de la conducta), o bien, meras proposiciones metafísicas"* (4).

Tenemos ya los esbozos para una primera solución: si el delito, para el Derecho penal, se define como anteriormente dijimos, nos encontramos frente a una estructura completa. Consecuentemente, si eliminamos uno de los elementos que configuran la definición, el acto no poseerá los requisitos indispensables para ser delito: de esta manera, si la acción no es típica, es decir, si no existe ninguna ley que previamente haya señalado la conducta que realizó el sujeto o si, existiendo, la conducta no fue antijurídica, ya que el sujeto estaba autorizado por la misma legislación para contrariar, con su acto, lo prohibido por la norma, la conducta que el individuo realiza no será considerada como delito; igual sucede con el último elemento de la definición: si no hay culpabilidad, es decir, si el sujeto no realizó la acción con plena voluntad, queriéndola, o al menos pudiendo tener como posible un resultado antijurídico, (como en el caso del hecho llamado culposo), no podría existir, técnicamente, un delito.

Con los elementos que aclaramos debemos buscar, en el campo de la acción del menor de 17 años y en el ámbito de aplicación de la ley que regula su comportamiento, si es posible el planteo de los elementos que aquí pretendemos discutir.

De acuerdo con la relación existente entre los artículos 17 del Código Penal y 1 y 2 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, toda acción realizada por un sujeto menor de 17 años será una acción sometida a medidas tutelares, si cumple con ajustarse a lo descrito en cualesquiera de las leyes penales promulgadas y vigentes en el territorio costarricense. Automáticamente, tal acción, ya típica, será antijurídica, a no ser que al menor lo cobije alguna causa de exclusión de la antijuridicidad. Nótese que hasta aquí el asunto resulta simple, casi formulario. No obstante queda por analizar el otro elemento de la definición del delito en relación con la conducta del menor. Es aquí en donde podemos problematizar ciertos aspectos, pues estamos ante un elemento que, por tocar de lleno al sujeto, permite la discusión y proposición —al contrario que en la tipicidad y en la antijuridicidad— de elementos atingentes a aspectos importantes de la personalidad y capacidad del ser humano y que resultan del todo necesarios para establecer el juicio calificativo de culpabilidad de la acción.

Nos interesa el punto mencionado, pues es aquí en donde podemos discutir sobre la interrogante de si el menor de 17 años es persona capaz de discernir acerca de las consecuencias e implica-

(4) ZAFFARONI, E. R., Teoría del Delito. (Ediar, Buenos Aires, 1973) p. 21.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ciones del hecho que realiza. Veamos: para Olesa Muñido, la culpabilidad es *". . .un juicio sintético de reproche que se efectúa en relación a un sujeto imputable, por la realización voluntaria de un acto penalmente típico que le es atribuible, y cuyo alcance y antijuridicidad no sólo conocía, sino que también comprendía, siempre que dicho acto fuera realizado en una situación en que fuera exigible el cumplimiento de la norma"* (5). De acuerdo con lo dicho, la premisa de la culpabilidad es la siguiente: para poder ser sancionado se debe ser culpable; y ser culpable implica ser imputable y ser atribuible, para utilizar la terminología empleada por Olesa Muñido en la obra citada.

La imputabilidad es la capacidad de merecer que tiene un sujeto determinado por razón de los actos que efectúa; es decir, que la imputabilidad relaciona a una persona con la capacidad de ejercer sobre ella un juicio estimativo válido, de acuerdo con el ordenamiento penal. Así, serán imputables los sujetos que tengan más de 17 años y que no sean inhábiles mentales. Es decir que un menor de 17 años, desde ya, sin necesidad de emitir ningún juicio sobre su capacidad mental será declarado inimputable y por tanto inculpable. Nótese entonces que, si relacionamos lo dicho con la idea que da el artículo 29 de la LOJTM (Medidas Tutelares) se presenta un cierto desface, por lo menos ante los ojos del Derecho Penal: si para aplicar una sanción (llámese pena o medida de seguridad) debe haberse podido imputar y atribuir al sujeto, ¿cómo se podrá aplicar una medida tutelar (¿sanción?) a un sujeto menor de 17 años si este, por definición, es inimputable?

* * *

Permítasenos aquí una digresión. Como se observa de lo dicho atrás, el problema de la edad es determinante, y a pesar de que se ha llegado a una limitación, siempre hemos dudado de la seguridad y efectividad de tales límites.

Un autor clásico Francesco Carrara, al hablar de la relación entre edad y culpabilidad, la divide en cuatro períodos. Un primer período de irresponsabilidad absoluta, que él la fija desde el nacimiento hasta los siete años; un segundo período de responsabilidad condicional: 12 a 14 años; luego están los otros dos períodos que comprenden personas mayores de 14 y que ya, para Carrara son de responsabilidad plena (6). Valga lo anterior como ejemplo para darnos cuenta, de manera muy obvia, que un criterio de edad, puro y simple, no puede determinar la medida para establecer una línea definida, basados en la edad cronológica, del comienzo de la capacidad de comprensión. Evidentemente, la pauta no podía darla jamás la edad cronológica, que en la mayoría de los casos (vivimos una realidad de país en vías de desarrollo) no corresponde, sino que puede ser mucho mayor, a la edad mental y emocional. Este es un problema que incidirá en cualquier intento que se haga para llegar a un acuerdo, ya no de limitar temporalmente la capacidad penal de un menor; o, dicho de otra manera, de considerar la suficiente madurez del individuo para ser tomado en cuenta como sujeto activo de un tipo penal, sino para llegar a un acuerdo sobre su declaración de culpabilidad, en el sentido que la teoría del delito le asigna a este término.

El otro presupuesto de inicio para considerar si existe o no culpabilidad en un sujeto, además de la imputabilidad, que, en última instancia es un presupuesto sin contenido (7), lo constituye la atribuibilidad. Se define la atribuibilidad como una relación entre un sujeto y un acto; una relación vinculante que le otorga una categoría especial al acto con miras a un sujeto determinado. En otras palabras, al ser enfrentados un sujeto y un acto, ambos se modifican pues el acto adquiere la categoría de acto propio (del sujeto) y no de acto ajeno y el sujeto la de productor de aquel.

Evidentemente, para que de un acto podamos predicar que pertenece a un sujeto determinado, diferenciado, debemos encontrar en el sujeto características básicas de personalidad. No sólo debe haber realizado el acto (acción en el sentido de actuación voluntaria, utilizada por el Derecho penal), sino que, además, debe haberlo realizado con conocimiento y con voluntad. Hasta aquí, entonces, se podría colegir que si el menor tiene uso de razón (si "sabe lo que hace") y no presenta anormalidades de tipo mental, será atribuible y con esta

(5) OLESA MUÑIDO, F. F., Estructura de la infracción penal en el Código español vigente. (Ariel, Barcelona, 1971) p. 55.

(6) CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal (Témis, Bogotá).

(7) *"La imputabilidad —penal o civil— se comprueba con referencia al momento en que tiene lugar el hecho delictuoso, y a la persona que lo realizó; pero un sujeto es o no imputable con entera independencia de que delinca o no".* OLESA MUÑIDO, F. F., Op. cit., p. 48.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

base se le puede imponer una medida tutelar. Sea que, sin pasar a más, en este punto podríamos afirmar que sí existe, dentro de la teoría del delito y, más específicamente, dentro de la teoría de la culpabilidad, un fundamento para la existencia de una serie de sanciones llamadas medidas tutelares y contenidas en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores. No obstante, consideramos que un razonamiento como el anterior tiene algo (o mucho) de simple, porque deja de lado el verdadero significado de los términos conocimiento y voluntad utilizados en la definición de atribuibilidad. Cuando decimos que la atribuibilidad posee dos elementos que la fundamentan como presupuestos, queremos decir que, para que se pueda hablar de una relación verdadera entre sujeto y acto "suyo", el primero debe poseer, además de una **voluntad de realización del resultado,** un conocimiento, tanto de la tipicidad como de la antijuridicidad del acto que realiza o, por lo menos, la posibilidad de acceso a ese conocimiento.

Nótese que estamos empleando el término conocimiento en su sentido más amplio, abarcador, en su contenido, de la capacidad de acceso real y el acceso mismo a la conciencia de existencia de una prohibición, y del señalamiento de tal prohibición por una ley penal (conocimiento de la antijuridicidad y de la tipicidad del acto). Es decir, que hablamos de conocimiento, en este caso, cuando un sujeto tiene la posibilidad de acceso a la mecánica del sistema prohibitivo del cual, a su vez, puede en algún momento ser, por tanto, sujeto merecedor de la aplicación del mismo. Por otra parte, estamos de acuerdo con la posición que asume que conocimiento implica, además de toda la posibilidad de acceso al objeto que devendrá "conocido", comprensión de lo que se conoce. Dice al respecto Olesa Muñido (8) que *"Comprender es coordinar los distintos conocimientos de carácter situacional y normativo; comprender es, por tanto, constituir en sistema ser y deber ser. Mediante la comprensión se toma conciencia del concreto significado de la situación y del acto".*

Como puede observarse, el juicio de simple que le hicimos a la afirmación de que si el menor tiene uso de razón y no presenta anormalidades psíquicas será atribuible, tiene gran fundamento. Considero que la conclusión que se puede extraer de todo el estudio del conocimiento y la voluntad como presupuestos generales de la atribuibilidad y, en última instancia, de la culpabilidad, es la de que no existe, dentro de la teoría de la culpabilidad, una justificación de fondo para que se pueda considerar al menor de edad psíquicamente "normal" como sujeto activo de un hecho que, en un momento determinado, pueda llegar a tener como consecuencia una "sanción" tutelar, pues considero que es fácilmente rebatible hablar de la existencia de conocimiento y de voluntad en el menor, sin especificar siempre la edad cronológica y la edad mental del mismo. Por lo tanto de la consideración del criterio de atribuibilidad para justificar la aplicación de medidas tutelares no puede ser válida como criterio permanente, hasta tanto no se logre técnicamente la medición de la edad mental. Por otra parte, aunque se tomara en cuenta dicho factor, nótese que habría que tomar muy en cuenta también la existencia de variables socio-económicas. Sin ánimo de desarrollar y discutir el punto en este estado, bastaría, para poner en duda cualquier conclusión contraria a lo dicho la siguiente pregunta: ¿qué tipo de voluntad puede existir en un menor lanzado a la calle por un hogar deshecho o por el hambre?

La influencia de situaciones socio-económicas, familiares, educacionales, para no mencionar sino las que están de moda, es determinante en la consideración del elemento atribuibilidad como presupuesto de la culpabilidad no penal del menor de edad.

Creo que hemos dejado suficientemente cuestionada la posibilidad de que sea la teoría del delito y, concretamente, la teoría de la culpabilidad, la base que de pie a la justificación de la aplicación de medidas tutelares a los menores; resta decir, simplemente, que hay un factor jurídico en la culpabilidad, que es determinante para la existencia de esta: la capacidad penal, que en la legislación costarricense se alcanza a los 17 años. Nótese la importancia de lo anterior si se quisiera decir que el menor de edad puede cometer delitos. Y nótese también la inconsecuencia que existe entre la disposición del artículo 17 del Código Penal vigente y la consideración del delito como estructura jurídica, a la luz de lo que dijimos líneas atrás: si el delito es una acción de la que se predican tres elementos, al faltar uno de ellos estaríamos ante un hecho que no es posible considerarlo como tal. Si el menor no tiene 17 años, no tiene capacidad penal; sea, es inimputable (por más atribuible que se lo

(8) Ibídem, p. 52.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

quiera considerar). Como la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad, a la estructura del delito le faltará un elemento; en consecuencia, la acción del menor no es, desde el punto de vista formal, un delito, aunque ajuste su conducta a cualquiera de los tipos señalados en las leyes penales vigentes.

III. BUSQUEDA DENTRO DE LA TEORIA DE LA SANCION.

Creemos haber agotado (con resultados negativos) la búsqueda dentro de la teoría del delito de una base jurídica que nos permitiera sustentar la imposición de medidas tutelares a las acciones "delictuosas" (9) de sujetos menores de 17 años. Los resultados obtenidos nos abren, sin embargo, otra alternativa, dentro de un campo que se mueve en coordenadas radicalmente diversas al anterior: la teoría de la sanción. Para problematizar dentro de este campo, en el tema que deseamos, tendremos obligación de un cuidado especial: no hacer teoría de la sanción. Por ello explicitaremos los mínimos supuestos; lo demás debe ser buscado en la amplia discusión doctrinaria existente sobre el tema, ya que nuestra pretensión —como lo hemos dicho al inicio— más que de respuesta es de cuestionamientos. Es así que toda la problemática de normas perfectas e imperfectas, notas de coercibilidad para hacer cumplir imperativos racionales; "entes" nacidos como resultado de la necesidad de convivencia y que devienen bienes jurídicamente tutelados, van a ser temas dejados, adrede, por fuera, sacrificando por el momento una discusión teórica que hemos sostenido en nuestros cursos de Derecho Penal y de Teoría del Delito. Bástenos aquí una visión de lo que podría llamarse las formas de reacción social, es decir, aquellos aspectos que, si analizamos la sanción desde el punto de vista punitivo, estarán conectados de manera directa con una de sus formas de aplicación: el castigo, que viene a ser, dentro de la lógica jurídica occidental, la sanción penal por excelencia.

Aquí reside el problema que nos interesa, y sobre el punto debe hacerse una aclaración que tiene repercusiones histórico-políticas muy amplias: si se parte desde la visión que del hombre primitivo nos señalan psicólogos y antropólogos (10) y llegamos hasta lo que podríamos llamar la Escuela Clásica del Derecho Penal, nos encontramos una misma manera de velar por el cumplimiento de la normatividad penal: La retribución, expiación, muerte, expulsión de la tribu, ley del talión, composición, lapidación, crucifixión, privación de la libertad y multa, no son sino ejemplos de esa misma manifestación. Se impone, dentro de todas las comunidades una misma línea de política criminal que es la de hacer pagar la falta. En determinado momento histórico (casi homogéneo para la sociedad occidental) tal forma de actuar el castigo por la falta, presenta un problema de corte político con implicaciones sociales tanto más severas cuanto más públicos se hacen los alardes de expiación (11). Surgen dos alternativas de solución, no necesariamente contrapuestas: por una parte el ocultar el último paso de la "fuerza de la justicia" y por otra la alternativa del propio principio de retribución con la luminosa idea de la prevención agregada a la de la curación.

Manifestaciones de la primera alternativa las encontramos en las tendencias de abolición de las penas públicas y a todo lujo. Ahora lo único público es el proceso: la fuerza de la razón, la convicción de la culpabilidad, la mención del monto sancionador; en fin la justicia (sin fuerza bruta). Lo doloroso, lo expiatorio, lo retributivo se oculta, sale de las manos del juez y pasa a otras entidades que, así mismo lo mantiene oculto.

Manifestaciones organizadas de atenuaciones del principio de retribución las encontramos dentro de la corriente positivista, dentro de la Unión Internacional del Derecho Penal, dentro de la Defensa Social de Filippo, Gramática y la Nueva Defensa Social de Marco Ancel, para no citar sino las más utilizadas en nuestro medio. Igual ejemplo de lo que decimos es todo el estudio filosófico-penal acerca del fundamento y del fin de la pena: se encuentran teorías absolutas, teorías relativas, teorías mixtas, para poder hacer indicaciones precisas de por qué se castiga, cuál es la naturaleza de éste, cuál su fundamento. Y de todo ese cuadro ius filo-

---

(9) Utilizamos a propósito este término, para llevar a sus últimas consecuencias la frase ya utilizada en este trabajo que dispone el art. 2 LOJTM. *"sea considerada como delito"*.

(10) Freud. Totem y Tabú; Frazer la Rana Dorada Malinovski. Crimen y costumbre en la sociedad salvaje. Levy Brülo, La mentalidad primitiva. Guier. Historia del Derecho. Costa Fausto, La pena en la historia y la Filosofía del Derecho, entre otros.

(11) Véase entre otros, Foucault, Michael, Surveiller et Punir. Editions Gallimard, París 1975.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sófico, por una parte, y de pretensiones de dar contenido, con rentabilidad política, al término "político criminal", por otra (con el riesgo de que se nos acuse, si no de simplistas, quizá de simplificadores) podríamos decir que de acuerdo con la posición que se tome respecto al castigo, este se nos va a convertir en represión o en prevención o en curación (o en una combinación de todas o algunas de las anteriores alternativas), simplemente.

Expuesto lo anterior, podemos centrarnos nuevamente en nuestro objetivo. Doctrinariamente se habla de represión cuando se enfoca la sanción desde el punto de vista de la retribución, sea cuando se ve en la pena un mal que se le ocasiona al delincuente como represalia por el daño que él causó a la sociedad con la realización de una acción delictuosa. Se habla de curación y de prevención cuando, al dejar de lado la idea de castigo, se mira al delincuente como sujeto enfermo y susceptible de ser rehabilitado, y por otra parte, se mira a la sociedad y se busca protegerla del estado patológico de uno de sus integrantes, a quien se va a apartar y a tratar de curar.

De esta manera, podríamos distinguir, esquemáticamente y sin detenernos en detalles, entre las penas y las llamadas medidas de carácter preventivo y curativo. Las penas poseen las características asignadas a toda sanción de carácter retributivo; es decir que además de esta última cualificación son también conminatorias y represivas.

Las medidas preventivas y curativas tienen un carácter radicalmente contrario al de las penas, ya que de acuerdo con la mayoría de la doctrina, no deben aplicarse con propósito represivo sino con la doble finalidad de, por un lado, librar a la sociedad del hombre-problema (delincuente) y, por otro, de librar a los sujetos transgresores de tal problema (ser delincuente), ya que estas medidas tienden a prevenir la comisión de delitos o en su caso a reeducar, corregir, y o curar. Nótese como, en este caso se parte de supuestos básicos: la noción de delito como morbilidad psico-social y la noción de peligrosidad, altamente operatoria en esta definición, como la propensión de un sujeto a delinquir. Notamos entonces que si se toma como base la segunda noción expuesta y se sigue su razonamiento, se podría llegar a concluir que no se necesitará un estado evidente de culpabilidad para poder llegar a ser merecedor de la aplicación de una de sus medidas que hemos llamado de prevención y curación. Nos bastará con encontrar en un sujeto (mayor o menor de 17 años) un peligro social o un peligro personal o su combinación, para acudir de inmediato a imponer este tipo de medidas.

Veamos los ejemplos en nuestra legislación positiva:

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo primero. . . del Código Penal vigente, se le aplicará una medida de seguridad al sujeto que intente suicidarse. Nótese que este artículo está partiendo de la noción de tentativa (como dispositivo amplificador del tipo penal) de una descripción penal inexistente. Sea se le está imponiendo una medida de seguridad, a un sujeto que no ha delinquido.

Siguiendo lo dispuesto por los artículos 47 y 61 de la LOJTM, aunque el menor no haya ajustado su conducta a lo descrito en la ley penal, puede ser merecedor de una medida tutelar.

Otro ejemplo aun más obvio que los señalados, los encontramos en el Código Penal vigente, en el capítulo que trata sobre las Medidas de Seguridad.

***

Permítasenos una digresión:

No es gratuitamente que el artículo primero de la LOJTM habla del menor en estado de peligro social, puesto que al hacerlo está siguiendo toda una corriente doctrinaria que marca la pauta de que se puede aplicar una medida de prevención a hechos que no necesariamente sean marcados como tipos penales; es decir está aplicando una corriente teórica definida. Pero, denotando una carencia absoluta de conocimientos teóricos acerca de la noción de peligrosidad y —quizá— en confusión con la aplicación del Principio de Tipicidad, el artículo segundo ibídem, sin imaginarnos, previo estudio de sus implicaciones y consecuencias en nuestra realidad socio-jurídica, define peligro social como sinónimo de conducta delictuosa, al decir que se considera en estado de peligro social al menor a quien se le atribuya una infracción calificada en la legislación común como delito, "cuasi-delito" o falta. Con tal tipo de conceptualización legal, además de determinar todo el significado teórico del término peligrosidad social, se cree en el problema de que la única diferencia, en Costa Rica, entre un menor y un mayor de 17 años que ajusten su conducta a la descripción de una ley penal, es que al segundo se le puede aplicar una pena sólo si es culpable, en tanto que al menor de 17 años se le puede aplicar una medida tutelar (que en muchos casos puede ser privativa de su libertad,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

como la internación en establecimientos reeducativos) artículo 29; aunque no sea culpable, en el sentido que lo hemos definido en este trabajo. Es decir, que si las medidas tutelares —de acuerdo con la política criminal de un estado— fueran tan represivas como las penas (como lo que sucede en la práctica en Costa Rica con las medidas de seguridad), estaríamos ante la imposición de sanciones (mecanismos para el cumplimiento normativo) ante-delictun y, en cierta medida violando el Principio de Legalidad Criminal.

Observando en detalle los puntos que hemos mencionado y comparándolos con el problema que nos hemos planteado al inicio, encontramos en la Teoría de la Sanción elementos que, a nuestro juicio, pueden ser tomados en cuenta para justificar la aplicación de medidas preventivas y curativas a sujetos que no son, desde el punto de vista formal que menciona la Teoría del Delito, culpables, ya por razón de la edad (sujetos inimputables en la terminología que hemos empleado aquí) ya por efectos de desconocimiento, incomprensión y posibilidad de acceso al conocimiento (sujetos inatribuibles). Los elementos justificativos para la aplicación de tales medidas son el concepto de peligrosidad y el concepto de prevención social y terapia personal. No vamos a discutir aquí la bondad, aplicabilidad o neutralidad políticas de tales conceptos. Nos basta con enunciar su rotunda participación en la existencia de disposiciones existentes en los ordenamientos positivos (disposiciones sobre Medidas de Seguridad en el Código Penal vigente y Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores las medidas tutelares en ésta. Dos ejemplos básicos de la legislación costarricense).

De acuerdo con todo lo dicho en este capítulo, podemos enunciar los puntos fundamentales del concepto de peligrosidad, partiendo de la idea de la violación de la ley penal. Es decir que un sujeto es considerado peligroso cuando muestra una tendencia a la transgresión del ordenamiento penal. Nótese que la amplitud del concepto podría hacernos llegar a concluir en un diagnóstico de peligrosidad para una serie de casos verdaderamente diferentes.

Centrándonos en lo que nos interesa, es con base en este concepto que la LOJTM habla de estado de peligro social; por tanto, lo que interesa en la mencionada ley y nos lo corrobora su artículo 29, es evitar que los menores delincan (paradógicamente, por problemas de comprensión y redacción; se trata de evitar que los menores delincan cuando de acuerdo con la definición del artículo segundo ibídem, ya han delinquido) y se conviertan en mayores delincuentes.

En cuanto la prevención social y terapia personal, diremos que son conceptos, aunados que van íntimamente ligados al de peligrosidad. A nuestro juicio son la otra cara de ese.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

Tal y como lo advertimos, hemos seguido un camino de preguntas y problematizaciones para hurgar acerca de la base teórica que acompaña la aplicación de medidas que, como las señaladas por el artículo 29 de la LOJTM, logran que por medio de mecanismos judiciales, el Estado amoneste, prive de la libertad, coloque en hogares determinados o busque trabajo adecuado a aquellos menores de 17 años que observen conductas que, decididas por sujetos adultos, se llamarían delitos.

Nótese que, sin expresarlo, hemos partido de una premisa básica para fundamentar nuestro desarrollo, en la segunda parte. Hemos partido de un concepto amplio de sanción el cual involucra no solamente las imposiciones estatales tendientes a hacer que el sujeto expíe la falta cometida al actuar contra el orden jurídico establecido, sino que hemos considerado que también es sanción cualquier actividad que tienda a lograr la no transgresión de la imposición normativa. En este sentido podrá ser sanción la curación, la prevención, la tutela impuesta a personas que presenten una conducta con tendencias a la delincuencia.

Claramente debe colegirse de nuestro planteamiento que nos hemos basado en el hecho (obviando así teorías contrarias) de considerar las medidas tutelares que señala la mencionada LOJTM, como sanciones, en este sentido amplio. Igualmente se coligirá que hemos entendido que sí existe en esta teoría —de la sanción— un fundamento jurídico para la aplicación de las medidas Tutelares a los menores de 17 años.

Quedaríamos satisfechos si nuestras preguntas y consideraciones abren camino para una reforma a la LOJTM en la que, entre otras cosas, no se vuelva a una definición (?) circular de peligro social, pues en última instancia, peligro social no sólo es haber delinquido, sino un término más preciso y del cual hablaremos en otra oportunidad.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

BREVES OBSERVACIONES SOBRE LA LLAMADA CAPACIDAD JURIDICA ESPECIAL

Dr. Víctor Pérez Vargas.

CONTENIDO:

Introducción 68

Parte I: La capacidad jurídica especial. Caracteres generales. 68
- — Premisa 68
- — Delimitación conceptual 69
- — En conclusión. 72

Parte II: Los hechos determinantes de incapacidad jurídica especial 72
- a) Edad. 73
- b) Sexo 73
- c) Ciudadanía. 73
- d) Raza 74
- e) Determinados pronunciamientos judiciales 74

Aclaraciones conclusivas 74

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCION

La expresión capacidad ha sido utilizada por doctrina, jurisprudencia tanto en nuestro medio, como en otros ordenamientos con una gran diversidad de significados.

Para efectos de determinar las premisas conceptuales de este estudio nos permitimos adoptar las siguientes definiciones, en gran parte construidas sobre la base de las enseñanzas de los profesores Pugliatti y Falzea:

La capacidad jurídica es la situación, en parte actual, pero en su mayor parte potencial, del sujeto como genérico destinatario de los efectos jurídicos del sistema. Encuentra su sentido en la misma subjetividad que es la posición del genérico y potencial portador de los valores tutelados por el sistema. Se adquieren al momento del nacimiento, si bien se tutelan en forma preventiva desde antes de ese momento.

La capacidad de actuar, en cambio, se adquiere con la mayoridad o con la emancipación legal (por matrimonio) y determina una imposición también genérica y potencial del sujeto de realizar actos dispositivos y autoobligarse con su propio comportamiento.

La incapacidad natural es el estado del sujeto capaz de actuar que carece de facultades cognoscitivas y volitivas. Tiene importancia en cuanto determina la anulabilidad de los actos realizados en ese estado y además es presupuesto de la declaratoria de interdicción.

Si bien la capacidad jurídica y la capacidad de actuar se presentan como posiciones genéricas y potenciales del sujeto, se ha venido admitiendo en doctrina hablar de capacidad jurídica especial y de capacidad de actuar especial.

La capacidad de actuar especial es aquella situación mediante la cual se determina la validez de ciertos actos realizados por un sujeto incapaz de actuar.

Al examen de la otra figura, la incapacidad jurídica especial, está dedicado el presente estudio.

PARTE I
CAPACIDAD JURIDICA ESPECIAL
Caracteres generales

Premisa.

La capacidad jurídica general —según lo expuesto— designa la posición general del sujeto en el mundo jurídico en cuanto destinatario en parte actual y en su mayor parte potencial de los efectos jurídicos del sistema.

En otras palabras: para la referibilidad de los efectos jurídicos que comprende la capacidad jurídica basta ser sujeto de Derecho. No se requiere, pues, condición o cualidad especial en el sujeto, ni actividad suya (1).

La capacidad jurídica especial, en cambio, designa la referibilidad de un determinado ámbito normativo al sujeto de Derecho al cual se acompaña una específica cualidad legalmente prevista (2).

La capacidad jurídica general es presupuesto de la capacidad jurídica especial, en el sentido de que para que a un determinado sujeto pueda atribuirse la cualidad (jurídica o natural, pero siempre jurídicamente reconocida) que es el presupuesto de hecho de la capacidad jurídica especial, es necesario que a tal sujeto se encuentre previamente

---

(1) En este sentido considera la Capacidad Jurídica Falzea, quien la fundamenta en la idea de subjetividad. "*La capacidad jurídica designa la posición general del sujeto en cuanto destinatario de los efectos jurídicos. Por su naturaleza los efectos jurídicos, que se resuelven en modos de comportamiento, se conectan necesariamente a un sujeto: el cual llega a ser así autorizado o obligado al comportamiento previsto por la norma. El nexo que conjuga las dos ideas, de capacidad jurídica y de subjetividad jurídica, es así evidente e intrínseco para hacer aparecer inmediatamente clara y no necesitada de ninguna demostración la necesidad de fundar la primera sobre la segunda*". FALZEA, Angelo. Capacità. Voci di Teoria Generale del Diritto. Giuffrè-Editore. Milano, 1970, pág. 91 y FALZEA, A. Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici. Giuffrè-ed., Milano, 1939, p. 88 y ss.
Opinión coincidente es la de ARENA, Giacomo. Incapacità. Diritto Privato. Enciclopedia del Diritto. Vol. XXI, pág. 910.
V. Tamb. PUGLIATTI, Salvatore. Gli Istituti del Diritto Civile. Vol. I, Giuffrè-ed., Milano, 1943, p. 131, RESCIGNO, Pietro. Manuale del diritto privato italiano, Jovene, Napoli, 1973, p. 102.

(2) La doctrina ha estudiado prevalentemente esta figura desde su ángulo negativo; esto es, en cuanto incapacidad jurídica especial. Véase: FALZEA, Capacità, op. cit., pág. 152; ARENA, op. cit., págs. 914 y 915.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

atribuida la referibilidad genérica de efectos jurídicos (la capacidad jurídica), para que a tal sujeto sean atribuibles las consecuencias de esa específica situación.

Así, para ser sujeto de la referibilidad de efectos que derivan de la ciudadanía (cualidad jurídica especial) es necesario ser "sujeto de Derecho", esto es, ser jurídicamente capaz.

Del mismo modo, en los ordenamientos que consideraban la raza aria como presupuesto de hecho para el reconocimiento de capacidad jurídica especial, para recibir la calificación normativa respectiva era necesario antes ser sujeto jurídicamente capaz.

En síntesis, la capacidad jurídica general es presupuesto necesario de la capacidad jurídica especial.

La primera designa una referibilidad genérica de efectos jurídicos, en cambio, la segunda designa la posición del sujeto en cuanto posible o potencial destinatario de un determinado conjunto de específicos efectos jurídicos. Puede hablarse de una referibilidad específica (3).

DELIMITACION CONCEPTUAL.

Para que pueda hablarse de incapacidad jurídica especial no basta que se cierre al sujeto la referibilidad de determinados efectos jurídicos (pues ello puede bien ocurrir también en las hipótesis de incompatibilidad, (4) de falta de legitimación, (5) o de falta de titularidad) sino que es necesario que se le cierren los efectos jurídicos para los cuales el ordenamiento ha establecido una capacidad jurídica especial (6).

Para ser destinatario de ciertos efectos jurídicos a veces no basta la capacidad jurídica; es necesario que se verifique un determinado hecho o que se manifieste en el sujeto una determinada cualidad. Se trata de ciertas cualidades que jurídicamente reconocidas determinan la existencia de capacidades jurídicas especiales. La capacidad jurídica especial "específica" (7) la referibilidad de un sistema de intereses en razón de reflejar en un determinado sujeto la compatibilidad con el mismo. Así, por ejemplo, por reconocerse al ciudadano la compatibilidad con los intereses del Estado

---

(3) La capacidad jurídica especial como todo fenómeno jurídico requiere para su calificación de un elemento de hecho; en el tema que nos ocupa, la componente de hecho es a su vez el resultado de la calificación jurídica de determinados presupuestos de hecho. Para que pueda ser atribuida a un sujeto la calificación jurídica correspondiente es necesario que sea susceptible de ser sujeto destinatario posible de efectos jurídicos, esto es, es requisito previo y necesario la capacidad jurídica. Con un ejemplo resultará más claro: un sujeto jurídicamente capaz puede estar privado por razón de edad de la referibilidad actual de los efectos de carácter político del ordenamiento, esto es, se le encuentra cerrada toda intervención activa o pasiva en la vida pública; para adquirir esta determinada capacidad jurídica especial deberá cumplir una determinada edad, que es el presupuesto de hecho que permite que sea considerado ciudadano "en ejercicio"; esta calificación jurídica puede ser dada gracias a la existencia previa de la capacidad jurídica con la cual tenía la referibilidad genérica y abstracta de efectos jurídicos; esta nueva calificación le reconoce una actual referibilidad específica de efectos que antes existían sólo en forma de referibilidad potencial, genérica y abstracta. Sobre el concepto de antecedente jurídico V. GUTIERREZ, Carlos J., Lecciones de Filosofía Del Derecho. Tridente S.A. Madrid, 1963, p. 156. ENNECERUS-KIPP-WOLF, Tratado de Derecho Civil, Ed. Bosch, Barcelona, 1950, T.J., p.g. II, p. 5

(4) La incompatibilidad se resuelve normalmente en particulares prohibiciones a un sujeto respecto a un determinado cargo o una determinada función. Véase: FALZEA, Capacità, op. cit., pág. 179. Como resulta claro, esta figura cierra también al sujeto la posibilidad de ser destinatario de determinados efectos jurídicos. Como ejemplos positivos de esta figura encontramos los artículos 181 y ss. del C. Civil y 174 y ss. del nuevo Código de Familia y el artículo 143 de la Constitución Política.

(5) La falta de legitimación *"se refiere a la posición de sujetos determinados con referencia a particulares relaciones jurídicas o a definidas situaciones jurídicas"* PUGLIATTI, Salvatore. Gli Istituti. . . Op. cit., pág. 132. Más precisamente, con referencia al objeto o al otro sujeto del acto o de la relación. Véase: FALZEA, Capacità, op. cit., pág. 172. También con esta figura se cierra al sujeto la posibilidad de ser destinatario de determinados efectos jurídicos. En nuestra jurisprudencia v. SALA DE CASACION, 16 hrs. de 2 de junio de 1954, T. I, I Sem. p. 677 y 8 de enero de 1902, pág. 441 de la colección. V. Tam. POLACCO, Vittorio, De las sucesiones. Bosch-ed. Buenos Aires, 1950, Vol. I, p. 60, COVIELLO, Leonardo, Capacità di sucedere a causa di morte, Enciclopedia del Diritto, VI, Giuffrè ed., Varese, 1960, p. 54, MESSINEO, F., Manuale. . . T. VI, p. 150 y ss. infra 16.

(6) El carácter propio de la incapacidad jurídica especial es el de consistir precisamente en una falta de capacidad jurídica especial, la incapacidad jurídica especial se presenta cuando está ausente el presupuesto de hecho que debe acompañar al sujeto para que exista la capacidad jurídica especial.

(7) El uso del término "especifica", muestra que con la capacidad jurídica especial se determina en cierta forma el contenido de una situación jurídica preexistente. En consecuencia, el hecho que debe acompañar al sujeto de Derecho para que surja la capacidad jurídica especial tiene eficacia conservativa de tipo especificativo. Sobre este tipo de eficacia: FALZEA, Angelo, Efficacia Giuridica, Voci di Teoria Generale del Diritto. Op. cit., págs. 342 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

se otorga a éste una capacidad jurídica especial. A falta de tal ciudadanía se encuentra cerrado al sujeto este campo de intereses. Las figuras negativas de incapacidad jurídica especial no reflejan pues solamente una exclusión formal sino que obedecen a un fundamento sustancial (8), a los valores de un dado sistema.

Por incapacidad jurídica especial debe entenderse la negación de una determinada capacidad jurídica especial; esto es, la negación de una condición necesaria para que al sujeto sea referible un especial campo de normas que refleja un sistema de intereses.

Así, para ser destinatario potencial de los intereses del sistema basta ser sujeto de Derecho, esto es, tener capacidad jurídica, mientras que para ser destinatario potencial de ciertas áreas especiales de intereses es necesario además de ser sujeto de Derecho con capacidad jurídica, encontrarse en la hipótesis normativa que abre la referibilidad de tales efectos especiales. Tal hipótesis normativa es siempre un supuesto complejo, esto es, compuesto por el antecedente de la subjetividad y por una especial cualidad que a ésta se agrega.

Realizado el supuesto surgen jurídicamente los efectos que en el caso de las figuras de capacidad jurídica especial no se limitan a la calificación de posibilidad o de necesidad de comportamientos, sino que tal supuesto complejo (sujeto — cualidad especial) abre todo un sistema de intereses, que corresponde precisamente el conjunto de efectos especiales que se hacen actualmente referibles al sujeto al que se acompaña la cualidad. Se trata pues, de la apertura al sujeto (ya jurídicamente capaz) de un sistema de intereses (que, siendo incompleta la "especie fáctica", esto es, siendo sólo sujeto pero no teniendo la cualidad especial, no le hubieran sido actual ni potencialmente referibles).

Este sistema de especiales intereses referibles al sujeto es el contenido sustancial de la capacidad jurídica especial.

En resumen: es posible hablar de capacidad jurídica especial cuando además del supuesto subjetivo (que determina la capacidad jurídica general) se requieren determinados elementos complementarios que a él se agregan, a falta de los cuales permanece el sujeto con su capacidad jurídica inmutada, pero no adquiere la capacidad jurídica especial, hablándose por ello de incapacidad jurídica especial.

Se ha intentado estudiar esta figura desde su aspecto negativo, en cuanto incapacidad jurídica especial (9), considerándose los elementos que la determinan (las cualidades jurídicas especiales que se agregan a la especie fáctica subjetiva para generar la capacidad jurídica especial) como causas constitutivas de incapacidad jurídica especial.

Tales elementos (o cualidades especiales) no influyen sobre la capacidad jurídica (10), no son presupuestos de hecho relativos a una determinada relación, ni son títulos de legitimación para el ejercicio de determinadas actividades. Más bien son simplemente presupuestos de hecho que cuando se acompañan a la especie fáctica subjetiva determinan capacidad jurídica especial, pues abren al sujeto un campo de intereses y de correspondientes efectos jurídicos, cuya referibilidad sin esta cualidad no hubiera tenido. Así, por ejemplo, la falta

---

(8) Ello en razón de que el Derecho es un sistema de intereses, esto es, de valores reales objetivos. Véase: FALZEA, Efficacia Giuridica. Op. cit., pág. 242. Entre las concepciones que otorgan al Derecho un fundamento sustancial encontramos el pensamiento de Ihering que relaciona el momento formal de la norma con su momento sustancial que deriva de las condiciones de vida de la sociedad. (R. von Ihering. Law as Means to an End. I. Husik, 1924, p. 75, 76). También la jurisprudencia de intereses propuesta por Heck da un fundamento sustancial al Derecho. Por otra parte, en las teorías soviéticas del Derecho (E.B. Pashukanis, Theory of Law and Marxism. Babb and Hazard, Soviet Legal Philosophy, 1951, pág. 111; M.S. Strogovich. Problems of Methodology in Jurisprudence. Soviet Law and Goverment, Vol. 4, No. 4, p. 13, 1965), así como en las diversas escuelas sociológicas norteamericanas se considera la valoración de los intereses como uno de los problemas centrales de la jurisprudencia (R. Pound. Outlines of Jurisprudence, 1911; Stone. Social Dimensions of Law and Justice). V. tam. HECK, Philipp, El problema de la creación del Derecho, Ed. Ariel, Barcelona, 1961, y The Jurisprudence of Interests. Harvard, 1948. VIEHWEG, Theodor. Topica e giurisprudenza, Giuffrè-ed., Milano, 1962.

(9) Así: ARENA, op. cit., pág. 914. Por otra parte: FALZEA, Capacità, op. cit., pág. 152, considera las figuras de incapacidad jurídica especial como limitaciones a la capacidad jurídica general del sujeto.

(10) Se ha considerado que la regla de la capacidad jurídica general se contrapone a la excepción de la incapacidad jurídica especial. Así: FALZEA, Capacità. Op. cit., pág. 130. Sin embargo, la capacidad jurídica general no resulta afectada por la falta de un hecho constitutivo de una figura de capacidad jurídica especial, pues la capacidad jurídica general se mantiene siempre con su carácter abstracto como general referibilidad de efectos jurídicos a pesar de que no se encuentre actualizado un determinado campo de referibilidad de efectos para el cual se requiere un "plus" que se agrega a la subjetividad.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de ciudadanía determina que al sujeto no venga atribuida la capacidad jurídica especial que de ella deriva.

Debe distinguirse:

- presupuesto de hecho de la capacidad jurídica especial.
- presupuesto de hecho de la legitimación (11).
- presupuesto de hecho de específicos efectos jurídicos (12).

El primero, acompañándose a la figura subjetiva hace nacer la referibilidad de un especial sistema de intereses jurídicos. Más bien, tal referibilidad se especifica.

El segundo, en cambio, es requisito necesario para el momento objetivo de una situación jurídica concreta.

El último es un requisito para la eficacia de las normas jurídicas, es condición de la titularidad o de sus modalidades de ejercicio.

Debe aclararse, sin embargo, que la causa constitutiva de incapacidad jurídica especial no es lo mismo que la causa que limita la capacidad jurídica. En realidad, la capacidad jurídica no se limita con la presencia de tales causas, sino más bien lo que sucede es que se especifica para el sujeto una esfera de referibilidad de efectos jurídicos (13). Sustancialmente, sin embargo, es claro que hay una limitación real de los atributos de la subjetividad en los casos en que el sujeto carece de la cualidad especial respectiva.

Debe, también distinguirse entre "referibilidad genérica" y "referibilidad específica". La primera es el aspecto característico de la capacidad jurídica general, mientras que la segunda es propia de la capacidad jurídica especial que designa la posición del sujeto en cuanto destinatario posible o potencial de un conjunto específico de efectos jurídicos.

La anterior diferencia no tiene sólo carácter de amplitud, sino que determina un mayor grado de actualidad de la referibilidad específica respecto a la referibilidad genérica.

Así, por ejemplo, un sujeto jurídicamente capaz es destinatario potencial de las normas del sistema; supongamos que el sujeto en cuestión no es ciudadano, pero que cuando cumpla la mayoridad podrá decidir si acepta o no la ciudadanía; pues bien, a este sujeto corresponde una referibilidad genérica de efectos. Si al cumplir la mayoridad acepta la ciudadanía, además de mantener la referibilidad genérica de efectos (propia de la capacidad jurídica) adquiere una capacidad jurídica especial (que determina la referibilidad específica del sistema de intereses jurídicamente ligados a esta cualidad).

Continuando con el ejemplo: el rechazar la ciudadanía le cierra la referibilidad específica de efectos a que hemos hecho referencia (o sea, surge una incapacidad jurídica especial) pero su "referibilidad genérica" de efectos se mantiene intacta.

Se podría argumentar, dentro de este orden de ideas que el no alcanzar la cualidad especial (que determina la capacidad jurídica especial) es un factor que influye sobre la misma capacidad jurídica restringiendo su ámbito. En tal caso, la capacidad jurídica perdería su carácter de general, esto es, posición general del sujeto en cuanto posible destinatario de todas las normas del sistema.

Sin embargo, el presupuesto de hecho de la capacidad jurídica especial condiciona la referibilidad al sujeto de un campo de normas, pero su ausencia no condiciona una disminución (cuantitativa ni cualitativa) de la capacidad jurídica, pues esta se mantiene siempre como referibilidad abstracta de los efectos del sistema; por ello, en ningún modo la capacidad jurídica especial o la incapacidad jurídica especial influye sobre la capacidad jurídica general (14), en cuanto cualidad genérica, potencial y abstracta.

---

(11) El presupuesto de hecho de la legitimación se encuentre en el hecho de que el Derecho puede requerir que el sujeto se encuentra en una determinada relación respecto al objeto o bien respecto al otro sujeto de la especie fáctica. Así: FALZEA, Capacità. Op. cit., pág. 173. PEREZ, Víctor. Existencia y capacidad de las personas. Lex Loci, San José, 1977, p. 84 y ss.

(12) El presupuesto de hecho de determinados efectos jurídicos no es sino la especie fáctica de toda norma en cuanto situación correspondiente a la proposición primaria de la norma jurídica, esto es, la parte condicionante o antecedente de hecho. Así: FALZEA, Efficacia Giuridica. Op. cit., pág. 282. Desde el punto de vista meramente formal: Kalsen, H. Causality and Imputation. What is Justice? 1950. Se habla de "supuesto". V. BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 4, MAIORCA, Carlo, Fatto giuridico, Fattispecie, Novissimo Digesto Italiano, vol. I, UTET, Torino, p. 115. ROTONDI, Mario, Considerazioni in fatto e in diritto, Riv. Trim. D.P.C. Anno XXI, No. 3, p. 966. PEREZ, Víctor. Los hechos jurídicos. Juriscentro, San José, 1979, pág. 13.

(13) Esta especificación, en cuanto tal, es una determinación de contenido de una situación preexistente que es la capacidad jurídica general. Sobre la especificación véase: FALZEA, Efficacia Giuridica. Op. cit., pág. 342. V. tamb. Revista Judicial, No. 8, junio de 1978, Corte Suprema de Justicia, San José, p. 168.

(14) En cuanto al carácter a priori y abstracto de la capacidad jurídica véase: FALZEA, Capacità. Op. cit., pág. 104.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Otro punto discutible es el siguiente:

Se podría argumentar que existen ciertos presupuestos de hecho de formas de capacidad jurídica especial que tienen un carácter determinante (como la raza o el sexo en los sistemas en que estos elementos son considerados como causas de capacidad jurídica especial) de modo que el hecho de carecer de ellos cierra absolutamente al sujeto ciertas zonas de efectos del ordenamiento.

Sin embargo, aunque ello es cierto, sabemos que el Derecho determina los diversos supuestos en función de determinados intereses; tales intereses son los intereses del ordenamiento, por lo que en cualquier hipótesis el sujeto se presenta como potencial destinatario de los intereses previstos y tutelados por el ordenamiento. En otras palabras: si se cierra por ejemplo a las personas de cierta raza o de cierto sexo un campo del Derecho, ello se realiza en función de particulares intereses lo que de ningún modo contradice el principio de que el sujeto es potencial portador de los mismos, antes bien, lo confirma, desde el punto de vista lógico. Obsérvese, sin embargo, que estas limitaciones representan, a menudo, verdaderas violaciones a los derechos humanos, por lo que positivamente, cada vez se reduce más el ámbito de las formas de incapacidad jurídica, de conformidad con las tendencias actuales.

Por otra parte, el supuesto que determina la capacidad jurídica especial es una "especie fáctica" de la que el legislador tiene disponibilidad del efecto (15). Así, a pesar de que ciertos presupuestos de hecho de capacidad jurídica especial tengan carácter determinante, ello no interesa pues, del mismo modo que se podría prescribir una altura determinada para que los sujetos puedan ejercer ciertas funciones o cargos (como ocurre en muchos países para determinados puestos en la policía o en el ejército), se podría prescribir cualquier tipo de "especie fáctica" para conectar a ella el efecto de abrir al sujeto una referibilidad específica de efectos. Esto en el plano formal. Sustancialmente, en cambio, interesa constatar en cada caso si la limitación es contraria a los valores humanos fundamentales. Una cosa es la legalidad, otra la justicia.

En conclusión:

- La figura tradicional de la incapacidad jurídica especial no tiene carácter autónomo, en cuanto no es sino la falta del presupuesto de hecho (que acompaña al sujeto de Derecho) de la capacidad jurídica especial.

- La capacidad jurídica especial puede ser vista y es relevante, tanto desde el punto de vista positivo como desde el punto de vista negativo. Es condición de hecho para que se abran al sujeto (con mayor especificidad que antes, pero siempre dentro del marco de la posibilidad) zonas de intereses (políticos, raciales, etc.) que sin el verificarse del presupuesto de hecho (o cualidad que acompaña al sujeto) permanecerían *cerradas*.

- La capacidad jurídica general es presupuesto lógico necesario de las figuras de capacidad jurídica especial, pues para poder atribuirse al sujeto la cualidad que unida a la subjetividad determina la capacidad jurídica especial, debe ser reconocido en primer lugar como sujeto, esto es, portador potencial de los intereses del sistema.

PARTE II:

LOS HECHOS DETERMINANTES DE INCAPACIDAD JURIDICA ESPECIAL

Debe, ante todo aclararse que los hechos influyentes sobre la capacidad jurídica especial no tienen en ningún caso carácter universal, sino que son espacial y temporalmente establecidos por cada sistema de Derecho. La doctrina ha discutido largamente sobre cuáles son estos hechos y ha intentado individuarlos en cuanto hechos que determinan incapacidad jurídica especial.

---

(15) Considero que el legislador tiene disponibilidad del efecto en relación con la capacidad jurídica especial en cuanto puede disponer los hechos que la determinan y el efecto está determinado por el mismo y no por fuerzas externas que se imponen al legislador. Consideraciones sobre la disponibilidad del efecto en cuanto a la extinción de la capacidad jurídica general pueden verse en FALZEA, Capacità. Op. cit., pág. 150, quien también considera que, en cuanto a la incapacidad jurídica especial se trata de "efectos jurídicos esencialmente legales". Falzea, Capacità. pág. 152.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Sin embargo, muchos de los hechos considerados como tales más bien deben clasificarse dentro de categorías del todo diversas a la capacidad jurídica especial, tratándose en muchos casos de hechos influyentes sobre la capacidad de actuar, de hechos que generan incompatibilidades o falta de legitimación, etc. Entre los hechos que más comúnmente se han considerado como incidentes sobre la capacidad jurídica especial, en el sentido de determinar incapacidad jurídica especial encontramos la ciudadanía, la raza, el sexo, la interdicción, la insolvencia, condenas penales, la edad, etc.

Interesa, pues, detenerse a analizar estos hechos con el objeto de examinar si corresponden o no a las cualidades exigidas por el Derecho para la constitución (junto con la figura subjetiva) de especies fácticas que determinan la apertura de zonas de referibilidad específicas de efectos jurídicos.

Interesa, también, aclarar que las figuras de capacidad jurídica especial han venido disminuyendo en número debido a la tendencia, constatable mediante el examen de los diversos ordenamientos a través del tiempo, de generalizar a todo sujeto de Derecho el carácter de destinatario potencial de los efectos del sistema.

a) La edad.

Se ha dicho que la edad determina una incapacidad jurídica especial, en el sentido de que por razones de edad, personas que no hayan alcanzado un determinado número de años se encuentran privadas de diversos derechos (16); aunque esto último es cierto, es necesario aclarar que la edad no tiene ninguna incidencia sobre la capacidad jurídica especial pues ella no determina ningún supuesto para que se abra al sujeto un campo específico de referibilidad de efectos jurídicos. En realidad, los hechos relativos a la edad inciden más bien sobre la capacidad de actuar, pero por no tener incidencia sobre la capacidad jurídica especial no puede su ausencia determinar ninguna forma de incapacidad jurídica especial. Ocurre sin embargo que, para la referibilidad específica de determinados ámbitos normativos a veces el Derecho exige además de la subjetividad una determinada edad. Ello ocurre, por ejemplo, en las hipótesis en que se requiere que el sujeto alcanza una determinada edad para tener la referibilidad específica de los intereses políticos. En este sentido la edad sí puede considerarse como un elemento constitutivo de la especie fáctica que determina una especial capacidad jurídica (en cuanto a posición de potencial destinatario de especiales efectos jurídicos) (17).

b) El sexo.

Para que el sexo pueda considerarse causa de capacidad jurídica especial es necesario que el ordenamiento jurídico haya previsto que para poder ser destinatario de determinados campos de intereses jurídicos sea requisito necesario pertenecer a un determinado sexo. En tal hipótesis, el hecho de no pertenecer a este determinado sexo, no niega la cualidad de sujeto jurídico, esto es, no perjudica la capacidad jurídica sin embargo cierra al sujeto un campo específico de efectos; en tal caso se podría hablar de incapacidad jurídica especial derivada del sexo.

Sin embargo, en los modernos ordenamientos jurídicos, por regla general, se encuentra parificada la condición del hombre y de la mujer, de modo que el sexo no integra ningún tipo de especie fáctica que determina una forma de capacidad jurídica especial (18).

c) La ciudadanía.

En la gran parte de los sistemas jurídicos se considera que el extranjero no es partícipe de los intereses relativos a la gestión de la cosa pública (19). Debido a ello, la ciudadanía configura una particular figura de capacidad jurídica especial y la

---

(16) Expresa esta forma de considerar la figura: MESSINEO, F. Manuale di Diritto Civile e Commerciale. I. Giuffrè-Editore. Milano. 1957, pág. 219.

(17) Esta hipótesis de que la edad influye sobre la capacidad jurídica especial es admitida por FALZEA, si bien, considerándola desde un ángulo negativo. FALZEA, Capacità. Op. cit. pág. 154.

(18) Véase: FALZEA, Capacità. Op. cit. pág. 155. También Messineo llega a la misma conclusión desde un ángulo diverso: MESSINEO. Op. cit., pág. 221. En nuestra jurisprudencia v. CORTE PLENA, No. 36 de 12 de julio de 1951, Boletín Judicial de 19 de agosto de 1951, No. 69 de 16 de octubre de 1969, Boletín Judicial de 21 de julio de 1972, cit. p. MURILLO, Mauro, Jurisprudencia Constitucional, Asamblea Legislativa, 1973, págs. 43 y 44.

(19) Véase: FALZEA. Capacità, op. cit., pág. 155. También ARENA. Op. cit., pág. 914; sin embargo analiza esta hipótesis estudiándola con relación a determinadas consecuencias, pero no como un hecho que puede abrir o cerrar la referibilidad de un campo específico de intereses. Sobre la evolución del tema V. RASI, Piero, Capacità-Diritto Intermedio, novissimo Digesto Italiano, UTET, Torino, 1968, p. 872.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ausencia de la ciudadanía configura una forma de incapacidad jurídica especial. Ello, pues el hecho de ser sujeto de Derecho y además ser ciudadano configura un supuesto que abre una zona de referibilidad de específicos efectos jurídicos. El no ser ciudadano, no niega, sin embargo, la capacidad jurídica (en cuanto referibilidad genérica de los efectos jurídicos del sistema) pero sí genera una incapacidad jurídica especial, pues falta uno de los elementos para determinar la capacidad jurídica especial que deriva de la ciudadanía.

d) La raza.

A la raza también son aplicables las precedentes consideraciones. Para que la pertenencia a una determinada raza sea causa de capacidad jurídica especial es necesario que el legislador haya previsto como requisito necesario para la referibilidad de determinados efectos jurídicos al pertenecer a esa raza. En tales hipótesis, el no pertenecer a ella genera una incapacidad jurídica especial, no elimina sin embargo la subjetividad (20).

e) Determinados pronunciamientos judiciales (interdicción, condenas penales, la insolvencia).

En términos generales este tipo de pronunciamientos jurisdiccionales determinan efectos sobre la capacidad de actuar, pero no sobre la capacidad jurídica (21).

En ciertos casos tales pronunciamientos impiden que al sujeto puedan ser atribuidos determinados efectos jurídicos, pero no determinados ámbitos de efectos jurídicos. Por regla general los efectos jurídicos determinados que se niegan al sujeto en estado de interdicción derivan de su falta de capacidad de actuar. Así por ejemplo, se ha dicho que el sujeto en estado de interdicción no pudiendo ser nombrado para determinados cargos tiene una forma de incapacidad jurídica especial; sin embargo, con tal criterio se llegaría a la conclusión de que el menor de edad (no pudiendo tampoco ser nombrado por carecer de capacidad de actuar) se encuentre también en estado de incapacidad jurídica especial; ya ha quedado aclarado el sentido de la edad respecto a la capacidad especial (jurídica). Por otra parte, tales pronunciamientos judiciales cierra al sujeto determinados efectos jurídicos, pero no determinados ámbitos normativos.

Lo anterior resulta comprensible considerando que la ausencia de este tipo de pronunciamientos no es elemento integrante de un supuesto que determina una forma de capacidad jurídica especial. Siendo la incapacidad jurídica especial la falta de capacidad jurídica especial, y no integrando la ausencia de tales pronunciamientos una forma de capacidad jurídica especial, la existencia de los mismos no puede determinar una forma de incapacidad jurídica especial.

Si bien es cierto que los sujetos sometidos a este tipo de pronunciamientos pueden ser excluidos de determinadas situaciones jurídicas ello obedece a razones del todo diversas, determinadas en gran parte por una incapacidad de actuar o por un fenómeno de incompatibilidad por el cual el sujeto se encuentra en una particular situación dispuesta con relación a determinadas funciones para el mejor logro de los fines de las mismas.

ACLARACIONES CONCLUSIVAS.

Los hechos que determinan formas de capacidad jurídica especial y cuya ausencia determina formas de incapacidad jurídica especial no tienen ninguna incidencia sobre la capacidad jurídica general ni sobre la subjetividad. Tales hechos se presentan en un plano diverso al plano de la subjetividad y la capacidad jurídica. Ello resulta claro en cuanto la presencia o ausencia de tales hechos no importa con respecto a la capacidad jurídica, la cual mantiene su carácter constante y abstracto en todo caso.

Debido a esto, todo sujeto de Derecho, en cuanto tal es potencial destinatario de los efectos jurídicos del ordenamiento sin exclusión de campos. Sin embargo, en cuanto a su carácter de sujeto de Derecho se agreguen otros elementos (tales

---

(20) MESSINEO. Op. cit., supra 16, pág. 221 considera la raza, en tales hipótesis, como causa de restricciones parciales a la capacidad jurídica, con lo cual se rechazaría el carácter abstracto de la misma.

(21) ARENA. Op. cit., págs. 914 y 915 considera que este tipo de pronunciamientos determinan formas de incapacidad jurídica especial. Sin embargo, sus razones parecen más bien obedecer a una concepción atomística de la capacidad jurídica especial, ya que admite formas de incapacidad jurídica especial derivadas de tales pronunciamientos en razón de negarse con ellos el sujeto determinados efectos jurídicos ya sea por imponerle determinadas con ellos al sujeto determinados efectos jurídicos ya sea por imponerle determinadas prohibiciones o por excluirlo de concretas situaciones jurídicas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

como la ciudadanía, por ejemplo) ocurre un fenómeno que puede explicarse con ayuda de la aficacia conservativa de tipo especificat vo; el hecho de que a la subjetividad se agregue la ciudadanía tiene como efecto que se especifique una especial zona de referibilidad de efectos que, anteriormente el sujeto no tenía en forma actual, manteniendo siempre, sin embargo, la referibilidad genérica propia de la capacidad jurídica.

Las causas de capacidad jurídica especial (cuya ausencia es causa de incapacidad jurídica especial) tienen la función de especificar la referibilidad de los efectos jurídicos de determinadas zonas del ordenamiento. Tal referibilidad era preexistente, pero en la forma genérica o abstracta propia de la capacidad jurídica.

******