

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL N° 86

Núm. 86

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



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 30408

SUMARIO

Presentación	5
Dr. Víctor Pérez Vargas	
Bicentenario del Código Civil Francés	11
Dr. Álvaro Hernández Aguilar	
Acción civil y pretensión civil	49
Dr. Jorge Alberto López González	
Reproducción asistida: el caso de Costa Rica	65
Licda. Gina María Acuña Solórzano	
Crítica al concepto tradicional de cosa juzgada en relación con la identidad de sujetos, objeto y causa	71
Lic. Jorge Jiménez Bolaños	
Las prerrogativas de la administración	93
Lic. Ronaldo Hernández H.	
Siglas y abreviaturas del comercio internacional	113
Lic. Jaime López Moya	
Libre testamentificio, la “querella inofficiosi testamenti” y la legítima hereditaria en el Derecho Romano	141
Lic. Wilberth Arroyo Álvarez	
Comentarios sobre la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras”	151
Licda. Mónica Pérez Granados	
El derecho de visita	173
Lic. Carlos Pantoja Murillo	

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

En esta ocasión, ofrecemos a nuestros lectores colaboraciones sobre Historia del Derecho y, concretamente, sobre la codificación napoleónica, Derecho Procesal Civil, Bioética, Derecho Romano, Derecho Administrativo, Derecho del Comercio Internacional, Ley de protección al representante de casas extranjeras y Derecho de Familia.

El Señor Juez Civil, Dr. Álvaro Hernández Aguilar, nos ofrece su ilustrativa investigación denominada “Bicentenario del Código Civil Francés”, donde afronta primeramente el tema de la codificación. Nos explica que el modelo escrito corresponde a la base del sistema continental -estructurado en códigos-, y que a su vez presenta tres características fundamentales: la recepción perdurable del Derecho romano, la victoria del concepto de la soberanía del Estado y con ello el monopolio jurídico de la legislación por el Estado; y finalmente, el sistema jurídico de Derecho racionalista y sus conceptos generales, así como la racionalización del Derecho por la alianza del Estado autoritario con la ciencia romanística. Nos explica que esta concepción tiene cuatro vertientes principales a saber: la francesa, de acentuada influencia racionalista; la germánica, de técnica depurada; la escandinava, de raigambre tradicionalista; y la iberoamericana, de variadas procedencias. El Dr. Hernández Aguilar desarrolla un planteamiento amplio de los antecedentes de la codificación francesa y nos muestra la divulgación del modelo. Destaca el papel del propio Napoleón, quien asistió personalmente a muchas reuniones de la comisión e influyó con sus ideas. En sus conclusiones sostiene que, en estos momentos, un movimiento codificador, como el ilustrado, no es ya posible, porque la composición de la sociedad impide la emergencia de una solución unificada para todas las situaciones y hay una carencia de poder político suficiente como para imponerla, al menos en el marco de una sociedad democrática.

El Dr. Jorge Alberto López González, Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Profesor de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Costa Rica y Juez Civil, nos brinda el artículo titulado “Acción civil y pretensión civil”. El autor, en sus primeras páginas, nos advierte que la acción no es un concepto jurídico cualquiera, sino referido a la libertad de la persona en un sistema político y de libertades. Analiza las diversas teorías sobre la acción, para pasar, luego, a explicarnos que la identificación de la pretensión sirve para determinar el órgano jurisdiccional competente, el procedimiento a seguir, las posibilidades de actuación de las partes (por ejemplo, existen supuestos en que no se puede pedir la anotación de una demanda), el régimen de recursos aplicable, la existencia o no de litis pendencia, cosa juzgada, la acumulación de procesos y congruencia de la sentencia. Se refiere a los tipos, pluralidad y acumulación de pretensiones. Finalmente, trata el tema de la acumulación de procesos: “estamos ante una acumulación de procesos cuando dos o más procesos pendientes pasan a sustanciarse en un sólo procedimiento para ser resueltos en una misma sentencia. Por este medio se produce una acumulación de pretensiones y su fundamento está en la economía procesal y en la necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios sobre pretensiones conexas”.

La Licda. Gina María Acuña Solórzano, Doctoranda en la Universidad de Roma, “Tor Vergata”, nos envía, desde Italia, su trabajo “Reproducción asistida: el caso de Costa Rica”. En materia de bioética, pocos temas han despertado tanta controversia como la llamada reproducción asistida. Ya nuestra Sala Constitucional se pronunció sobre ella, llamando la atención sobre el hecho de que la vida es el valor supremo y ni siquiera por norma de rango legal, es posible autorizar

legítimamente su aplicación, al menos, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente a la vida humana. La autora, precisamente, comenta la resolución 2000-02306, de 15 de marzo de 2000, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, publicado en La Gaceta N° 45 del 3 de marzo de 1995, que fuese Reglamento de regulación de las técnicas de Reproducción Asistida, incluida la fecundación “in vitro”. En sus conclusiones sostiene que “Una resolución como la mencionada, se toma por una coherente consecuencia, debida a una vocación de libertad, respeto y tolerancia entre los ciudadanos costarricenses; no es accidental como se pudiera pensar, sino el resultado de la ponderación de principios fundamentales, que desde siempre ha defendido el pueblo costarricense, en este caso, la tutela del concebido y por tanto de la vida humana”.

El Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Lic. Jorge Jiménez Bolaños, contribuye con el pedagógico y práctico estudio titulado “Crítica al concepto tradicional de cosa juzgada en relación con la identidad de sujetos, objeto y causa”. Sostiene, ahí, el Profesor Jiménez que el principio condicionante de identidad de elementos, objeto, causa y sujetos, tiene muchas variables y en muchas cosas o situaciones jurídicas el dogma se quiebra para dar paso al valor fundamental a que aspira el derecho por excelencia: la Justicia. Después de analizar el valor en juego y las concepciones tradicionales y explicar la diferencia entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material, estudia los límites subjetivos y objetivos del instituto. Con especial detalle trata el tema de la intervención de terceros y los efectos de la sentencia sobre ellos.

En la parte crítica de su trabajo afirma que “hay que rescatar la posición de UGO ROCCO, pues dicho autor critica el principio básico que señala los límites subjetivos de la sentencia, cual es que los efectos de la sentencia sólo afectan a las partes que intervienen dentro del proceso. Aduce, para plantear la crítica, el hecho evidente de que existen casos en los cuales la sentencia afecta a terceros que no han sido partes dentro del proceso. De tal manera que no se puede sentar la premisa de la relatividad de la sentencia sólo a las partes que participaron dentro del proceso, como una premisa válida y universal a aplicarse siempre, si tenemos situaciones que no caerían dentro de dicha premisa, de tal forma que sería una premisa que no tendría un carácter absoluto y, por lo tanto, no podría sentarse como un regla a aplicarse siempre”. En sus reflexiones conclusivas expresa que el principio de la necesaria triple identidad sujetos, objeto y causa para que se dé la cosa juzgada, no se presenta en una serie de situaciones jurídicas, ya que tenemos un gran número de casos en los cuales se producen los efectos de la cosa juzgada sin que necesariamente actúen los tres elementos o se manifiesten en un proceso dado. Esta situación se presenta por el hecho de que los límites subjetivos de la cosa juzgada en el fondo tienen íntima relación con los límites objetivos, dado que, si en un proceso se discute una determinada relación jurídica en relación con un objeto determinado, la sentencia que recaiga afectará necesariamente a todas las personas que tengan una relación con dicho objeto.

Nuestro asiduo colaborador el Profesor Lic. Wilberth Arroyo Álvarez, participa con “Libre testamentifacio, la “querella inofficiosi testamenti” y la legítima hereditaria en el Derecho Romano”. El Lic. Arroyo realiza una exposición muy clara del Derecho Sucesorio en la historia del derecho romano, tomando como base los estudios científicos que, con base en las fuentes directas de ese derecho, como la Ley de las XII Tablas o el Corpus Iuris Civilis, entre otras, han hecho connotados juristas como Juan IGLESIAS, ARIAS RAMOS y GARCÍA GARRIDO. Nos explica el autor que la acción que se usaba para la declaratoria de inoficiosidad se llamaba

“querella inofficiosi testamenti”. Cuando los herederos no eran del todo desheredados sino que heredaban una pequeña parte, los jueces centumvirov fijaron una cuota, naciendo así la legítima, como, en esencia, se conoce hoy día; dicha cuota, por algún tiempo, fue fijada arbitrariamente, y no es sino luego que se fijó en un cuarto de los bienes que el heredero recogería en la sucesión intestada, inspirados en la Lex Falcidia que establecía que el testador no podía legar más allá de las tres cuartas partes de sus bienes. El nombre de “legítima” se debe al hecho de que ella es una porción de la “sucesión legítima” que el heredero hubiere recogido ab intestado (quarta legitimae partis). Si la acción de inoficiosidad intestada prosperaba el testamento se anulaba por completo, dando paso a la sucesión intestada donde el querellante obtendría la legítima que le correspondía y de la que fue excluido en el testamento.

El Señor Juez y especialista en Derecho Comercial, Lic. Ronaldo Hernández H., nos ofrece “Las prerrogativas de la administración”. En este trabajo el Lic. Hernández trata el tema de las cláusulas exorbitantes, instrumentadas como prerrogativas que se presentan como una potestad, como un privilegio de la administración sobre sus cocontratantes. Nos explica que estas prerrogativas se dan en todas las etapas de la contratación: en la fase de preparación u otorgamiento o en la fase de ejecución donde se da la mayoría. El privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria y el *Ius Variandi* son las prerrogativas por excelencia de la administración y sus alcances son extendidos a todas sus necesidades, tales como el poder de dirección, inspección y control, el poder de interpretación unilateral y un régimen amplio de sanciones. Pero, como todo privilegio, también tiene sus límites. En sus conclusiones, el autor sostiene que “Los contratos administrativos tienen dos particularidades importantes -entre otras- que los hacen diferentes a los contratos que se rigen por normas de derecho privado: la primera se refiere a que uno de los sujetos que forma parte de la relación contractual es el Estado (en sentido amplio), que a diferencia de los particulares, tiene prerrogativas de las que éstos no gozan, también llamadas “potestades de imperio”. La segunda es que el Estado, al contratar, persigue con el objeto mismo del contrato, la satisfacción de un interés público” y que “es evidente que el principio de la necesaria triple identidad de elementos no puede existir como regla o dogma incuestionable e indubitable, sin primero analizar cada caso, en concreto, si se está ante una resolución que reviste un interés público por los valores fundamentales y el interés público tutelado o por la consecuencia lógica de vinculación que se dará entre los sujetos en virtud del objeto (objeto y causa) presentes en la resolución y por la conexión que existe entre estos (vinculación objetiva de los sujetos)”.

El especialista en Derecho Comercial, Lic. Jaime López Moya ofrece a los lectores un valioso trabajo que lleva por título “Siglas y abreviaturas del comercio internacional”. Se trata de una herramienta muy completa consistente en una recopilación de las siglas más frecuentemente usadas en el comercio internacional, por lo que, en estos momentos, se constituye en un instrumento necesario para cualquier abogado que intente adentrarse en la materia de los contratos comerciales internacionales. El aporte está enfocado para ayudar a comprender una parte de ese vasto mundo del comercio internacional (en cuanto a las siglas-abreviaturas), que se desarrolla y se transforma día con día.

“Comentarios sobre la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras” es el título del documentado artículo de la Licda. Mónica Pérez Granados, Asesora de la Cámara de Comercio Exterior, quien hace una completa reseña histórica sobre este tipo de leyes en Centroamérica y comenta los efectos del Tratado de Libre Comercio sobre el ordenamiento vigente en diversos aspectos, como la determinación de la eventual indemnización, la derogación de disposiciones coactivas para las casas extranjeras, la sumisión al derecho común de los contratos, si bien se

respetan los derechos adquiridos de los actuales distribuidores y representantes. En mi criterio, esto significa que todas las disposiciones de la actual ley, sean relacionada con la garantía, el impedimento de entrada de productos o la indemnización legal, mantienen su vigencia en cuanto a ellos, pues se trata precisamente de derechos adquiridos al amparo de las disposiciones que el tratado deroga. La autora comenta diversos otros temas, como la responsabilidad solidaria de quien pase a ocupar la posición que antes tenía la casa extranjera, indicándonos la nueva jurisprudencia al respecto. En sus conclusiones, expresa que las nuevas disposiciones podrían alargar los procesos, al ser necesario demostrar cada uno de los daños, en vista de lo cual propone la utilización de medios alternativos de resolución de conflictos, papel en el cual, por cierto, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica ha sido pionero.

El Lic. Carlos Pantoja Murillo, Abogado por la Universidad de Brasilia, egresado del programa de Licenciatura en Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional y de los programas de Gerencia Pública y de Gobernabilidad y Desarrollo Institucional del Instituto Nacional de Administración Pública de España y de la Universidad de Alcalá de Henares, quien desde 1994 se desempeña como asesor parlamentario en la Asamblea Legislativa de Costa Rica comparte con nosotros su estudio “El derecho de visita”, uno de los temas más conflictivos del Derecho de Familia que, en mi criterio no es un derecho (pues es más bien una potestad: un poder-deber) ni es “de visita” (sino de ejercicio de los atributos de la patria potestad: guarda, crianza y educación). El autor plantea el delicado tema de los conflictos entre padres relacionados con la tenencia de los hijos; sobre el tema aporta amplia información doctrinaria y jurisprudencial, particularmente relacionada con las modificaciones del régimen de “visitas”. En nuestro criterio, si bien la regulación judicial de estas situaciones ha sido bastante acertada, debemos luchar por transformar la lentitud con que se desarrollan todavía estos procesos, con evidente perjuicio para los menores quienes tienen derecho al afecto de ambos progenitores.

SECCIÓN I

ESTUDIOS

BICENTENARIO DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

Dr. Álvaro Hernández Aguilar
Juez Civil

Mi verdadera gloria no es haber ganado cuarenta batallas; Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias; lo que nada borrará, lo que vivirá eternamente, es mi Código Civil.
(NAPOLEÓN BONAPARTE)

I. Introducción

Ha no dudarlo uno de los más trascendentes acontecimientos de la evolución del derecho en general corresponde al Código Civil Napoleónico de 1804. El Código Francés es el producto de una historia, de una cultura, y simboliza indudablemente la tradición romano-germánica, e incluye un legado al mundo de notable impacto. En efecto, los doscientos años del natalicio del “Código Civil Francés”, que a la postre habría de convertirse en el cuerpo legal que por su autoridad adquiriría una singular expansión e influencia cultural hoy participativa en gran parte de las naciones de Europa occidental y de este “occidente” que es América, la América Latina a lo largo de todo el siglo XIX. La codificación es casi tan vieja como la escritura. Desde las tablas de la ley entregadas a MOISÉS hasta los proyectos de Codificación tipo en Iberoamérica y la Unión Europea en nuestros días, pasando por el Código de Hammurabi entre otros. Sin embargo, la codificación no es de ningún modo un fenómeno universal, pues en muchas partes del mundo sólo se conoció una tradición jurídica oral. Hasta no hace mucho, existía una oposición entre los países o regiones de derecho escrito, propicio a la codificación, y los países o regiones de derecho consuetudinario que, por mucho tiempo, sólo conocieron la tradición oral de generación en generación.

La palabra “código” había sido usada desde la antigüedad para designar cuerpos de leyes, no importando que sus preceptos estuviesen ordenados de acuerdo

con algún sistema. A partir de las aspiraciones iusnaturalistas de contar con una legislación ordenada de acuerdo con un sistema racional, el sentido de la palabra “código” cambió: Desde finales del siglo III o comienzos del IV el término “codex” se aplica a compilaciones jurídicas, públicas o privadas, de las “leges” imperiales.

El Codex era en este sentido no una ley, sino una compilación de leyes y eso fueron el Codex Gregoriano, el Hermogeniano, el Teodosiano o, después, el de Justiniano. Como los materiales jurídicos reunidos en un Codex poseían una cierta homogeneidad, si no en razón de su contenido, sí por su procedencia; y como por otra parte tales materiales aparecían dentro del Codex ordenados con arreglo a ciertos criterios, en las lenguas románicas medievales las palabras derivadas del latín “codex” o “codicus” se aplicaron normalmente y de una considerable ordenación formal.

Pero en la Europa ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII y desde entonces hasta nuestros días se ha generalizado mucho más preciso el término “Código”. Dentro del pensamiento jurídico de la ilustración y, todavía más, con arreglo al pensamiento liberal; un Código es una ley de contenido homogéneo por razón de la materia, que de forma sistemática y articulada, expresada en un lenguaje preciso, regula todos los problemas de la materia unitariamente acotada.

En el caso de la codificación moderna hay una adopción política por una forma específica de legislar, que supone unificación, exhaustivi-

dad o exclusividad, sistematización, precisión, metodologización definida, claridad. Esta forma específica de legislar, la codificación en su sentido moderno, supone –al menos en sus momentos iniciales– una cierta concepción racionalista en cuanto a la virtualidad de la razón humana para crear normas susceptibles de prever de una vez y para siempre, o al menos durante un tiempo prolongado, los comportamientos humanos futuros.

Actualmente el desideratum del derecho escrito son los códigos. Por su parte el derecho civil sigue siendo la disciplina fundamental con un enorme contenido residual puesto que comprende todas las relaciones jurídicas de derecho privado que no quedan incluidas en un ordenamiento especial.

La codificación, como ha resaltado DE CASTRO, supone, a diferencia de las compilaciones o recopilaciones de leyes, una visión total del mundo, con la conciencia de una serie de principios rectores que dan unidad orgánica al ordenamiento jurídico de una sociedad. Hacer un Código organizador del general convivir, de acuerdo con el sentimiento e idea nacional, es tarea nada fácil; pero una vez realizada, será de enorme trascendencia, tanto si nace para implantar un ideal revolucionario como si se limita a conseguir la unidad de la legislación según los moldes ya aceptados. La utilidad de la codificación reside en la posibilidad de unificar los derechos y ordenamientos que se superponen, se entremezclan y se oponen en detrimento de los ciudadanos y justiciables.

A medida que la legislación de un Estado se vuelve más casuística, dispersa y copiosa, se torna necesario ordenar las numerosas leyes en libros que permiten conocer fácilmente las normas. De ahí que los códigos siempre han respondido a un interés práctico para su ágil acceso al profesional y su rápida consulta por el lego. La labor de sistematización está ínsita en estos cuerpos legales, que contienen las reglas ordenadoras. Esto ya se planteó en el Imperio Romano, culminado con el famoso

Corpus Iuris Civilis del siglo VI, pero esa obra fue una mera recopilación de diversas normas. Del mismo modo, hubieron recopilaciones de leyes bajo la denominación española, en particular la Recopilación de Leyes de Indias de 1680.

Por un lado, se busca dar adecuada publicidad, por otro lado se quiere preservar el enunciado de la norma en sus términos originarios. En la interrelación entre derecho y lenguaje se cuestiona la acepción clara de las palabras utilizadas por el legislador y de en qué sentido deben ser aprehendidas: en el común que emplean las personas simples en forma cotidiana, o en el técnico utilizado por los juristas para escribir sus tratados. La palabra va unida a la idea y traduce conceptos. Fueron los glosadores quienes descubrieron la trascendencia de la filología en el análisis normativo, realizando aportes valiosos para comprender los textos latinos del Corpus Iuris Civilis. Así se empezó a laborar un lenguaje técnico que además tuvo la ventaja de una base común: el latín. Sin embargo, tampoco puede dejarse de examinar el influjo que ejercieron los postglosadores en el siglo XIV. Dicha escuela continuadora de la tradición de la glosa, superó a ésta y afirmó la ciencia, agrupando las normas en divisiones y subdivisiones que han llegado hasta nuestros días, con lo cual creó un nuevo modelo de interpretar el derecho. Los postglosadores produjeron una revolución en el pensamiento jurídico occidental.

El modelo escrito corresponde a la base del sistema continental -estructurado en códigos- y que a su vez presenta tres características fundamentales: la recepción perdurable del derecho romano, la victoria del concepto de la soberanía del Estado y con ello el monopolio jurídico de la legislación por el Estado; y finalmente, el sistema jurídico de derecho racionalista y sus conceptos generales, así como la racionalización del Derecho por la alianza del Estado autoritario con la ciencia romanística. A su vez, esta concepción tiene cuatro vertientes principales a saber:

la francesa, de acentuada influencia racionalista; la germánica, de técnica depurada; la escandinava, de raigam-bre tradicionalista; y la iberoamericana, de variadas procedencias.

El modelo adoptado fue divulgado e incluyó a toda Europa, y luego a otros continentes y originó el interés por su estudio comparativo. Muchos países, incluidas las posesiones francesas de ultramar en África, América, Medio Oriente y Asia, aplicaron este cuerpo legal, aunque a veces adaptado a sus respectivas realidades nacionales. Incluso ZACHARIAE contribuyó a difundirlo en Alemania en un célebre curso que luego continuaron en lengua francesa dos profesores franceses de Estrasburgo: AUBRY y RAU. En algunas comunidades fue impuesto por el emperador (Bélgica, Génova, Luxemburgo, Palatinado, Saboya, etc), pero en otras su adopción fue espontánea por sus méritos intrínsecos; y más tarde sirvió de modelo entre los países iberoamericanos: Argentina, Brasil, Chile, España, Portugal, Haití, Bolivia; y por supuesto Costa Rica.

Los alcances del Código de Napoleón desbordaron las fronteras de sistemas jurídicos consolidados como el "common law" estructurado bajo concepciones altamente distantes. Particular referencia merece el caso de Canadá que presenta un "sistema mixto" ante la convivencia del "common law" y el derecho continental materializado en el Código de la Provincia franco-parlante de Québec. Así como la literatura o la música, la elección o la adhesión a un sistema jurídico particular es un símbolo cultural a imagen de la población; Québec, el Código Civil del Bajo Canadá e igualmente en los Estados Unidos como el Código de Luisiana, aprobados en el curso del siglo XIX.

II. Antecedentes de la codificación francesa

La elección del derecho civil como materia en la cual se va expresar con todo su fuerza el fenómeno codificador, dista de ser casual, ya

que el mismo es considerado como un campo privilegiado para la codificación sistemática y duradera, justamente porque es natural, en contraposición al derecho que está sujeto a los cambios políticos.

La otra cuestión, de no menor calado, es que el Code de 1804. es el primer código elaborado exclusivamente por la burguesía y así, sus instituciones responden a la lógica del individualismo y del liberalismo: rechazo de toda vinculación, generalización del sujeto jurídico, primacía de la voluntad individual a través de la autonomía privada, fundamento consensual del derecho contractual, estructura igualitaria del derecho de sucesiones y una concepción individualista y absoluta de la propiedad.

A) Antecedentes políticos

El fenómeno de las codificaciones ha reflejado en la historia un vínculo muy fuerte con la organización política. El código permite expresar el poderío del soberano. Desde la civilización mesopotámica, HAMMURABI se titulaba "Rey del derecho" y tuvo un Código. JUSTINIANO aspiraba a ser un gran emperador y su código fue la expresión de tal grandeza. FEDERICO II de Prusia, BISMARCK y NAPOLEÓN, marcaron su huella. La asociación entre el código y el codificador, a cuya gloria aporta, es aún más manifiesta cuando la codificación es un logro. Es el caso del Código Civil francés, testigo del glorioso éxito de NAPOLEÓN BONAPARTE representado en sus propias palabras: "Mi verdadera gloria no es haber ganado cuarenta batallas; Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias; lo que nada borrará, lo que vivirá eternamente, es mi Código Civil".

El Código Napoleónico fue, a no dudarlo obra de juristas, pero también sirvió a los objetivos y a las expectativas políticas de NAPOLEÓN BONAPARTE. Sabido es que ya desde los siglos XVI en BODINO y en el XVII en DOMAT y LEIBNITZ, comenzaba a tomar cuerpo el ideal de transformar el derecho

romano en derecho natural, confiriéndole la lógica intrínseca y la sistematicidad propias del racionalismo, tendiendo a hacer “natural” o sea absoluto, el derecho positivo, que era el derecho romano vigente como derecho común. Aunado a tales posturas, mucho antes de la Revolución, la justicia del Antiguo Régimen ya había sido condenada por casi todos.

La extrema lentitud y el coste excesivo de los procesos, la complejidad de los recursos, la multiplicidad de jurisdicciones, la transmisión familiar de los cargos, la usurpación de funciones jurisdiccionales, la receptación el poder político a través del poder de jurisdicción y el hermetismo del lenguaje, entre otras causas, habían arruinado la confianza del justiciable. Entre las numerosas peticiones de los justiciables está la reclamación de una ley única y renovada para todo el reino.

VOLTAIRE decía: ¿No resulta absurdo y horrible que lo que es verdadero en un lugar se considere falso en otro? ¿A causa de qué extraña barbarie sucede que haya compatriotas que no vivan bajo la misma ley? Así ocurre de posta en posta del reino: se cambia de jurisprudencia como se cambia de caballos”. Se evidencia que el fenómeno de las codificaciones se identifica con una demanda de razones igualmente sólidas para la búsqueda de lo idéntico, de lo único, de lo común.

En el siglo XVIII que correspondió al siglo de la soberanía de la razón, de las ideas simples y distintas, del lenguaje claro y exacto no podía faltar el deseo de un sistema jurídico simple y preciso que estuviera al alcance de la comprensión de todos los ciudadanos. Un código, como luego se llegó a conceptuar al de 1804, que pudiera ser consultado directamente, que revelara su sentido sin necesidad de jueces o abogados, que relegara la litigiosidad a la mala fe. Un manual y una guía de la vida ordinaria de los derechos y las obligaciones. La Asamblea constituyente decidió, por tanto, en la ley sobre la organización judicial de 16 de agosto de 1790 y en la Constitución de 1791, que se haría un código general de leyes

“simples” y claras apropiadas a la Constitución –un código de leyes civiles comunes a todo el reino–. Se seguía así el deseo del pueblo, la aspiración de las clases más esclarecidas de la nación.

Se abría así el camino para la creación de un derecho civil común y uniforme, de un código civil nacional.

La idea de codificar normas jurídicas en Europa se encuentra claramente vigente desde el siglo XVI, pero es hasta el siglo XVII cuando las aspiraciones racionalistas comienzan a gestionar intentos serios de dar sistemática al derecho privado. La codificación ilustrada buscó como principal objetivo la ordenación racional de los códigos de forma sistemática y articulada, y ante su elaboración se encontró ante dos opciones: crear un código totalmente nuevo derivado de los principios fundamentales de la razón, o aprovechar el antiguo derecho, siempre y cuando respondiera o estuviera acorde con los principios racionalistas de la Ilustración.

En el marco del pensamiento racionalista se buscaba eliminar al pensamiento autoritario, la primera opción se presentaba como la única. Las exigencias iusnaturalistas sólo admitían un derecho racional universalmente válido para todos los hombres en todas las épocas, además de que el derecho tradicional, el *ius commune*, no respondía ya a las nuevas exigencias de la época, se había vuelto corrupto y era el principal generador de la incertidumbre jurídica, que la legislación estaba llamada a superar. La idea ilustrada de la reducción del derecho a la ley estaba ampliamente difundida, y dio ocasión a que antes de las jornadas revolucionarias, los monarcas ilustrados desearan dicha reducción e intentaran lograrla mediante la codificación.

El fenómeno político relacionado con el derecho parece claro a la luz de lo siguiente: a) El Derecho se realiza en el Estado; b) se ordena el bien común; c) la política determina que es lo suyo de cada quien, pues establece las leyes y las normas que indican

lo justo, en el marco del derecho natural y por vía de conclusión o determinación en la base de toda solución jurídica hay una decisión política. A partir de la segunda mitad del siglo XVIII las ideas revolucionarias del iusnaturalismo influenciaron buena parte de la ideo-logía revolucionaria que plasmaría sus consignas en las declaraciones de derechos del hombre promulgadas por los independentistas norteamericanos y los revolucionarios franceses.

En el Derecho se consagró la diferencia del derecho público y el privado; el desarrollo del primero condujo a otros cambios políticos importantes en el mundo occidental. A partir de la guerra de independencia de Estados Unidos y de la Revolución Francesa, las nuevas ideas se propagarán durante el siglo XIX desarrollando un importante papel en las independencias de los países americanos. En el ámbito del derecho privado las ideas racionalistas influyeron en los principios y en el método de aplicación de las normas, y en menor medida en el contenido de los códigos básicos, que fue derivado de las fuentes romana y del ius comune.

El nuevo sistema jurídico creado por el racionalismo encontró expresión en dos fenómenos: el constitucionalismo (en el ámbito del derecho público) y la codificación (en el ámbito del derecho privado). Constitucionalismo y codificación fueron los dos fenómenos jurídicos que surgieron con motivo de las ideas iusnaturalistas, al convertirse en uno de los objetivos fundamentales del nuevo Estado en construcción.

La situación descrita se aprecia nítidamente en la redacción del Código Civil Francés, pretende ser, por una parte, una respuesta directa a problemas de orden concreto nacidos del descalabro psicopolítico de gran envergadura ocasionado por la revolución después de muchos años. A su vez constituye entonces, a los ojos de los que legislan (empezando por BONAPARTE) un elemento determinante para la recuperación

eficaz, por parte de la entidad social francesa, de bases políticamente estabilizadas.

El Estado que emergió de la Revolución Francesa fue en gran medida producto directo de las aspiraciones de la burguesía, que exigía la garantía del ejercicio de las libertades y la supresión de los privilegios aristocráticos. Por ende, las raíces ideológicas y el soporte socioeconómico de la codificación y de las constituciones son ciertamente comunes, a saber, la filosofía jurídico-política de la ilustración y de la etapa ascendente y dominante de la clase burguesa. Si las constituciones representan la organización del Estado liberal-burgués de Derecho, los códigos pretendieron contener el resto de la organización jurídica de la sociedad burguesa. Es más: en buena política legislativa las constituciones debieron preceder a los códigos ya que significan respecto a ellos el presupuesto lógico y jurídico fundamental. El modo de creación de derecho del Estado liberal consiste, pues, en el constitucionalismo y la codificación.

Para 1786, la crisis financiera que enfrenta la monarquía francesa era muy grave, lo que determinó la implantación de varias reformas para sacar adelante la crisis económica, privilegiando a unos pocos y fomentando la pobreza. Algo que no cabría esperar sucedió el 14 de julio de 1789, motivado por la terrible carestía de alimentos, provocada por años de malas cosechas. El pueblo de París, convertido en una turba, se levanta en armas y saqueaba el Hospital de los Inválidos y asaltaba la Bastilla. Formalmente se iniciaba la revolución. Paralelamente los trabajos para redactar una constitución que ya se venía discutiendo continuaban. Como prefacio de la constitución se decidió declarar solemnemente una Declaración de los Derechos del Hombre. A la revolución política se añadía la revolución social.

La abolición de los privilegios feudales, el fin del antiguo régimen, se consolidó con la Constitución de 1791, que estuvo en vigor sólo un año. La Constitución abolió los títulos de la

nobleza, prohibió la venta de cargos públicos, impedía los votos religiosos, declaraba al matrimonio como un contrato civil y establecía un registro civil para tomar cuenta de los nacimientos y defunciones. A los miembros de la Asamblea Constituyente les quedaba prohibido conformar la Asamblea Legislativa encargada de aplicar la Constitución. En la nueva Asamblea predominaban dos grupos de la izquierda radical, defensores a ultranza de la República: los girondinos y que era un grupo de diputados compuesto por jóvenes abogados y periodista originarios de la provincia de Gironde, y los jacobinos, liderados por DANTON y ROBESPIERRE, quien posteriormente después de la caída del Rey impuso un Régimen brutal de terror. Ambos grupos deseaban la abolición de la monarquía y tras el veto del rey de dos leyes, que castigaban a los nobles emigrados y al clero que no había jurado la constitución, girondinos y jacobinos declararon al rey enemigo de la nación.

Tanto DANTON como ROBESPIERRE al quedar fuera de la Asamblea Legislativa conspiraron contra la monarquía mediante diversos disturbios populares que culminaron con la destitución del Rey, y la convocatoria para redactar una nueva Constitución. Se avecinaba el "Terror". La Convención se reunió el 21 de septiembre de 1792, y declaró abolida la monarquía. El rey fue guillotinado el 21 de enero de 1793; la reina seis meses después. Desaparecida la monarquía, se acrecentaron las diferencias entre girondinos y jacobinos, que terminaron con la caída de los primeros, que fueron guillotinado. Después vendría la caída de los jacobinos, la ejecución de ROBESPIERRE (9 TERMIDOR), la disolución de la Communa de París y el cierre del Club de los Jacobinos. En esa época se gestó la idea de que la revolución debía ser exportada y difundida por toda Europa; sus grandiosas ideas debían ser aprovechadas por todo el mundo.

Se evidencia pues, que la revolución estaba compuesta de fuerzas de intelectuales tales como derechos naturales, la separación de poderes, racionalismo, antifeudalismo,

liberalismo burgués, estatismo y nacionalismo. El odioso pasado era pintado con colores excesivamente oscuros. Los objetivos de la revolución se idealizaron y se dio como hecho que habían de cumplirse.

Durante los cinco años que precedieron a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano entre 1795 y 1800 no hay casi nada más que una referencia a la agravación. Durante esos cinco años, la confusión político-económica y jurídico-institucional que se perpetuó de año en año agudizó las inquietudes hasta un pánico más o menos explicativo de no salir nunca del ciclo de anarquía, de locuras sanguinarias y de perturbaciones, iniciadas en Francia en 1789.

En resumen, los años se sumaban y nada feliz para los franceses se anunciaba en el horizonte.

La Francia del Terror se encontraba conmocionada por una lista interminable de agitaciones excesivas para el orden social brutalmente arrancado. La moneda: inflación monetaria galopante que contribuyó a fomentar los horrores del caos.

El lenguaje: El sentido de algunas palabras se ve gravemente subvertido por la dictadura jacobina. ¿Acaso nos se encarcelaba y no se masacraba en nombre de la "libertad", no se predica el odio so pretexto de la "fraternidad", no se mata a gente socialmente modesta como "aristócratas", etcétera. La inmensa perturbación mental del calendario, enteramente trastocado por la Revolución. Los ataques multiformes a la propiedad, provocando como consecuencia una gravísima inestabilidad psico-económica de los mismos bienes inmobiliarios, a tal punto que un cronista de le época comentaba: "se vive con temor una especie de movilización del territorio de la República". Y naturalmente, coronándolo todo, la muy espectacular desvalorización tanto de la libertad como de la vida humana, que tiñó tantos episodios de neta barbarie.

Bajo el colapso social anteriormente descrito, en 1789 el republicano GOUVERNEUR MORRIS, amigo de JEFFERSON, relatando una de estas secuencias de detalles especialmente repugnantes, nos transmite este juicio de observador del atroz espectáculo imperante: "París es el lugar más perverso que pueda existir. Allí todo es incesto, asesinato, bestialidad, fraude, rapiña, opresión, bajeza, crueldad; sin embargo es la ciudad que se convirtió en el campeón de la causa sagrada de la libertad". Y sin embargo, nos inclinamos a estimar como más significativo aún el testimonio de un modesto artesano, militante revolucionario, miembro de un comité de sección parisina llamado MENETRA: "El francés sólo respiraba sangre. Ellos (sic) se parecían a esos caníbales y eran verdaderos antropófagos.

El vecino denunciaba con total sangre fría a su vecino. Los lazos de sangre se habían olvidado." Disolución de los lazos interindividuales: según todas las evidencias, ésta fue una viva impresión a lo largo de esos años.

Entre los individuos, las llamas permanecen abiertas, los resentimientos están exasperados. Las heridas principales del edificio social no se reabsorben. Más bien, algunas se agravan, y Francia se ve entonces afectada, sobre todo, por un inmenso descalabro de las relaciones contractuales y cuya agudeza alcanza un grado poco imaginable. En otros términos, en esos años del Directorio, donde las relaciones entre individuos están si no abolidas, por lo menos gravemente corroídas, se perpetúa el sentimiento de un anárquico estado de naturaleza. En este estado de naturaleza que se tiene presente, y que es padecido por cada uno en diversos grados, los hombres se destrozan entre sí. Constatación cruel: el buen salvaje no existe, y en consecuencia, deserta la retórica.

La entidad francesa en revolución, por conmocionada que pudiese parecer, no deja sin embargo de ser un tejido familiar y social

de una complejidad infinita. Corresponde a una vivencia –pero hay que subrayarlo– No obstante lo que nos importa no son las conmociones en su dimensión concreta, sino su percepción cultivada por aquellos que las vivieron, entre los cuales se encontraban quienes muy pronto deberían colaborar diversamente con el Código Civil. Solo las virtudes privadas pueden garantizar las virtudes públicas, y PORTALIS remarca, sirviéndose una vez más de su exquisito vocabulario, que: "son los buenos padres, los buenos maridos, los buenos hijos quienes hacen los buenos ciudadanos". El Código Civil con su insigne corredactor, operaría por principio de las junturas interindividuales a fin de favorecer el florecimiento de los buenos esposos, y de los buenos hijos –etcétera– en suma entonces de los buenos ciudadanos. Y este giro es oficializado, no sin cierta pompa, con advertencia significativa en la Declaración de los Deberes de 1795: "Nadie es buen ciudadano sino es buen hijo, buen padre, buen hermano, buen amigo, buen esposo". Precepto capital en la problemática que a partir de ese momento conduce al Código Napoleón.

En este contexto, la cuestión del derecho privado tomaría una importancia política de extraordinarias dimensiones. Los franceses a diferencia de los designios adoptados por la mayoría de las colonias de ultramar, incluidas las de influencia colonizadoras españolas y portuguesas tanto en América Latina como en África luego de su independencia, tuvieron la extraordinaria visión y sabiduría ante una cruenta crisis política de las dimensiones descritas de restaurar el tejido social excluyendo opciones totalitarias. Si el terror fue anarquía, pero también fue tiranía, desacreditaría en un primer momento al autoritarismo y todo intento de manipulación de las mentes conjugada a desembocar en un sensacionalismo totalitario. El derecho privado, progresivamente, se tornará objeto de una esperanza política, cuya gravedad debe ser considerada excepcional.

Por eso, el desafío político clave, es la inalterabilidad de lazos interindividuales.

En otras palabras, el destino mismo de la sociedad está en juego en el detalle de los intersticios que separan a los individuos. Por esto el derecho privado, cuya naturaleza hace justamente que se insinúe en la juntura de las relaciones interindividuales, con la vocación de estabilizarlas o por lo menos de regularlas, este derecho privado, en tal contexto, se torna un arma política literalmente fundamental. Sólo el derecho privado haría posible el desafío político clave que condiciona íntegramente el futuro de una sociedad francesa viable –después de la Revolución–, cual es la inalterabilidad de lazos interindividuales. En la codificación del derecho francés, no sería la excepción la incardinación del derecho de propiedad en la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”. Pero lo cierto es que objetivamente tal reconocimiento no se funda en la consagración de una propiedad inviolable y sagrada que deba fundar el orden social, sino sobre el mantenimiento de las propiedades.

Para ello es preciso insistir, que las propuestas tendientes a reestablecer el tejido social, consistían según las convicciones y las intenciones socio-políticas de los redactores del Código Civil, en realidad se inclinaron de forma muy clara a volver a poner en vigencia al pater familias, y para ser buen padre, hay que ser un buen propietario a fin de salvaguardar para el orden social la fuerza sucesoria de los padres de familia. Entendían que para el ejercicio de la presión patrimonial se requiere, sin embargo, un mínimo de patrimonio. Por supuesto, es bien débil la “autoridad de un padre” que no tiene ninguna propiedad para transmitir. El buen padre es por lo tanto un propietario, y para esto es fundamental que, tras las turbulencias de la revolución, los cimientos de la propiedad, principalmente inmobiliaria, se establezcan psicológicamente.

Por esas razones la elección de redactores del Code Napoléon como TRONCHET –quien presidió la Comisión Redactora– y PORTALIS, fue significativa para los designios políticos del Código desde el inicio de las

sesiones. TRONCHET era un hombre de edad y cumpliría setenta y ocho años en 1804. A su vez se dice que fue abogado de LUIS XVI, el único abogado elegido por él. Y TRONCHET, en abril de 1791 en un momento parlamentario de una gravedad excepcional, había pretendido que para el orden social se mantuviera la fuerza sucesoria de los padres de familia. Posteriormente en 1796, afirmaba ante el Consejo de Ancianos: “La propiedad adquirida en virtud de una ley, aun injusta, es una propiedad legítima. Si se abandona este principio, ya no hay propiedad, ya no hay orden social, cuya entera fuerza resulta del mantenimiento de las propiedades. Es sobre el mantenimiento de las propiedades que reposan el cultivo de las tierras, todas las producciones, todos los medios de trabajo, y todo el orden social”.

Por su parte PORTALIS anunciaba ante el Consejo de Estado: “La estabilidad de los inmuebles estabiliza a las familias”. En sus trabajos preparatorios del Código Civil se leen las siguientes palabras: “Las reglas de la propiedad no deben ser buscadas en el derecho natural. El estado salvaje o de naturaleza no admite la propiedad.” Y también: “La ley civil es el árbitro supremo; le corresponde resolver todo. (...). No se trata entonces de examinar lo que se corresponde más con el derecho natural, sino lo que es más útil para la sociedad”.

En la lógica mental de los redactores del código tal como ellos mismos lo expresaron –debemos reconocerlo–, consistió en revertir el compuesto social prioritariamente a través de la restauración del poder paterno por medio de la presión patrimonial del mantenimiento del derecho de propiedad, y lo que en definitiva constituiría a un buen ciudadano radica en poseer patrimonio. No cabe duda, que las pesadillas pasadas de los años revolucionarios exacerbaban fuertemente los egoísmos, pues el interés patrimonial sería el que se presumiría todo poderoso sobre la naturaleza humana. Los planteamientos descritos fueron la propuesta encontrada a la abolición del feudalismo,

régimen medieval sobre la tierra donde se asentaba la monarquía devenida absoluta a partir de LUIS XVI (1638-1715). De esta forma aflora una nueva concepción de los derechos reales en general, que sería acompañada de una técnica restrictiva para su creación (“*numerus clausus*”); este pensamiento se caracterizó por su filiación liberal-individualista que beneficia a una burguesía de pequeños empresarios.

El Code Napoleón brindó forma a este criterio, estructurando un sistema sencillo a fin de lograr una mejor implementación práctica

Utilizó el vocablo “*propriété*” para definir el derecho de usar y disponer de una cosa de manera absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o los reglamentos (art. 544), término que luego se empleó para la titularidad de los derechos intelectuales y de los bienes incorporales. Esta palabra reconoce su origen en el derecho romano bizantino a fin de subrayar la pertenencia personal de una cosa excluyendo el derecho de cualquier otro individuo sobre la misma.

B) Antecedentes jurídicos

Durante el siglo XVIII se hicieron en diversos lugares de Europa, proyectos de códigos; sin embargo, la primera codificación auténtica ocurrió en Prusia en 1794 (ALR). Por encargo de FEDERICO GUILLERMO I de Prusia, monarca Ilustrado, se iniciaron los trabajos para la elaboración de un código, que debía consagrar un sistema territorial de normas que fuera estable y para todos los tiempos. El trabajo se encargó a SAMUEL COCEIUS que en la tradición del *usus modernus pandectarum* identificaba al derecho romano con el natural, y cuya misión consistiría en dar sistematizaciones al derecho común recibido en Alemania. Sin embargo, el código prusiano omitió muchos principios fundamentales iusnaturalistas, especialmente el de la igualdad de la ciudadanía, que se conmutaba por la

consagración de la división estamental del Estado, como era lógico en una codificación ordenada por un monarca ilustrado.

En Austria ocurrió otra codificación (ABGB) ordenada por MARÍA TERESA en 1753 y finalmente publicada el 1° de junio de 1811, como un Código Civil en el que se excluyeron cualquier principios políticos y administrativos. La codificación austriaca fue bien una exhaustiva recopilación de normas civiles tendente a eliminar el particularismo jurídico.

La codificación napoleónica estuvo precedida por una serie de ordenanzas reales, desde las que ordenaban las costumbres de París en el siglo XVI hasta las del siglo XVI, Ordenanza de Saint Germain (1667), Ordenanza de Comercio de 1673 (Ordenanzas de Colbert) y Ordenanza de Marina (1681). Para 1681 se realiza el primer intento de unificación del derecho francés a cargo del jurista HENRI FRACOIS DAGUESSEAU.

El escenario jurídico que precedió la codificación francesa se encontraba impregnado de un alto grado de dispersidad, lo que determinó desde el punto de vista técnico, la culminación de un producto de las mejores expresiones jurídicas acumuladas. La evolución jurídica de Francia respondió, en sus orígenes, a tres influencias culturales: la galo-romana que se expandió en el sur del territorio; la oriental, que influyó en la formación de costumbres generadora de derecho y la propiamente gala. Precisamente el derecho privado francés al que POTHIER alude en sus obras fue elaborado por la vía de las costumbres, las ordenanzas reales, la jurisprudencia y la doctrina. El fruto de la obra de POTHIER fue la unificación definitiva del sistema jurídico francés a través del Código de 1804, sancionado treinta años después de su muerte.

El caso particular de Francia el fenómeno anteriormente descrito presentó repercusiones de singular particularidad tomando en consideración condicionantes de índole geo-

gráfico, político y cultural. Siendo uno de los principios de la política de Roma introducir en los países conquistados su idioma y su derecho como medios, de consolidar su dominación, las Galias estuvieron regidas por el derecho romano desde que entraron a formar parte de aquel Estado. Sin embargo, la recepción de las concepciones romanistas por medio de los glosadores y post glosadores no fue recibida pacíficamente. El romanismo debió luchar contra el germanismo en un singular combate ideológico que duró muchos siglos, sin que en Francia a diferencia de otros países como en España las corrientes romanistas lograran una imposición determinante

Es precisamente durante el siglo XVI que en Francia la corriente conocida como el "humanismo jurídico" de raíces germánicas y basadas en la costumbre representada por DONNEAU, GODFROY, DUMOULIN y principalmente CUJAS, creador este último de lo que se denominó el "mos gallicus." Las formulaciones de sistematización del derecho provenientes del mos gallicus se sustentan en que el derecho es analizado a través de sus instituciones principales. De esa manera se superó la labor de los glosadores y postglosadores, que se limitaron al simple comentario de los textos sin darles el lugar asignado dentro de un orden más amplio. Como la glosa resultó insuficiente para el estudio general del derecho, fue necesario superar esa visión omnicompreensiva del derecho, lo cual llevó más adelante a realizar construcciones abstractas. En el citado siglo habría que asistir a una polémica que fue, como destaca el autor chileno ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, la más dura y agresiva en los anales de la historia jurídica de occidente y en cuyo transcurso enfrentó a los exponentes del referido mos gallicus con los partidarios del valor y vigencia del Corpus de JUSTINIANO, a cuyos representantes en contraposición a los anteriores, se les denominó defensores del mos italicus; personalizados en la escuela de los glosadores como AZZO y ACURSIO y a comentaristas de la magnitud de BALDO y BARTOLO.

La encendida crítica la describe GUZMÁN BRITO en los siguientes términos: "Como es sabido, Francia estaba dividida en dos zonas jurídicas bien delimitadas: la zona septentrional, que había recibido una mayor influencia franca, vivía un derecho consuetudinario de base germánica. La zona meridional, en cambio, habiendo acogido una influencia de parte de los romanizados visigodos y burgundios, vivía un derecho también consuetudinario, pero de base romana, vinculada a la Lex Romana Visigothorum y a la Lex Romana Burgundionum. Esto explica que, a partir del siglo XII, la zona meridional recibiera más fácilmente el derecho romano en la versión de los glosadores y comentaristas, lo que no sucedió en la zona norte. Comenzó entonces a hablarse de Pays de Droit écrit, para referir a los de la zona romanizada que había recibido un derecho romano escrito; y de Pays de Droit coutumier, en referencia a la zona septentrional, y continuó rigiéndose por su tradicional derecho consuetudinario de origen germánico". La aparición de los grandes juristas del humanismo se verá fortalecida y revitalizada con el surgimiento en los siglos XVII y XVIII de DOMAT y POTHIER a que luego referiremos.

La Francia coutumiere fue conocida como región del derecho no escrito, donde había una variedad heterogénea de ordenamientos consuetudinarios, opuesta a la zona regida por el derecho romano –que era escrito– correspondiente al Mediodía o midi, región donde sobresalió el mos gallicus, cultivado por notables humanistas como CUJAS (1522-1590) y DONEAU (1527-1591). La vigencia de normas consuetudinarias que imperó en Francia bajo la denominación de droit coutumier, durante un lapso de algo más de ocho siglos, abarcando parte de la Edad Media y con proyección sobre toda la Edad Moderna, en ese vasto espacio de tiempo, la ciencia jurídica alcanzó un elevado nivel cultural, a la par que florecían la filosofía, la literatura y las artes. El droit coutumier ofrece un rico material para el análisis sociológico, además del histórico y del antropológico,

permitiendo apreciar las líneas evolutivas del derecho, según las transformaciones habidas en la sociedad. Emerge así una fuente de pautas obligatorias de conducta que no son dictadas por una autoridad pública, las cuales van cambiando a medida que crece el grado de civilización. La coacción se apoya en el autosometimiento a esas reglas cuya fuerza reside en la memoria de los antepasados. En el Grand Coutumier du Pays et Duché de Normandie encontramos la siguiente definición: "Costumbre es aquella que se conservó desde la antigüedad, dada a los príncipes y guardada por el pueblo, que decide a quien debe ser cada cosa y lo que pertenece a cada uno. Así entendido el concepto, puede agregarse que es una fuente del derecho cuyo rigor emana del consentimiento tácito del pueblo, tornando obligatoria sus disposiciones. Más no sólo trataban de establecer reglas éticas de convivencia, sino que tuvieron Imperium y las normas consuetudinarias fueron aplicadas por los tribunales sobre la base de poseer naturaleza jurídica, dando así cabida a una jurisprudencia específica.

Era un derecho civil embrionario que regía la conducta del hombre en las relaciones de su vida cotidiana, mientras el derecho canónico reguló todo lo vinculado a la familia cristiana. Ninguna vinculación tiene, pues, con el common law británico, ya que este último sistema se basa en un cúmulo de precedentes judiciales que son de aplicación obligatoria en los tribunales. Los anglosajones, elaboraron un derecho de fuente judicial.

El droit coutumier originó además una literatura jurídica de destacados comentaristas que abrieron paso a una doctrina francesa rica en adagios, glosas y juicios críticos encaminados a iluminar las distintas normas que rigieron ya sea en Orleáns (1509), en París (1510), o en otras ciudades y aldeas. La doctrina que cultivó este género se basó en el aporte de notables juristas cuyo nombre perdura por su sabiduría, quienes son recordados a propósito de distintas teorías e institutos, tales como: CHARLES DUMOULIN (1500-1566),

BERTRAND D'ARGENTRÉ (1519-1590), GUY LOISEL (1536-1617), RENÉ CHOPPIN (1537-1606) y ROBERT JOSEPH POTHIER (1699-1772).

Varias de las reglas formuladas por el droit coutumier sobrevivieron en el "Código de Napoleón", aún con las intenciones de PORTALIS –quien formó parte de la Comisión Redactora–buscó el mecanismo apropiado para extirparlas, tarea que no pudo llevar a cabo íntegramente, ya que- en sus propias palabras-estaban "constante y firmemente" establecidas. En materia "obligacional" D'ARGENTRÉ enunció el principio según el cual quien se obliga compromete su patrimonio, el cual sirve de garantía general de sus acreedores. La responsabilidad con sus bienes y no con la persona física del deudor que antes podía llevarlo a éste hasta la cárcel, es un signo de la humanización del derecho consagrada en el Código de Napoleón. LOISEL se refiere a la fuerza vinculante del contrato, tomando el símil del yugo que une a los bueyes para arar el campo, según la máxima que dice: "tanto vale una simple promesa o convención como la estipulación del derecho romano". Se trata de una antigua regla consuetudinaria del siglo XIII que directamente pasó al Código Napoleón (ar. 1134). Al aludido autor también le pertenece el aforismo según el cual, en punto a la donación, está prohibida retener la cosa donada, pues el acto gratuito es por regla general irrevocable (art. 1241 del Código Napoleón).

En los siglos XVII y XVIII es cuando se dan los más importantes antecedentes, que servirían de inspiración y trabajos preparatorios para la codificación napoleónica. Los principales trabajos se deben a dos ilustres juristas: JEAN DOMAT, quien realizó un intento de sistematizar el derecho romano influenciado por las ideas racionalistas, y ROBERTO JOSÉ POTHIER, que siguiendo las mismas teorías racionalistas intentó una reforma legislativa que fuera expresión de la razón. El resurgimiento del derecho privado romano fue el factor determinante en la fase

final de las investigaciones desarrolladas según los métodos del derecho de la razón. Los juristas utilizan los instrumentos conceptuales provenientes del derecho romano (contrato, pacto, obligación, modos de adquirir la propiedad, etcétera) y de hecho el conjunto sistemático que construían sobre conceptos, aunque reexaminados, sólo podría ser romanista. No obstante los inconvenientes de la adopción del Derecho romano que preocupaba a los juristas del Derecho natural residía en la ausencia de sistemática o más bien de todo orden en las fuentes normativas. Esa actitud, que era fruto no sólo de las exigencias doctrinales y filosóficas de los juristas del Derecho natural sino también en las preocupaciones prácticas con vistas a garantizar la seguridad jurídica, puede por tanto resumirse en estas palabras: el Derecho romano es la más rica reserva de Derecho natural; sus colecciones (*Corpus iuris*) adolecen de orden y necesitan una sistematización para poder ser utilizadas. Fue adoptada por dos de los más grande juristas franceses (DOMAT y POTHIER).

El intento de unificación de los dos sistemas normativos en Francia sentó las bases para que la codificación francesa, al elaborar los contenidos de las normas, recurriera tanto al derecho romano de la tradición del derecho escrito como el septentrional consuetudinario. Resulta de importancia además señalar, para una comprensión general de la codificación francesa, hacer una cita sobre las particularidades del derecho del antiguo régimen, que consagraba un orden estamental que complicaba aún más la vida jurídica francesa de cara al cambio que planteaba los nuevos anhelos legislativos. Por una parte no existía un criterio único de imputación subjetiva de los efectos jurídicos, dada la diversidad de sujetos y el diverso ámbito de capacidad jurídica reservada a cada uno (en el sentido de que podían ser titulares de algunos derechos solamente los sujetos pertenecientes a una cierta clase, grupo o posición social: los nobles, por ejemplo,

podían ser titulares de algunos oficios o gozar de determinados derechos y estaban sujetos a una jurisdicción particular; los nobles no podían ejercer el comercio; los siervos estaban sometidos a un régimen distinto... y así se podría continuar), y por otra parte había enormes diferencias en el régimen jurídico de los bienes (se distinguía según se tratara de bienes muebles o inmuebles; edificios urbanos o rústicos; tierras libres o sujetas al señor). Para los comerciantes existía además un derecho especial que estaba inspirado en gran parte en razones de política fiscal o de control del tráfico basadas en los principios de la economía mercantilista.

Aunado al complejo entramado jurídico descrito se añadió otro elemento influyente al momento de la realizar la codificación: el derecho revolucionario. En derecho privado, al período revolucionario se le conoce como el "derecho intermedio", por encontrarse entre el derecho del antiguo regimen y el nuevo de la codificación. Durante este período el jurista JUAN JACOBO RÉGIS de CAMBACÉRÉS elabora tres proyectos de códigos que no prosperaron.

Descritos los anteriores antecedentes y esbozado un panorama de las compilaciones jurídicas de la codificación, podremos entender por qué las ideas iusnaturalistas que pretendían hacer tabla rasa del pensamiento autoritario tuvieron que ceder ante la valía del derecho tradicional y a la imposibilidad de formular un derecho completamente nuevo. WIEACKER precisa que el contenido románico del Código Francés, es menor al vertido en el alemán de 1900: "Materialmente está influido por su consideración de la razón, esto es, de aquella etapa del derecho natural de las circunstancias históricas con fuerte tendencia hacia el *Droit Contumier*, al que los redactores en todas partes se remiten con gran libertad de espíritu, Y así la participación "románica" en el código nacional francés fue antes bien más débil que la recibida por el alemán de 1900".

III. El papel de Napoleón

Se suele identificar a NAPOLEÓN como un verdadero mito, leyenda, en definitiva personaje histórico de relevancia indudable y que afectó de una forma decisiva a los destinos de Europa y el mundo durante el siglo XIX-. Se dice de él que era inflexible, enérgico, dinámico y nada permisivo con los fallos ajenos, pero recientemente estudios sobre su personalidad nos acercan a un NAPOLEÓN más accesible, más humano.

A) Reseña Bibliográfica de Napoleón

NAPOLEÓN BONAPARTE nació el 15 de agosto de 1769 en Ajaccio, capital de la actual Córcega, en una familia numerosa de ocho hermanos, la familia BONAPARTE o, con su apellido italianizado, BUONAPARTE. Cinco de ellos eran varones: JOSÉ, NAPOLEÓN, LUCIÉN, LUIS y JERÓNIMO. Las niñas eran ELISA, PAULINA y CAROLINA. Era el segundo de los ocho hijos de CARLOS BONAPARTE y LETICIA RAMOLINO, miembros ambos de la pequeña burguesía corso-italiana. Su padre trabajaba como abogado derivado de sus estudios de derecho en Pisa, y luchó por la independencia de Córcega; después que los franceses ocuparan la isla en 1768. Ejerció como fiscal, juez y en el ejercicio liberal de la abogacía. Ingresó en la aristocracia francesa con el título de conde. Gracias a la influencia de su padre, la formación de NAPOLEÓN en Brienne y en la Escuela Militar de París estuvo subvencionada por el propio rey Luis XVI.

No obstante CARLOS MARÍA BONAPARTE en varias oportunidades soportó, agobios económicos por sus inciertos tanteos en la abogacía sobrellevados gracias a la posesión de algunas tierras, demostró tener pocas aptitudes para la vida práctica. Sus dificultades se agravaron al tomar partido por la causa nacionalista de Córcega frente a su nueva metrópoli, Francia.; congregados en torno a un héroe nacional, PAOLI, los isleños

la defendieron con las armas. A tenor de las derrotas de PAOLI y la persecución de su bando, la madre de NAPOLEÓN tuvo que arrastrar durante sus primeros alumbramientos las incidencias penosas de las huidas por la abrupta isla; de sus trece hijos, sólo sobrevivieron aquellos ocho. Sojuzgada la revuelta, el gobernador francés, conde de MARBEAUF, jugó la carta de traerse a las familias patricias de la isla a París. CARLOS BONAPARTE aprovechó la oportunidad, viajó con una recomendación de MARBEUF hacia la metrópoli para acreditarlas y logró que sus dos hijos mayores entraran en calidad de becarios en el Colegio de Autun.

Los méritos escolares de NAPOLEÓN en matemáticas, a las que fue muy aficionado y que llegaron a constituir una especie de segunda naturaleza para él -de gran utilidad para su futura especialidad castrense, la artillería-, facilitaron su ingreso en la Escuela Militar de Brienne. De allí salió a los diecisiete años con el nombramiento de subteniente y un destino de guarnición en la ciudad de Valence.

Apoco sobrevino el fallecimiento del padre y, por este motivo, el traslado a Córcega y la baja temporal en el servicio activo. Su agitada etapa juvenil discurrió entre idas y venidas a Francia. Las primeras explosiones violentas conoció durante una estancia en París sobre los conflictos independentistas de Córcega. En el agitado enfrentamiento de las banderías insulares, NAPOLEÓN se creó enemigos irreconciliables, entre ellos el mismo PAOLI, al romper éste con la Convención republicana y decantarse el joven oficial por las facciones afrancesadas. La desconfianza hacia los paolistas en la familia BONAPARTE se fue trocando en furiosa animadversión culminando incluso mediante intrigas con la jefatura de la milicia y quiso ametrallar a sus adversarios en las calles de Ajaccio. Pero fracasó y tuvo que huir con los suyos, para escapar al incendio de su casa y a una muerte casi segura a manos de sus enfurecidos compatriotas opuestos a la ocupación francesa.

Instalado con su familia en Marsella, malvivió entre grandes penurias económicas que a veces les situaron al borde de la miseria; el horizonte de las disponibilidades familiares solía terminar en las casas de empeños, pero los BONAPARTE no carecían de coraje ni recursos. Las estrecheces sólo empezaron a remitir cuando un hermano de ROBESPIERRE, AGUSTÍN, le deparó su protección. Consiguió reincorporarse a filas con el grado de capitán y adquirió un amplio renombre con ocasión del asedio de Tolón, en 1793, al sofocar una sublevación contrarrevolucionaria apoyada por los ingleses; el plan de asalto propuesto a unos inexperimentados generales fue suyo, la ejecución también y el éxito infalible. Tal acontecimiento deparó el inicio de su extraordinaria trayectoria militar. En reconocimiento a sus méritos fue ascendido a general de brigada, se le destinó a la comandancia general de artillería en el ejército de Italia y viajó en misión especial a Génova. Sin embargo, los contactos con los ROBESPIERRE estuvieron a punto de serle fatales al caer el Terror jacobino, el 9 Termidor, y verse encarcelado por un tiempo en la fortaleza de Antibes, mientras se dilucidaba su sospechosa filiación. Liberado por mediación de otro corso, el comisario de la Convención SALITETTI, el joven NAPOLEÓN, con veinticuatro años y sin oficio ni beneficio, volvió a empezar en París, como si partiera de cero. Allí encontró a la refinada JOSEFINA TASCHER de la PAGERIE, de reputación tan brillante como equívoca, quien colmó también su vacío sentimental. Era una dama criolla oriunda de la Martinica, que tenía dos hijos, y cuyo primer marido, el vizconde y general de BEAUHARNAIS, había sido guillotinado por los jacobinos. Mucho más tarde Napoleón, que declaraba no haber sentido un afecto profundo por nada ni por nadie, confesaría haber amado apasionadamente en su juventud a JOSEFINA.

Sus éxitos militares resultaron espectaculares. Aquel general de veintisiete años transformó unos cuerpos de hombres desa-

rrapados hambrientos y desmoralizados en una formidable máquina bélica que trituró el Piamonte en menos de dos semanas y repelió a los austriacos más allá de los Alpes, de victoria en victoria. Sus campañas de Italia pasarían a ser materia obligada de estudio en las academias militares durante innúmeras promociones. Tanto o más significativas que sus victorias aplastantes en Lodi, en 1796, en Arcole y Rívoli, en 1797, fue su reorganización política de la península italiana, que llevó a cabo refundiendo las divisiones seculares y los viejos estados en repúblicas de nuevo cuño dependientes de Francia. El rayo de la guerra se revelaba simultáneamente como el genio de la paz. Lo más inquietante era el carácter autónomo de su gestión: hacía y deshacía conforme a sus propios criterios y no según las orientaciones de París. El Directorio comenzó a irritarse. Cuando Austria se vio forzada a pedir la paz en 1797, ya no era posible un control estricto sobre un caudillo alzado a la categoría de héroe legendario.

Posteriormente organizó el golpe de estado del 18 Brumario (según la nueva nomenclatura republicana del calendario: el 9 de noviembre de 1799) con la colaboración de su hermano LUCIANO, el cual le ayudó a disolver la Asamblea Legislativa del Consejo de los Quinientos en la que figuraba como presidente. El golpe barrió al Directorio, a su antiguo protector BARRAS, a las cámaras a los últimos clubes revolucionarios, a todos los poderes existentes e instauró el Consulado: un gobierno provisional compartido en teoría por tres titulares, pero en realidad cobertura de su dictadura absoluta, sancionada por la nueva Constitución napoleónica del año 1800. Según la constitución, Napoleón, que había sido nombrado primer cónsul, disponía de poderes casi dictatoriales. La Constitución del año X, por él dictada en 1802, otorgó carácter vitalicio a su consulado.

Aprobada bajo la consigna de «la Revolución ha terminado», la nueva Constitución restablecía el sufragio universal que había recortado la oligarquía termidoriana, sucesora de ROBESPIERRE. Recordemos

que ROBESPIERE fue un político de la Revolución Francesa que instauró el régimen del Terror. Además fue uno de los promotores de la ejecución de Luis XVI y de la implantación de la República. Evidenciaba ser un hombre íntegro, virtuoso y austero (recibió el sobrenombre de el Incorruptible), llevó su rigor moral y su fidelidad a los principios hasta el fanatismo de la implantación de un movimiento revolucionario radical denominado "Club de los Jacobinos" Formó parte del sanguinario "Comité de Salvación Pública" en el que la Convención delegó el poder ejecutivo (1793). ROBESPIERRE impuso una sangrienta represión para impedir el fracaso de la Revolución, no dudando en aprobar leyes que recortaban las libertades y simplificaban los trámites procesales en favor de una «justicia» revolucionaria tan expeditiva como arbitraria; completaba el mecanismo represivo un sistema de delación extendido por todo el país mediante 20.000 comités de vigilancia. En 1794 eliminó físicamente a la extrema izquierda y a los revolucionarios moderados, al tiempo que perseguía sin piedad a toda clase de contrarrevolucionarios, monárquicos, aristócratas, clérigos, federalistas, capitalistas, especuladores, rebeldes, traidores y desafectos (hasta 42.000 penas de muerte en un año). Buscaba así eliminar las disensiones y cohesionar a la población en torno al gobierno revolucionario y al esfuerzo de guerra. Una coalición de diputados de diversas tendencias obtuvo de la Convención el cese y arresto de ROBESPIERRE y sus colaboradores en el Comité, en una turbulenta sesión en la que se impidió hablar a los acusados y en la que el propio ROBESPIERRE resultó herido. Juzgado por sus propios métodos, fue guillotinado junto con 21 de sus partidarios en la plaza de la Revolución, poniendo fin al Terror y dando paso a un periodo de reacción hacia posiciones moderadas.

Como primer cónsul y emperador NAPOLEÓN encargó la realización de obras hagiográficas a los mejores escritores y artistas de Europa y favoreció esta idolatría mediante la celebración de ceremonias conmemorativas

de su gobierno en las que aparecía como el artífice de la época más gloriosa de Francia; solía decir que había conservado las conquistas de la Revolución Francesa y ofrecido sus beneficios a toda Europa en un intento de fundar una federación europea de pueblos libres.

La heterogénea oposición a su gobierno fue desmantelada mediante drásticas represiones, a raíz de fallidos atentados contra su persona. El colofón de este proceso fue el ofrecimiento que le hizo el Senado de la corona imperial. La ceremonia de coronación se llevó a cabo el 2 de diciembre en Notre Dame, con la asistencia del Papa Pío VII, aunque NAPOLEÓN se ciñó la corona a sí mismo y después la impuso a JOSEFINA; el pontífice se limitó a pedir que celebrasen un matrimonio religioso, en un sencillo acto que se ocultó celosamente al público. Una nueva Constitución el mismo año afirmó aún más su autoridad omnímoda.

Nada podía resistirse a su instrumento de choque, la Grande Armée (el 'Gran Ejército'), y a su mando operativo, que, en sus propias palabras, equivalía a otro ejército invencible. Cientos de miles de cadáveres de todos los bandos pavimentaron estas glorias guerreras. Cientos de miles de soldados supervivientes y sus bien adiestrados funcionarios, esparcieron por Europa los principios de la Revolución francesa. En todas partes los derechos feudales eran abolidos junto con los mil particularismos económicos, aduaneros y corporativos; se creaba un mercado único interior, se implantaba la igualdad jurídica y política según el modelo del Código Civil francés, al que dio nombre -el Código Napoleón, matriz de los derechos occidentales, excepción hecha de los anglosajones-; se secularizaban los bienes eclesiásticos; se establecía una administración centralizada y uniforme y la libertad de cultos y de religión, o la libertad de no tener ninguna. Con estas y otras medidas se reemplazaban las desigualdades feudales -basadas en el privilegio y el nacimiento- por las desigualdades burguesas -fundadas en el dinero y la situación en el orden productivo-.

La obra napoleónica, que liberó fundamentalmente la fuerza de trabajo, es el sello de la victoria de la burguesía y puede resumirse en una de sus frases: «Si hubiera dispuesto de tiempo, muy pronto hubiese formado un solo pueblo, y cada uno, al viajar por todas partes, siempre se habría hallado en su patria común». Esta temprana visión unitarista de Europa, quizá la clave de la fascinación que ha ejercido su figura sobre tan diversas corrientes historiográficas y culturales, ignoraba las peculiaridades nacionales en una uniformidad supeditada por lo demás a la égida imperialista de Francia. Así, una serie de principados y reinos férreamente sujetos, mero glacis defensivo en las fronteras, fueron adjudicados a sus hermanos y generales. El excluido fue LUCIANO BONAPARTE, a resultas de una prolongada ruptura fraternal.

En 1806 se relacionó sentimentalmente con la condesa polaca MARÍA WALEWSKKA, en una guerra contra los rusos; intermitente, pero largamente mantenido el amor con la condesa, satisfizo una de las ambiciones napoleónicas, tener un hijo, LEÓN. Esta ansia de paternidad y de rematar su obra con una legitimidad dinástica se asoció a sus cálculos políticos para empujarle a divorciarse de JOSEFINA y solicitar a una archiduquesa austriaca, MARÍA LUISA, emparentada con uno de los linajes más antiguos del continente “los HABSBURGO”. Sin otro especial relieve que su estirpe, esta princesa cumplió lo que se esperaba del enlace, al dar a luz en 1811 a NAPOLÉON II -de corta y desvaída existencia, pues murió en 1832-, proclamado por su padre en sus dos sucesivas abdicaciones, pero que nunca llegó a reinar. Con el tiempo, MARÍA LUISA proporcionó al emperador una secreta amargura al no compartir su caída, ya que regresó al lado de sus progenitores, los HABSBURGO, con su hijo.

Precisamente se suele señalar que el año de su matrimonio con MARÍA LUISA –1810- pareció señalar el inicio de caída. Los únicos Estados que todavía quedaban a resguardo respecto a Francia eran Rusia y Gran Bretaña,

cuya hegemonía marítima venía marginando los proyectos mejor concebidos del emperador. Contra esta última había ensayado el bloqueo continental, cerrando los puertos y rutas europeos a las manufacturas británicas. Era una guerra comercial perdida de antemano, donde todas las trincheras se mostraban inútiles ante el activismo contrabando proveniente de las mercancías británicas y el hecho de que la industria europea aún estuviese en mantillas respecto de la británica y fuera incapaz de surtir la demanda. Colapsada la circulación comercial, NAPOLEÓN se perfiló ante Europa como el gran estorbo económico, sobre todo cuando las mutuas represalias se extendieron a los países neutrales.

El bloqueo continental también condujo en 1808 a invadir Portugal, el satélite británico, y su llave de paso, España. Los BORBONES españoles fueron desalojados del trono en beneficio de su hermano JOSÉ, y la dinastía portuguesa huyó a Brasil. Ambos pueblos –Portugal y España– se levantaron en armas y comenzaron una doble guerra de Independencia que los dejaría destrozados para muchas décadas, pero fijaron y diezmaron a una parte de la “Grande Armée francesa”, en una agotadora lucha de guerrillas que se extendió hasta 1814, doblada en las batallas a campo abierto por un moderno ejército enviado por Gran Bretaña.

La otra parte del ejército, en la que había enrolado a contingentes de las diversas nacionalidades vencidas, fue tragada por las inmensidades rusas. En la campaña de 1812 contra el zar Alejandro I, Napoleón llegó hasta Moscú, pero en la obligada retirada perecieron casi medio millón de hombres entre el frío y el hielo del invierno ruso, el hambre y el continuo hostigamiento del enemigo. Toda Europa se levantó entonces contra el dominio napoleónico, y el sentimiento nacional de los pueblos se rebeló dando soporte al desquite de las monarquías; hasta en Francia, fatigada de la interminable tensión bélica y de una creciente opresión, la burguesía resolvió desembarazarse de su amo.

La batalla resolutoria de esta nueva coalición, la sexta, se libró en Leipzig en 1813, la «batalla de las Naciones», una de las grandes y raras derrotas de NAPOLEÓN. Fue el prólogo de la invasión de Francia, la entrada de los aliados en París y la abdicación del emperador en Fontainebleau, en abril de 1814, forzada por sus mismos generales. Las potencias vencedoras le concedieron la soberanía plena sobre la minúscula isla italiana de Elba y restablecieron en su lugar a los BORBONES, arrojados por la Revolución, en la figura de LUIS XVIII.

Su estancia en Elba, suavizada por los cuidados familiares de su madre y la visita de MARÍA WALESKA, fue comparable a la de un león enjaulado. Tenía cuarenta y cinco años y todavía se sentía capaz de hacer frente a Europa. Los errores de los BORBONES, que a pesar del largo exilio no se resignaban a pactar con la burguesía, y el descontento del pueblo le dieron ocasión para actuar. Desembarcó en Francia con sólo un millar de hombres y, sin disparar un solo tiro, en un nuevo baño triunfal de multitudes, volvió a hacerse con el poder en París.

Pero fue completamente derrotado en junio de 1815 por los vigilantes Estados europeos -que no habían depuesto las armas, atentos a una posible revigorización francesa- en Waterloo y puesto nuevamente en la disyuntiva de abdicar. Así concluyó su segundo período imperial, que por su corta duración se ha llamado de los Cien Días (de marzo a junio de 1815). Se entregó a los ingleses, que le deportaron a un perdido islote africano, Santa Elena, donde sucumbió lentamente a las iniquidades de un tétrico carcelero, HUDSON LOWE. Antes de morir, el 5 de mayo de 1821, escribió unas memorias, el Memorial de Santa Elena, en las que se describió a sí mismo tal como deseaba se le viese a la posteridad.

La influencia de NAPOLEÓN sobre Francia puede apreciarse incluso hoy en día. Los monumentos en su honor se encuentran por doquier en París; el más señalado es

el Arco del Triunfo, situado en el centro de la ciudad y erigido para conmemorar sus victoriosas campañas. Su espíritu pervive en la constitución de la V República y el Código de Napoleón sigue siendo la base de la legislación francesa y de otros estados, y tanto el sistema administrativo como el judicial son esencialmente los mismos que se instauraron durante su mandato; igualmente se mantiene el sistema educativo regulado por el Estado. Las reformas radicales que aplicó Napoleón en otras partes de Europa alentaron las sucesivas revoluciones del siglo XIX de carácter liberal y nacionalista. Sus restos fueron trasladados a París en 1840 a petición del rey Luis Felipe I de Orleans y se enterraron con grandes honores en los Inválidos, donde permanecen actualmente. Para América Latina, la figura de NAPOLEÓN BONAPARTE es fundamental. Su intervención en España, las abdicaciones de CARLOS IV y FERNANDO VII, la entrega del trono español a su hermano JOSÉ, que reinó en España y las Indias con el título de JOSÉ I; la promulgación de la Constitución de Bayona en 1808, que reconocía la autonomía de las provincias americanas del dominio español; sus pretensiones de reinar sobre aquellos inmensos territorios, cuyos habitantes nunca quisieron aceptar los planes y designios del emperador, son elementos básicos para entender los movimientos de emancipación y las guerras hispanoamericanas por su independencia.

B) Napoleón y el Código Civil

Inspirado en los principios revolucionarios se suele insistir que NAPOLEÓN fue el padre político del Código. A partir del momento en que la obra le fue presentada, BONAPARTE debió emplear sus dotes tácticas para manejar los circuitos que el trabajo de los juristas convocados debía recorrer, antes de convertirse en ley de los franceses. Asistió personalmente a numerosas sesiones del Consejo de Estado, donde intervino intensamente en la adecuación del proyecto a las circunstancias que condicionaban su sanción definitiva, e hizo aportes, reveladores

de una finísima sagacidad, para decidir temas estrictamente jurídicos, a cuyo esclarecimiento contribuyó en forma decisiva. Contó para ello con el apoyo jurídico que le brindaba MERLÍN de DOUAI; pero, por sobre todo, tuvo el equilibrio, la intuición y el buen sentido para distinguir los puntos esenciales, sobre los cuales no era sensato transar; de aquellos otros cuyo carácter accidental permitía un margen de mayor flexibilidad.

Si bien, numerosos libros debieron ser compulsados en la preparación del Código, llama la atención que una obra intelectual de su magnitud fuese redactada en el breve período de cuatro meses, plazo más que breve para producir una obra monumental, si sólo hubiera receptado los vaivenes del espíritu ilustrado revolucionario de aquellos años. Se trató de un esfuerzo titánico de la Comisión Redactora en nutrirse de miles de páginas de diversos autores que a la vez receptaban en sus obras una tradición normativa centenaria. ¿Cómo explicar tan extrema premura? A no dudarlo correspondió al sello personal de NAPOLEÓN BONAPARTE, donde se plasma sus objetivos y expectativas políticas. El carácter de BONAPARTE tiene mucho que ver con la emergencia del Código Civil. NAPOLEÓN con la misma agudeza que sobre el campo de batalla le permitía intuir el mejor lugar para emplazar la artillería o el momento justo para desatar el ataque por líneas anteriores, advirtió que había caído entre sus manos la posibilidad de que la unidad francesa tuviera, en el Código, su primera expresión legislativa. Para lograr tal objetivo, no se aventuró por los intrincados caminos institucionales, que eran propios de la República Consular, sino que tomó por un atajo y constituyó una Comisión de cuatro juristas –PORTALIS, MALEVILLE, TRONCHET y BIGOT de PRÉAMENEAU– a quienes les encomendó la redacción del Código. El propio NAPOLEÓN participó en los trabajos y redactó algunos preceptos; estaba conciente y orgulloso de la magnitud de la obra que emprendía. La comisión trabajó sobre derecho común, derecho consuetudinario, derecho real (ordenanzas) y con la legislación

revolucionaria (derecho intermedio y Constituciones francesas de la revolución).

Destacó en especial el trabajo de PORTALIS, gracias a quien se acogió el antiguo derecho, románico y germánico, que prevalecieron dejando al racionalismo la orientación general de la obra. “Libertad” y “propiedad”, que resumían las “libertades civiles”, fueron precisamente los conceptos que NAPOLEÓN colocó como fundamento del Code Civil”, cuyo objetivo era “consagrar las conquistas de la revolución, realizar una conciliación entre el Derecho romano y las coutumes y “unir el presente con el pasado”.

La satisfacción personalizada de NAPOLEÓN referida al Código Civil se plasma en caracteres de bronce bajo los bóvedas de Les Invalides de París, donde descansa su cuerpo en la siguiente frase que se le atribuye: “Mon seul Code, par sa simplicité, a fait plus de bien en France que la masse des toutes les lois qui l’ont precede” “Mi Código, por su sencillez, ha hecho más bien a Francia que la masa de todas las leyes que lo precedieron”. No es quizás una frase extremadamente humilde, pero tiene la virtud de ser verdadera. El Código no solamente puso fin a la anarquía legislativa de Francia, consumando una realización por la cual el país suspiraba desde hacía siglos, sino que constituyó el fundamento jurídico indispensable para organizar, desde la ley, una sociedad asentada, sobre conceptos enteramente nuevos, una sociedad que logró excluir, por una parte, los privilegios insostenibles del derecho feudal, y por otra, los extravíos insensatos de la Revolución.

El Código Civil fue promulgado el 21 de marzo de 1804. Le siguieron en 1807 el Código de Procedimiento Civil, en 1808, el Código de Comercio y el de Procedimiento Penal, y, finalmente, en 1810, el Código Penal. El Código Civil que tomó el nombre de Código Napoleón, se estructuró según la vieja clasificación romana de las Institutas. Consta de 2,281 artículos y se divide en

una introducción (donde se recogen los principios iusnaturalistas de libertad e igualdad) y tres libros.

IV. El derecho civil como piedra angular de la Codificación

A esta altura cabe hacer algunas reflexiones acerca de dos cuestionamientos que se encuentran implícitamente en el Código Civil Napoleónico. La primera de ellas se refiere a la elección del derecho civil como materia en la cual se va a expresar con toda su fuerza el fenómeno codificador. Ello dista de ser casual, ya que el mismo es considerado como un campo privilegiado para la codificación sistemática y duradera, justamente porque es natural, en contraposición al derecho que está sujeto a los cambios políticos. De la experiencia de la Revolución se extrae el contexto de que el derecho privado, progresivamente, se tornará objeto de una esperanza política, cuya gravedad deber ser considerada excepcional por medio del derecho privado. No por casualidad en su emblemático Discurso preliminar sostenía PORTALIS: “Sólo las virtudes privadas pueden garantizar las virtudes públicas”.

El desafío político clave que condiciona íntegramente el futuro de una sociedad francesa viable –después de la Revolución–, es la inalterabilidad de lazos interindividuales. Por eso el derecho privado, cuya naturaleza hace justamente que se insinúe en la juntura de las relaciones interindividuales, con la vocación de estabilizarlas o por lo menos de regularlas, este derecho privado, en tal contexto, se torna un arma política literalmente fundamental. La propuesta codificadora sustentada en el derecho civil es consecuencia indisoluble de la propia Revolución Francesa. Precisamente como uno de los primeros actos de la Asamblea nacional constituyente fue la declaración de los “Derechos del hombre y del ciudadano” en que se pretende echar por tierra el ominoso régimen autocrático, y se vuelve por los fueros de la dignidad humana. La revolución abolió todos

los privilegios, los feudos, censos, derechos feudales, de primogenitura y masculinidad; y niveló ante el Estado a todos los franceses, otorgándoles, el título de ciudadanos, cualquiera que fuese su condición social.

La incipiente instrumentación normativa de los postulados revolucionarios encontrarían su “órbita de expresión” precisamente en el derecho civil. El Derecho Civil, fue y sigue siendo, el papel de garantizar la libertad civil de la persona dentro de la comunidad y ello por los principios en que se permiten –y cada vez con mayor urgencia –el pleno dominio de la vida privada de la persona, constituyendo en definitiva, la raíz de su auténtica libertad. Por eso, por ser el baluarte, consustancial con la dignidad y la naturaleza del ser humano, ha de ser tratado el Derecho Civil por los poderes públicos con respecto y tacto (sabiendo evitar egoísmos y avivar la responsabilidad social de la persona para el bien común), de modo que se conjuguen armónicamente los intereses del jurista con seriedad, dedicación profunda y fidelidad a sus principios inspiradores.

Como resaltaba CLEMENTE DE DIEGO: el hombre –antes que comerciante, industrial, artista, o científico, es hombre, sujeto de derecho y patrimonio y miembro de una familia. Antes que nada, él produce para conservar y perfeccionarse y tiende a reproducirse para perpetuarse; aquí está el campo propio del Derecho Civil. Los protagonistas de la Revolución supieron entender, que el Derecho Civil abarca y continúa contemplando las facetas del Derecho más próximas al hombre, las que calan más intensamente en su intimidad y en su existencia cotidiana (derechos de la personalidad, capacidad de obligar, relaciones de familia, la propiedad y su tráfico; así como la sucesión).

PORTALIS, miembro de la Comisión Redactora del Código Francés, al describir el derecho privado en su célebre discurso preliminar que “Unas buenas leyes civiles son el mayor bien que los hombres pueden dar y recibir; son la fuente de las costumbres,

el palladium de la propiedad y la garantía de toda paz pública y particular: si bien no fundan el gobierno, lo mantienen; moderan el poder, y contribuyen a hacerlo respetar, como si fuera la justicia misma. Alcanzan a cada individuo, se mezclan con las principales acciones de su vida, le siguen a todas partes; a menudo, son la única moral del pueblo, y siempre forman parte de su libertad; por último, consuela a cada ciudadano de los sacrificios que la ley política le ordena en aras de la ciudad, protegiéndole, cuando hace falta, en su persona y en sus bienes, como si fuera, él solo, la ciudad toda entera...(sic) ...Las materias criminales que sólo giran en torno a ciertas acciones, están circunscritas: las materia civiles no lo están. Acogen, sin límites precisos, todas las acciones y todos los intereses, complicados y variables, que pueden convertirse en objeto de litigio entre dos hombres que vivan en sociedad. En consecuencia, las materias penales pueden convertirse en objeto de una previsión de la que las materias civiles no son susceptibles.”

El Código asume así una función central como instrumento de nivelación social y de derrocamiento del Ansien Régime, que se condice enteramente con el triunfo de la burguesía en la Revolución Francesa. El Code Napoleón corresponde al Código de una burguesía aún convencida de la existencia de leyes económicas universales y necesarias, confiando en la natural operatividad en su favor.

Esta operación no sería completa, si no fuera acompañada de una monopolización de la creación del derecho por el Estado, lo cual supone una subordinación de las fuentes no legales a la ley estatal. Con la sanción del Código se da un corte radical en la vigencia de costumbres y fueros particulares, al mismo tiempo que se limita de forma fundamental el papel del juez como articulador de esos intereses. La codificación –fundada, inicialmente, en la idea del mundo contemporáneo de que el derecho es un producto estatal: del soberano– tiende a materializar la aspiración del racionalismo de lograr, a través de una técnica normativa,

un único derecho en contraposición con la fragmentación de los derechos feudales anteriores y la multiplicidad de costumbres, pero alcanzando a la vez un objetivo político: como es unificar en un solo cuerpo normativo el conjunto de planteamientos económicos y políticos de una burguesía emergente como salvaguarda de su intereses.

El planteamiento monárquico –propio del Ansien Régime– previo a la revolución francesa, constituía una centralización administrativa con aparatos burocráticos periféricos–ejercida pro un ejecutivo central y una jurisdicción feudal noble. En el campo del derecho existía el principio de la estatización de las fuentes de producción jurídica sin que en ellas entrara la normativa privada. Cuando ocurrió la Revolución, los procedimientos en lo civil se regían por la Odenanza de 1667, emitida por LUIS XIV y modificada por ulteriores disposiciones.

Con el Code Napoleón llega a ser derecho del Estado del civil, independizándose del criterio que lo sustraía del arbitrio del soberano y, a su vez, le calificaba como derecho de razón o derecho natural.

Encontramos así, al momento de la sanción del Code Napoleón, un sistema jurídico en el que se ha comenzado a transitar el camino de la abstracción formal, en el que el derecho se positiviza y en el cual la sanción de la ley es vista como la expresión de la voluntad popular y no ya emanación del soberano. Así lo expresa el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “ La definición de ley dependerá así del órgano del que procede, el Parlamento, que “a su vez, en cuanto es el único capaz de producirla, resulta también definido con base en ella, como –único– órgano en el que recae el poder legislativo. Ley es, pues, el acto a través del cual adquieren forma las decisiones del Parlamento”. Y como el Parlamento es el órgano superior del Estado por su legitimidad democrática, también la ley debe ser el superior acto jurídico. A la supremacía política

del Parlamento corresponde la supremacía jurídica de la ley. La legalidad del Derecho se erige así frente al anterior *ius commune*, de fuerte raigambre judicial, y el Código fija sus propias reglas de interpretación, destinadas a su perdurabilidad y literalidad.

V. La doctrina científica en la codificación

La codificación implica una técnica legislativa que, en el caso del proceso llevado a cabo desde fines del siglo XVIII y a lo largo del siglo XIX, se ve influenciada por una ideología determinada. La técnica adaptada debe a su vez nutrirse de la riqueza histórica en la que se encuentran las meras recopilaciones, fuentes doctrinarias y hasta nuevas y completas regulaciones dispersas. En lo que concierne a la doctrina su valor consiste en la exposición sistemática del derecho positivo según un plan ordenador, mostrando la concordancia existente entre las distintas figuras jurídicas. Esa exposición suele efectuarse mediante un desarrollo general y analítico de las instituciones. Las obras de derecho sirven de consulta al intérprete, y lo guían dentro del laberinto de nuevas disposiciones a través de teorías elaboradas para darles fundamento. Sin embargo el aporte de la doctrina en la codificación napoleónica como fuente de sus normas jurídicas responde a una idea más amplia que la de fuente en sentido estricto, ya que apunta a las lecturas preparatorias realizadas para redactar los textos, a cuyo fin fue preciso efectuar diversas consultas y cotejos. Numerosos libros debieron ser compulsados en la preparación del Código francés. No es de extrañar, por lo tanto, que en los contextos de gran tradición codificadora este proceso sea arduo.

Grandísima ha sido la importancia de numerosos autores franceses en que las ideas de su tiempo contribuyeron a forjar la mentalidad de los juristas que, sobre el modelo de sus tratados, redactaron el Código Civil francés. En definitiva fueron

precisamente las obras de los juristas que hicieron posible el Código, mientras NAPOLEÓN le brindó vida y nombre. Los orígenes doctrinarios del Código Civil francés presentan la presencia de hombres sabios y eruditos. Francia ha sido la patria de notables cultores del *Corpus Iuris*, que supieron desentrañar los secretos de sus leyes, exponiendo con claridad las instituciones antiguas. Dentro de los autores que se consagraron al estudio del cuyos nombres perduran por su sabiduría en la época de la monarquía absoluta destacan entre otros CUJAS 1522-1590; PHOTIER 1699-1722; DIONISIO GODEFROY 1549-1621; así como DOMAT 1625-1696, CHARLES DOMOULIN 1500-1566; BERTRAND D'ARGENTRÉ 1519-1590; GUY COQUILLE 1523-1603; CHARONDAS le CARON 1536-1617; ANTOINE LOISEL 1536-1617; RENÉ CHOPPIN 1537-1606.

Posterior a la sanción del Código Civil destacan sus comentaristas con el surgimiento de la escuela de la exégesis, identificada en los tratados escritos por los seguidores de esta escuela que predominó durante todo el siglo XIX. En particular, cabe evocar los nombres de DELVINCOURT; PROUDHON; TOULLIER y CHABOT de l'ALLIER, quienes pertenecieron al período de formación de esta escuela (1804-1830). DURANTON, quien profesó en París, también es considerado uno de los fundadores de este movimiento, pero su labor se prolongó hasta su período de apogeo (1830-1880). Conviene destacar a célebres comentaristas, como DEMELOMBRE (1804-1887) considerado el príncipe de la escuela; MARCADÉ (1810-1854) y TROP LONG (1795-1869). Mención especial merece la magna obra de los profesores AUBRY y RAU, la cual se independizó de la del alemán ZACHARIE, que superó el método exegético propiamente dicho. Otra mención especial se refleja en la célebre frase de BUGNET (1794-1866) quien decía: "No conozco el derecho civil, sólo enseñé el Código de Napoleón".

Podemos intentar enumerar las principales convicciones y principios de la Escuela de la Exégesis francesa, de la siguiente manera:

- a) El derecho está en los códigos; el derecho se reduce exclusivamente a lo que contienen los códigos.
- b) Los códigos significan un sistema de pretensión universal donde no hay lagunas. El orden jurídico positivo es completo y no tiene lagunas; se auto integra.
- c) La Escuela exegética responde a una visión predominantemente pragmática y estática del derecho, en clara oposición a la visión histórica: todo intento de construcción del derecho debe ser sacrificado a la exigencia de la certeza jurídica; por lo tanto, toda fuente ajena a la legislación que produce la adecuación del derecho a las circunstancias históricas y a la evolución de la sociedad es rechazada.
- d) El jurista se limita a interpretar en forma textual el Código Napoleón para clarificarlo y para deducir consecuencias o soluciones prácticas.

La Escuela exegética obtuvo mucho éxito en una época en que se convirtió en un instrumento de primera necesidad para el logro de las aspiraciones del Estado liberal burgués. Jurídicamente facilitaba enormemente el trabajo de interpretación y de aplicación del derecho, además de lograr la ansiada certeza y seguridad jurídica. El único método de interpretación admisible era la interpretación auténtica o legislativa (limitada a indagar la intención del legislador sin la menor referencia histórica; los cambios sociales no son considerados). Los estudios de derecho se transforman en un estricto comentario de la codificación (artículo por artículo). La interpretación literal resuelve todo problema; por tanto, niega la filosofía del derecho. Corresponde a una escuela de juristas dogmáticos.

Se suprimen las enseñanzas del derecho natural y hasta las de teoría del derecho que podían dar ocasión a discusiones y críticas del orden imperante, procurándose enseñar únicamente el Código Napoleón.

VI. El modelo germánico (Escuela Histórica)

El modelo germánico, a diferencia del fenómeno de la codificación, se basó como es sabido, en el método histórico de SAVIGNI y se construye en oposición a las tendencias codificadoras propias de la etapa post-revolucionaria y propugna la vigencia del derecho romano como *ius commune*, retrotrayendo la situación jurídica de la primera mitad del siglo XIX a la del Sacro Imperio Romano-Germánico. La Escuela Histórica sostiene el anclaje del Derecho en el *Volkgeist* ("el derecho vive en el común conocimiento del pueblo") y es así un Derecho concreto, de un pueblo determinado y un momento histórico también determinado. En contraposición al movimiento codificador, la Escuela Histórica procede a la construcción de una ciencia del Derecho como sistema conceptual de la realidad histórica de un Derecho concreto.

El movimiento histórico se produjo como reacción contra la tendencia del intelectualismo francés del siglo decimotercero a considerar la razón como la única legítima fuente del derecho positivo, a desdeñar lo tradicional por creérsele contraria a las exigencias del progreso. Los excelentes resultados que en Francia produjo su Código Civil desde el principio, despertaron en algunos jurisconsultos alemanes el deseo de que en Alemania, cuya legislación, mezcla de derecho romano, derecho consuetudinario germánico y derecho Canónico, era tan complicada y defectuosa, se hiciese un trabajo por el estilo, reduciendo todo a un cuerpo de doctrina homogéneo y sintético, que facilitase la práctica y arreglara en mejores términos la vida jurídica del pueblo alemán, al mismo tiempo que sirviera para dar cohesión a las varias unidades políticas que forman la patria común.

Se le atribuye a FEDERICO DE SAVIGNY los principios de la Escuela Histórica, quien a la edad de 24 años había alcanzado gran renombre como profundo y erudito romanista, con su tratado de la Posesión, cuyos principios pueden resumirse así: la vida de un pueblo, en sus múltiples aspectos se desenvuelve con arreglo a los antecedentes étnicos del mismo, a su idiosincrasia, resultante de multitud de condiciones que le son propias. Así como tiene su idioma, hábitos, carácter y fisonomía moral, que no ha creado a propósito, sino que han aparecido espontáneamente por el libre ejercicio de las fuerzas que el alma colectiva encierra, así también tiene su derecho que aparece de modo instintivo, en forma rudimentaria al principio, pero vigorosa; siendo la costumbre su primera manifestación concreta. En resumen: la escuela histórica establece como principios fundamentales: la correlativa marcha del derecho con el desenvolvimiento de la nación; la espontaneidad inherente a sus comienzos; y la ley de continuidad que rige su desarrollo y no permite transiciones bruscas.

Esta escuela tiene el mérito de haber llamado fuertemente la atención hacia el aspecto, descuidado hasta allí, del derecho como elemento social espontáneo; pero se le achaca una exagerada importancia en menoscabo del elemento intelectual que en Alemania debe intervenir para su desarrollo, ordenamiento y correctivo. Sin embargo, a pesar de ello SAVIGNY no rechazaba de modo absoluto la codificación, pues en principio la admitía, pero con tal que ella conservase el derecho germánico su fisonomía propia, sus atributos esenciales. Sostenía, con todo, que la hora propicia para llevarla al efecto no había llegado, porque así las costumbres como el estado político y aun el idioma por carecer de pulimento necesario, impedían por entonces pudiera obtener éxito satisfactorio.

Los planteamientos de la Escuela Histórica visualizan el derecho radicado en una vivencia en el común conocimiento del pueblo, y es así un derecho concreto, de un

pueblo determinado y un momento histórico también determinado. En contraposición al movimiento codificador que propone una universalización del derecho. El Código Napoleónico da por tierra una construcción jurídica que venía desarrollándose artesanalmente desde hacía siglos y que tenía en cuenta una serie innumerable de particularidades. Sólo deshaciéndose de estos problemas podía el Código ser simple, conciso y practicable y cumplir con su previsión democratizadora e igualitarista del derecho. El componente historicista, por consiguiente, nos sitúa en el centro del debate tradición-modernidad.

En Alemania, desde los principios del siglo XIX se había venido, formando una nueva ciencia jurídica denominada pandectista, la cual, merced, al talento de los juristas que la cultivaron, alcanzó prestigio internacional y pudo competir con la poderosa ciencia exegética francesa. De la pandectística derivó directamente el código alemán (Bürgerliches Gesetzbuch), promulgado en 1896 y entrado en vigencia en 1900. Para entonces, el proceso de codificación civil estaba prácticamente terminado en América, salvo en Brasil (que no tuvo un código sino hasta 1916), de modo que el BGB careció de influencia en esas naciones. Pero la precedente ciencia pandectística, en cambio, sí pudo influir en las codificaciones y en los proyectos de códigos formulados durante la segunda mitad del siglo pasado en América. De esta manera, puede decirse que las codificaciones americanas recibieron influencia francesa o alemana.

El Código asume la forma misma de la modernidad, que se diferencia de lo anterior, del mundo medieval que la precede, por su identificación temporal; al mismo tiempo se proyecta hacia el futuro, a donde desplaza el cumplimiento de sus expectativas.

Este cambio en la temporalidad es comprensible en el marco de la secularización, según el cual el hombre deja de explicarse el mundo de acuerdo con las normas religiosas, y de la consiguiente racionalización, ello es, la

aplicación de la razón humana al conocimiento y reforma de la realidad social. Por otra parte, como proceso histórico, la modernidad se caracteriza porque el ritmo de transformación de la vida moderna es excepcionalmente veloz y su ámbito se expande a todo el mundo conocido. Ello es causa y al mismo tiempo consecuencia de la multiplicidad y vertiginosidad de los cambios a los que se ve sometido el mundo circulante, debido al examen constante al que son sometidas las prácticas sociales y las reformas acaecidas a la luz de la información que se produce sobre esas mismas prácticas.

Por otra parte, a través de la racionalización creciente, el hombre se va liberando de las limitaciones que tenía en un mundo, jerárquico, en el que se encontraba como en círculos concéntricos (miembros de una guilda, de una confederación, luego de un burgo, etc.). Esto cambia en la modernidad. El hombre es miembro de muchos círculos diferentes y ninguno de ellos controla su personalidad de forma global. Su trabajo no tiene relación con su vida familiar ni con sus actividades religiosas. Esto quiere decir que el individuo ocupa una posición distinta en la intersección de varios círculos, fragmentándose su personalidad de acuerdo con esa participación múltiple.

VII. El fenómeno expansionista de la codificación en América Latina

Subyacente al proceso descrito originó un comportamiento de expansión supranacional del fenómeno codificador que no se limitó a las fronteras transeuropeas. En lo que concierne al proceso codificador en América Latina una vez alcanzada la independencia política de España, además de que la codificación posibilitaba la unidad normativa y sistemática, se buscó la independencia jurídica. En esta forma se desligaban en forma absoluta de la normativa española que continuó aplicándose después de la independencia de la Corona, con la ventaja de gozar con una justificación histórica indudable porque tenía sus tradición cultural en el Derecho Romano.

Los estados americanos sucesores de la monarquía española, una vez constituidos en soberanos, conservaron el derecho que hasta entonces había regido sus territorios, es decir el antiguo derecho romano común-castellano-indiano, al cual la moderna idea de la codificación era extraña, por la época se había sido formado, no bien, en cambio, estuviera presente en él la antigua técnica romana de las recopilaciones legislativas.

Las corrientes codificadoras pre-sentan perfiles variados, habiendo perdido la uniformidad inicial anterior a la independencia de los antiguos dominios de España y Portugal adquiridos por la conquista. Las llamadas Indias Occidentales recibieron el derechos de sus respectivas metrópolis; las que además dictaron normas específicas para su gobierno y administración, donde el derecho aborígen tuvo escasa o nula aceptación. Por tanto la base jurídica de los pueblos que habitan el Nuevo Mundo fue esencialmente romana, matizada con instituciones medievales de los derechos castellano y portugués. Estos datos son importantes para comprender que una vez producida la independencia, esta comunidades tenían un medio cultural propicio a recibir influencias externas, sobre todo el pensamiento francés, cuyas obras habían inspirado el movimiento independiente. De manera que a la base existente, se incorporaron novedosos elementos que también obedecían a la tradición romana-canónica.

Pronto, surgió entre los juristas, políticos e intelectuales en general que formaban parte de los estrados dirigentes de los nuevos estados, la pretensión de reformar el viejo derecho heredado, mediante su sustitución por una legislación nacional. Esta, atendida, la época, no podía menos que ser formulada bajo la forma de códigos al estilo moderno. Durante la primera mitad del siglo XIX, el modelo más prestigioso fue el Código napoleónico; de hecho, las primeras codificaciones aparecidas en tierras americanas fueron imitadas y hasta traducidas del código francés, como fueron los casos del estado mejicano de Oaxaca (1827-

1829), aunque no se promulgó), Bolivia (1830) y el Código General de Carrillo de nuestro país en 1841.

Por otro lado, a los directos influjos francés y alemán se sumó la incidencia del Proyecto de Código Civil Español de Florencio García Goyena (1853) en México (1871) y, a través de éste, en algunos países centroamericanos. Además, el propio código español de 1889 rigió íntegramente en Cuba y Puerto Rico, dada la mantención de su dependencia política con respecto a España.

En Sudamérica, es posible ubicar al frente del movimiento codificador a cuatro ilustres juristas: EDUARDO ACEVEDO, ANDRÉS BELLO, AUGUSTO TEXEIRA de FREITAS y DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD, de los cuáles sólo BELLO y VÉLEZ lograron que sus proyectos tuvieran sanción legislativa. La obra emprendida por estos codificadores no tuvo por finalidad efectuar una brusca modificación del régimen preexistente en Uruguay, Chile, Brasil y Argentina, sino antes bien éste fue conservado en sus líneas generales con las adaptaciones propias de la vida, independiente, cuyo período se conoce como derecho patrio.

El Código Civil mexicano para el Distrito Federal fue publicado en el año 1928 durante la presidencia de PLUTARCO ELÍAS CALLES. Ese cuerpo legal –sancionado para reemplazar otro anterior vigente desde 1884 que acusaba neta inspiración francesa– constituyó en su momento una de las más acabadas expresiones jurídicas de la novedosa orientación que a partir del comienzo de la centuria impuso el BURGERLICHES GESETZBUCH (B.G.B) –Código Civil Alemán–.

Los codificadores mexicanos formularon una propuesta socializadora de la materia jurídica al amparo de la idea de solidaridad y del propósito de conciliar los intereses individuales con los comunitarios conforme a los enunciados de la nueva Constitución de 1917. Para justificar su nueva obra, la comisión redactora destacó que existían

legítimas necesidades latentes que era preciso descubrir y remediar. La supervivencia de ese cuerpo legal en lapso prolongado permite sostener que sus previsiones se ajustaron a la idiosincrasia de la nación y que sus fórmulas legales –producto de una depurada técnica legislativa– cumplieron con los fines perseguidos.

El derecho civil mexicano se inclinó por el modelo germánico evidenciando las evidentes repercusiones políticas de la anterior ocupación francesa. Recordemos que el “B.G.B” alemán entró en vigor en el año 1900, luego de un largo proceso histórico de debates académico, cuya preparación definitiva insumió más de veinte años de intensa preparación. Destacados juristas alemanes tuvieron a su cargo la redacción de sus cinco libros, entre ellos VON SCHMITT, HANCK, JOHOW y GEBHARD, a cuyos nombres se sumaron WINDSCHEID y SOHM. En su época el BGB fue considerado una obra maestra por su disciplina lógica, claridad pedagógica de sus textos, su tendencia universalista y las pautas orientadoras mediante cláusulas generales. Asimismo, se le consideró innovador, sobre todo en la materia de transmisión inmobiliaria creando el régimen registral de dominio. Su concepción estriba en que la norma está dirigida a la judicatura científica, antes que al común de la gente lega en derecho. El BGB sirvió de inspiración a diversos códigos, a saber: Brasil (1916), Grecia (1940), Holanda (1993), México (1928), Taiwán (1929-1931) y Japón (1896-1898).

La base cultural del sistema jurídico latinoamericano está constituida por un “bloque romano-ibérico-precolombino” cuya consecuencia es fundamento de la independencia de la propia América Latina. Tal circunstancia se evidencia en la eficacia de su unidad, en la homogeneidad romanista de la legislación de las diversas repúblicas y en su capacidad de apertura a la herencia de las instituciones de origen precolombino. Las aludidas características se materializan en sus especificidades conceptual, normativa y de

método, en sus elementos de salvaguardia de la identidad misma, en su centro autónomo del desarrollo del sistema y en su capacidad de diálogo con los otros sistemas, para proponer los frutos de su propia elaboración de derecho.

Estos diferentes niveles de individualidad del sistema han dado luces y han permitido profundizar, por ej, en: el papel de los “códigos de la transfusión del derecho romano y de la independencia, la existencia de un *mos latin-americanus* y la consecuente maduración de específicos “principios generales del derecho latinoamericano”.

El derecho latinoamericano codificado evidencia a su vez una fuerte base romanista. El derecho romano sigue siendo el elemento común de la herencia euro-continental. Se edifica como el elemento diferencial del derecho latinoamericano frente a otros sistemas extraños a nuestro ancestro cultural y jurídico. No es la historia solamente la que le da validez al derecho romano, sino la vigencia de sus principios transfundidos en el derecho moderno y que iluminan el derecho comparado. El derecho romano, como ciencia formativa “tiene presenta una base trascendente y viviente en todos los países latinoamericanos que obedecen a una tradición legal romana.

VIII.El proceso de codificación en Costa Rica

La historia de nuestro derecho civil abarca un espacio de tiempo relativamente corto: el transcurrido de 1821, fecha en que este país se emancipó de España hasta el presente. Durante la época colonial, el derecho común español y las llamadas “Leyes de Indias”, - compilación de disposiciones legislativas especiales para los pueblos indoespañoles-, eran los que regían, lo mismo que en las otras colonias. Aun después de la independencia, ese derecho continuó rigiendo, con las alteraciones que la nueva situación política exigía, por espacio de 20 años.

A la altura de la redacción del actual Código Civil y de los procesos codificadores que lo precedieron, el movimiento codificador se había expandido por todo el sistema romano contando, en ese tiempo, casi todos los ordenamientos con un cuerpo orgánico estructurado sobre el modelo francés, con muchas particularidades cada uno de ellos, obedeciendo a su propia historicidad.

La génesis de la codificación en Costa Rica se plasmó con la promulgación del Código General del 31 de julio de 1841 “Código de Carrillo”, como generalmente se le identifica por haber sido impulsado y promulgado por el Presidente Lic. BRAULIO CARRILLO COLINA. Esta obra corresponde a una de las primeras en su género llevadas a cabo en las repúblicas latinoamericanas. Según afirma el historiador MONTÚFAR en su Historia de Centro América, la parte civil y la penal fueron tomadas de los códigos que sobre esas materias se publicaron para el régimen de la Confederación que se formó por los años 1836 a 37 entre las repúblicas del Perú y Bolivia, bajo la presidencia del general SANTA CRUZ.

Circunstancias muy particulares determinaron que nuestro modelo jurídico adoptado en el citado Código adoptara la influencia del modelo jurídico francés. En tal sentido agregaba BRENES CÓRDOBA que la parte civil del Código General de Carrillo de 1841, se tomó del Código Civil emitido en Bolivia en 1831, que -a su vez- reproduce en su mayor parte el Código Civil de Napoleón. En su obra “Historia del Derecho” BRENES CÓRDOBA señaló: “El Código Civil fue en su -mayor parte, copia del francés. En algunas materias se separó del original, como en lo relativo a matrimonio y divorcio, en que se adoptaron las doctrinas del derecho canónico; y en lo tocante a sucesiones, en que se siguió el derecho español. El Código nuestro contenía 706 artículos menos que el francés, mas a pesar de eso no se notaron en la práctica notables deficiencias.” El Código General de Carrillo estaba conformado por su orden en las materias civil,

penal y procesal. Se mantuvo vigente a lo largo de 47 años.

Cabe agregar la significativa influencia de la doctrina y jurisprudencia francesa en el siglo XIX que desplazó a las fuentes jurídicas de España también obedeció a razones de índole políticas conforme se subrayó en el prólogo del libro de derecho civil al que alude BRENES CÓRDOBA escrito por don SALVADOR JIMÉNEZ: “bien es sabido es que las leyes de la madre patria dejaron de regirnos desde la publicación del Código General ocurrida el 30 de mayo de 1841, y que una de las disposiciones que contiene, prohíbe, bajo severas penas, no sólo el citarlas en los asuntos judiciales, sino también hasta el hacer mérito de las doctrinas de los autores que las exponen, aún por vía de la ilustración al juez. Así es que entre nosotros, desde aquella fecha, rige una legislación distinta, tomada en lo civil, en su mayor parte, del Código de Napoleón”.

El primer libro de derecho que incluía la materia civil editado en Costa Rica corresponde al licenciado AGUSTÍN GUTIÉRREZ LIZAUZÁBAL en el año 1834. Con el seudónimo Abogado Centroamericano, publicó el libro titulado : Prontuario de Derecho Práctico por Orden Alfabético (Imprenta de La Concordia, San José, Costa Rica). La obra estaba compuesta con arreglo a las leyes vigentes y trámites comunes de los juicios civiles, criminales y militar con las notas correspondientes de las del Estado de Costa Rica. Nacido en Guatemala. Entre los años 1813 a 1821 fue diputado por Costa Rica en León Nicaragua, y formó parte activa en ese último año de los sucesos de la independencia en León.

El licenciado GUTIÉRREZ ocupó la presidencia de la Corte Suprema de Justicia a partir del 8 de marzo de 1829, y en el año 1834 fungió como Presidente de la República de manera interina en su condición de Consejero Presidente. Sustituyó a GALLEGOS, por ausencia del Vicejefe, del 27 de junio al 18 de agosto de 1834.

Es preciso recordar que después de la independencia una de las mayores congojas que asumieron al país fue la ausencia de abogados. La falta de profesionales en derecho repercutió incluso en las primeras conformaciones de la Corte Suprema de Justicia, pues los primeros presidentes que tuvo nuestro Corte fueron ciudadanos guatemaltecos y nicaragüenses. Explicaba el historiador nacional JORGE ENRIQUE GUIER, que “graves problemas, consecuentemente, dio la integración de la Corte a un pueblo que casi no conocía la profesión mencionada, ya que no contaba con letrados suficientes entre sus habitantes.” Como resultado de la inopia imperante, los magistrados costarricenses no eran abogados y sólo cumplían los requisitos al ser personas muy calificadas y dueñas de un capital superior a los tres mil pesos. El primer presidente costarricense que tuvo la Corte Suprema de Justicia fue don MANUEL MORA FERNÁNDEZ en el año 1842.

La mayor parte de nuestros abogados que se iban graduando, hicieron sus estudios en la Universidad de Guatemala, donde prevalecía la enseñanza del antiguo derecho español cuya base eran las Siete Partidas de ALFONSO EL SABIO, con las glosas y comentarios de autores españoles. De ahí que por varios años estuvieran en uso para el aprendizaje del derecho civil, las “Instituciones del derecho real de Castilla e Indias” obra de reducido volumen, escrita por el guatemalteco Dr. JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ.

La génesis e inclusión del estudio del derecho francés en Costa Rica se le atribuye al autor costarricense SALVADOR JIMÉNEZ BLANCO. En su reciente biografía elaborada y publicada en la Revista Judicial N° 81 del mes de mayo del año 2003, por el licenciado HERNÁN ESQUIVEL SALAS se consigna que nació en la Villa de Guadalupe (Goicoechea) el 15 de marzo de 1835. Obtuvo el Bachillerato en Filosofía en nuestra extinta Universidad de Santo Tomás y cursó sus estudios de Derecho en la Universidad de San Carlos de Guatemala, recibiendo de abogado en

dicha universidad en 1858. Desempeñó por muchos años la Cátedra de Derecho Civil y Público en la Universidad de Santo Tomás, y los rectores de ese centro de enseñanza le otorgaron el grado de Doctor en Leyes. Ejerció durante varios años funciones de juez dentro del Poder Judicial y fue Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

El desarrollo de nuestra cultura jurídica bajo la influencia del derecho francés parte precisamente del mérito, ingenio y virtuosidad de un abogado que a pesar de haberse formado en Guatemala bajo los planteamientos del derecho español, optó por separarse de lo que era más acomodaticio, para en su lugar introducirse en el estudio del derecho francés. El mérito de asumir el esfuerzo a favor de la ilustración del derecho francés, sube de punto, si se observa que en aquellos tiempos en que todo estaba por hacer, los recursos pecuniarios del país eran rotundamente escasos. Particularmente en el prólogo de la obra jurídica de SALVADOR JIMÉNEZ BLANCO "Elementos de Derecho Civil y Penal de Costa Rica" (el primero de 1874 y el segundo de 1876) explica que, desde la creación de la Universidad de Santo Tomás, se había en Costa Rica estudiado el Derecho Civil siguiendo la obra del guatemalteco JOSE MARÍA ÁLVAREZ titulada "Instituciones de Derecho Real de Castilla"; pero que vio la necesidad de complementarla y modernizarla, especialmente con las doctrinas del derecho francés, y cita, entre otras obras que le sirvieron de fuente, la titulada "Le Droit Civil Français" de K.S. ZACHAIRE, en su quinta edición. La obra de JIMÉNEZ BLANCO, es como dice su título, una obra elemental, pero completa para el tiempo y para el medio.

No fue de extrañar que el germen y admiración por el derecho civil francés fuera transmitido por el maestro a sus futuros discípulos, quienes se constituirían en cultores y embajadores del derecho galo. Tuvieron en sus bibliotecas muchos tratados franceses, con elegantes encuadernaciones, donde buscaban

la solución de los conflictos sometidos a su consulta. Entre esos discípulos, sobresaldría el nombre del más excelso civilista en la historia de nuestro país "ALBERTO BRENES CÓRDOBA". Precisamente al referirse a su maestro, don ALBERTO escribió en una de sus obras que no tuvo la misma divulgación de sus tratados de derecho civil "Historia del Derecho": "Débase al Dr. Salvador Jiménez, catedrático que fue de derecho civil en aquel centro universitario, la difusión entre nosotros, del conocimiento y la literatura jurídica francesa. Abogado entendido y laborioso, no se contentó con desempeñar sus funciones docentes acomodándose simplemente a la pauta trazada por el Reglamento de la Escuela, sino que quiso ensanchar el horizonte intelectual de sus alumnos, familiarizándonos con las modernas teorías jurídicas; y al efecto, expuso el derecho patrio en varios volúmenes, con arreglo a las doctrinas de los expositores del derecho francés. Muy recomendable fue su labor, si por la enseñanza impartida, más aún pro el impulso que comunicó a los estudios y por el nuevo derrotero que señaló a las inteligencias de la presente generación".

La influencia francesa en nuestro país no se agotó en la implantación del Código Civil tomando como modelo el Napoleónico, por cuanto también influyó de sobremana la gran producción doctrinaria de autores clásicos como DEMOLOMBE, AUBRY y RAU, BAUDRY LACANTINERIE, LAURENT, PLANIOL, RIPERT y JOSERRAND y más recientemente CARBONNIER, quienes demarcaron en un alto margen las posiciones jurisprudenciales y doctrinarias como fuentes de derecho en Costa Rica entre 1850 hasta finales del siglo pasado, aunado al gran flujo de costarricenses de formación académica adoptada en el país galo.

IX. El Código Civil de 1888

Durante la Administración de PRÓSPERO FERNÁNDEZ, se decidió promulgar un nuevo código civil que respondiera a los

requerimientos de la época. Mediante Decreto N°. IX del 28 de agosto de 1882, el presidente nombró una Comisión Redactora integrada por el guatemalteco DR. ANTONIO CRUZ quien la presidió; así como por restantes personajes que luego ejercerían la presidencia de la República: BERNARDO SOTO, ASCENSIÓN ESQUIVEL, JOSÉ JOAQUÍN RODRÍGUEZ, RICARDO JIMÉNEZ OREAMUNO y CLETO GONZÁLEZ VÍQUEZ. Además por los licenciados JOSÉ ASTÚA AGUILAR y RICARDO PACHECO MARCHENA quienes posteriormente se desempeñaron como Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. En la elaboración de Proyecto de Código Civil la Comisión Redactora trabajó aproximadamente tres años, y sin recibir ninguna modificación fue aprobado por medio del Decreto del Presidente de la República don BERNARDO SOTO y el Secretario de Estado en el Despacho de Justicia don ASCENSIÓN ESQUIVEL, quienes formaban parte de la Comisión, el 26 de abril de 1886, estableciéndose por Decreto N° LXIII del 28 de septiembre de 1887 y que entraría a regir el 1° de enero de 1888.

El resultado de las largas jornadas de trabajo de la Comisión Redactora evidencia la notable influencia del Code Napoleón, ya sea por su lectura y consulta, sino también a través de sus comentaristas. Súmase a ello el hecho de que los demás códigos y proyectos utilizados por el codificador se apoyaron en el modelo francés. De ahí que, desde distintas procedencias, su ascendiente ha sido muy grande, confirmando su autoridad indiscutible. La estructura del Código es francesa, así como la orientación liberal de basar todo el sistema en la libertad y el contrato. Sin embargo, el planteamiento marcadamente clásico de los redactores se nota en forma clara respecto de una serie de disposiciones que incluso llegan donde no incursionó el modelo francés.

En nuestro Código Civil a cada paso tropezamos con una teoría inspirada en los comentaristas del Código Napoleón, o en algún autor del Antiguo Régimen. A medida que nos

internamos en el laberinto de las instituciones civiles, un hilo conductor nos lleva a ciertos autores claves como es el caso de DOMAT y PHOTIER, que supieron trascender a su propia época, perdurando como mentores del Code Napoleón. Esta circunstancia robustece el carácter científico de la excelsa obra del más prestigioso de los comentaristas de la codificación civil costarricense “ALBERTO BRENES CÓRDOBA”

La obra de los autores AUBRY & RAU “Cours de Droit francais” muy apreciada por el Presidente de la Comisión Redactora –el Dr. Cruz– fue bastante utilizada y por el propio BRENES CÓRDOBA. Incluso, la sistematización y orientación adoptada por el Código es muy similar a la formulada en la citada obra. A los citados autores de Estrasburgo se les reconoce entre otros méritos la creación de la teoría subjetiva del patrimonio, sosteniendo que éste “es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos”. Ninguna duda cabe que estos autores impusieron su célebre construcción jurídica –armada sobre textos del Código Napoleón, ya que éste careció de una previsión particular al respecto– no sólo en nuestro país, sino en todo el mundo, adquiriendo validez universal. También de estos autores proviene nuestra teoría clásica de las nulidades, según la cual media nulidad absoluta si falta elementos de validez, y relativa si faltan elementos de eficacia. En el plano contractual el tema de la estipulación a favor de tercero fue profundamente analizada por ambos autores. Tampoco puede ser desconocido el aporte significativo de D’AGENTRÉ, quien fue el primer expositor que sostuvo la tesis relativa a la responsabilidad del deudor con sus bienes, como una garantía implícita contenida en toda obligación.

Sin embargo, el aporte del derecho francés no fue el único ni exclusivo, pues en algunas partes de la estructura del Código Civil, corresponde a las formulaciones sostenidas por el prestigioso jurisconsulto español FLORENCIO GARCÍA GOYENA en

el su Proyecto de 1851. En España se creó en el año 1843 una Comisión General de Codificación presidida por GARCÍA GOYENA, la cual elaboró un Proyecto en el año 1851 que no fue sancionado al parecer por introducir cambios importantes en la legislación vigente hasta entonces en particular, en particular, por afectar el derecho foral. Precisamente uno de los serios inconvenientes que se presentó en la codificación española consistió en la resistencia operada en todo el territorio español para establecer una legislación uniforme que mostraba alteraciones con los privilegios regionales. Corresponde a un fenómeno incluso no superado hoy día, toda vez que las Compilaciones Fórrales resultan aplicables a cada región autonómica.

En realidad las frecuentes menciones a GARCÍA GOYENA obedecen a que este jurista preparó notas explicativas a los textos proyectados, las cuales fueron consultadas por los codificadores. El jurista hispano explicó el sentido de esas notas con estas palabras: "Al pie de cada artículo obra un epítome o resumen de lo que sobre su tenor se halla dispuesto en el Derecho Romano, citando siempre y copiando muchas veces sus leyes; siguen nuestros códigos patrios desde el Fuero de Juzgo y todos los modernos de más nombradía; es decir, que a un simple golpe de vista se descubrirá la legislación, que puede llamarse universal, sobre la materia del artículo, y esto es lo que yo comprendo en la plabara concordancias". A ello agregó los motivos, con algunas comentarios explicativos, pero omitió hacer referencia de doctrina.

Conforme a lo descrito, nuestro Código Civil siguió los lineamientos generales del Code Napoleón, sin dejar de lado la obra genial de sus autores, sus propios rasgos personales y sobre todo la sobriedad de su redacción.

X. Características y consecuencias de la codificación

Entre las características y finalidades de la codificación podemos citas las siguientes:

- a) La codificación fue la expresión final de los propósitos del iusnaturalismo, síntesis final que significa el fin del derecho antiguo (como un derecho disperso) y el surgimiento de un nuevo derecho igualitario. Lo que más penetró de las ideas iusnaturalistas fue la tendencia individualista, sancionando positivamente lo que el iusnaturalismo había proclamado como "derechos innatos del hombre": libertad, propiedad e igualdad". La influencia del iusnaturalismo fue más, que en el contenido normativo, en su estructura formal.
- b) La aspiración de formular positivamente las normas emanadas de un derecho natural derivado de la razón supuso que la codificación lo había logrado y que se había conseguido un derecho universal válido para todos los hombres en todos los tiempos. El triunfo del iusnaturalismo en el terreno político y legislativo cierra un período de la historia con la conclusión de que el Derecho natural ha sido concretado en el Derecho positivo, y, por tanto, que el problema de las relaciones y contraposiciones entre ambos derechos había dejado de tener sentido. Sólo quedaba, aparentemente, a la filosofía del Derecho el problema del método de la ciencia del Derecho vigente positivamente, única forma de Derecho pensable.
- c) El contenido normativo de la codificación fue obtenido del derecho tradicional; los códigos fueron una serie de síntesis del derecho consuetudinario; el ius comune y las ideas racionalistas. La codificación fue la concreción definitiva de la tradición romanistas europea. El derecho romano se advierte sobre todo en obligaciones y contratos; el derecho consuetudinario, en familia, cosas y sucesiones; el derecho natural racionalista, en los principios que orientan la codificación, principios de igualdad, propiedad y libertad.
- d) La codificación se convirtió en la forma jurídica de organización de las

aspiraciones de la burguesía que ordenan una nueva sociedad basada en el respeto a las libertades individuales. El dogma de la igualdad no supuso el de todos los hombres, sino la equiparación política de la burguesía como clase social.

- e) Se consagra el principio de limitación de los poderes de los jueces, mediante la formulación de las tesis de la plenitud del ordenamiento jurídico, que significa que no es admisible ninguna intervención ajena al texto de ley, debiendo, en caso de laguna, recurrir a la intención de legislar como única posibilidad hermeneútica en aras de la certeza y la seguridad jurídica.

Como consecuencia de la codificación podemos enumerar las siguientes:

- a) La reducción del derecho a la ley tuvo como consecuencia la supresión de la costumbre como fuente del derecho. Se agota la costumbre como fuente de derecho. De la codificación en adelante la costumbre contra legem ya no tiene validez. Los ilustrados mostraron una desconfianza desdeñosa hacia la costumbre, que fue vista como el fruto de un pasado irracional.
- b) Con la separación de poderes y la imposibilidad de interpretación autónoma de la ley se terminó con la jurisprudencia como fuente formal de derecho. En adelante la función del juez debería limitarse exclusivamente a la aplicación de las leyes sin ninguna posibilidad de interpretarlas fuera del propio contexto legislativo. Se consagra el principio de plenitud hermética del derecho.
- c) El gran mérito de la codificación fue la certeza y seguridad jurídica que se lograron con la legislación.
- d) La codificación sólo interesó a algunas materias: derecho civil, derecho mercantil, derecho procesal civil y derecho penal.

- e) En derecho civil se consagró al matrimonio como un contrato, y se admitió el divorcio, se protegió a la libertad contractual.
- f) El dogma de la igualdad para todos los ciudadanos devino en inconsistente y significó únicamente una ventaja para la burguesía.

El derecho que surgía del sistema codificado se presentaba así conforme a las necesidades de una sociedad que se desarrollaba en un sentido liberal y capitalista, pues privilegiaba a los intereses pecuniarios y las fortunas adquiridas por las clases medianamente privilegiadas por la Revolución.

XI Codificación y modernidad (un Código de Mínimos)

Si el Código se inscribe en el proceso de la experiencia moderna, va a ser a su vez cuasivíctima de este mismo proceso. La permanencia y estabilidad de la codificación va a ser puesta en entredicho una y otra vez, a partir de la revisión de sus mismos presupuestos y de la necesidad de responder a los cambios en la realidad regulada. El nuevo escenario de la fragmentación normativa se suele ubicar en dos sentidos:

- a) Por un lado, el Código, como ley completa e inmutable, expresión de un tipo de sociedad civil donde privan las relaciones de derecho privado, comienza a desmoronarse en la medida que se modifican las relaciones entre sociedad y el Estado como derivaciones del nuevo Estado industrial. Este fenómeno, que se desarrolla en el período de entreguerras europeo es una consecuencia tanto del desarrollo del Estado de Derecho como de las cambiantes relaciones entre sociedad y Estado, en el cual éste comienza a intervenir de modo más penetrante y metódico. El derecho asume

así una nueva función en el manejo de los asuntos públicos y, donde antes había ámbitos de libertad, ahora define metas y significados.

- b) Por otro lado, la ley que, al menos míticamente, era la expresión de la voluntad general pasa a ser, pura y simplemente, la expresión de la voluntad del legislador. En el ámbito específico de la codificación comienza a darse un proceso centrífugo, por el cual los Parlamentos dictan numerosas leyes especiales, que escapan a la disciplina del Código. La ley especial se brinda como el instrumento más adecuado para prestar y dar respuesta a las demandas apremiantes de la realidad, en contraposición a lo que inicialmente se le veía como una excepción. El fenómeno descrito se evidencia con la aparición de nuevas formas de propiedades especiales (titularización de activos hipotecarios, propiedad horizontal, sistemas vacacionales de tiempo compartido, propiedad intelectual, etc). Así como las variantes que emergen en contratación en masa y las consecuentes repercusiones sobre el consentimiento derivado de las fórmulas predispuestas, derecho del consumidor, medio ambiente y la ampliación de las fórmulas de responsabilidad civil objetiva y el daño punitivo.

En esta línea se desarrolla el análisis del sociólogo alemán L. H. H. MANN, que señala las dificultades de la legislación para alcanzar los fines que propone en un ambiente de complejidad creciente. La actividad normativa, expresa el autor, es “el mecanismo principal para aprender, por lo que la legislación estimula la legislación”, dando lugar a una reacción en cadena.

La complejidad social creciente y la propia actividad legislativa contribuyen a una inflación normativa que va dejando al Código cada vez más en un papel más residual. Pero no solo en el plano cuantitativo en el que se produce esta transformación, también en el

material se da una transformación radical del derecho privado: de un esquema distributivo mínimo se transforma en una totalidad de normas que disponen una distribución sustancial. La ley pasa de ser universal y abstracta a individual y concreta, de este modo, el código se debilita también como expresión de la naturaleza de las cosas y deja de tener sentido su inmutabilidad, fundamento del anterior orden decimonónico.

La automatización de esferas de actuación individual y de ámbito del saber, se concreta en la conformación de diferentes “micro-sistemas”, compuestos de sucesivas leyes que se extrapolan del centro unificador, constituido por el código. El Código Civil ha ido perdiendo el carácter de centro del sistema de fuentes: ya no más sede de las garantías del individuo, ahora asumidas y desarrolladas por la Constitución; ya no más sede de principios generales, ahora expresados, para singulares categorías de bienes o clases de sujetos, por las leyes externas. Si en el Estado Liberal de Derecho la certeza del derecho se erigía como un valor central, ello obedecía a que se constituía como la expresión de una sociedad unificada y pacífica. En la sociedad contemporánea, el Estado busca dirigir la vida social pero lo hace en un contexto en el que ha perdido su papel de referencia última. Por estas razones, el Derecho asume un carácter instrumental que lo hace intrínsecamente dependiente del vértigo de las modificaciones ocurridas en la realidad.

La particularización de la legislación, con la proliferación de normas de caso único y leyes provisionales de diversos tipos, traslada sus efectos a la conceptualización del estatus jurídico del ciudadano que se ve sujeto a tal normación. No es de extrañar, por lo tanto, que la dogmática jurídica se decante hacia un positivismo de caso por caso, en desmedro de las grandes generalizaciones. En esta dinámica, el papel del juez se ve revalorizado al compás de la focalización de los problemas en lo concreto y particular frente a lo general y abstracto.

Frente al modelo unificador del Código, la multiplicidad decisional de las instancias judiciales expresa la heterogeneidad y abundancia de tipologías sociales.

A) Un Código Civil de Mínimos

Dentro de las nuevas soluciones propuestas paralelamente a la enorme fragmentación normativa del presente, ha emergido el movimiento de la RECODIFICACIÓN. En algunas países en etapa de desarrollo e implementación, y en otros como en el caso de Holanda, ya se encuentra vigente la aplicación de un nuevo contexto codificador tendiente a asumir los nuevos retos de la sociedad.

Las primeras manifestaciones de este nuevo movimiento presenten su génesis desde fecha no muy reciente: Código Suizo de las Obligaciones (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 1907) Italia (Codice Civile, 1942) y, el tradicional en el Derecho inglés. Sin embargo en los últimos años asistimos a un cambio notable, casi podríamos hablar de una transformación, en el Campo del Derecho de obligaciones y contratos. La selección de estas materias se justifica en el hecho de que la figura del contrato es la que mejor describe el contexto del Derecho Civil, pues se trata de un concepto que reúne todas las características del derecho moderno como lo son la autonomía de la voluntad, el consentimiento y el acuerdo final. Asimismo, formará parte de la teoría contractual ciertos principios del derecho (estándares) que se requieren como fundamento para la eficacia de los mismos, como por ejemplo la buena fe, la obligación de respetar la palabra empeñada (pacta sum servanda) o la proporcionalidad de las obligaciones entre las partes.

Los planteamientos del nuevo fenómeno codificador presentan como rasgos comunes la aproximación de los distintos sistemas y legislaciones con la finalidad de simplificar el contenido de las normas vigentes a través de normas abiertas o flexibles. El ejemplo más significativo de lo que se

denomina “recodificación o códigos de segunda generación”, lo encontramos más recientemente respecto a los anteriores códigos citados en el Código Civil Holandés de 1992 que trata de conceder preeminencia a las normas abiertas, atribuyendo al juez una posición dominante, por cuanto el legislador comprendió y es consciente que no puede preverlo todo en esta nueva sociedad, y por esta razón concede al Juez un instrumento para llegar al resultado justo para las partes en el caso concreto.

Recientemente el BGB alemán fue objeto de una reforma sustancial en materia de obligaciones mediante Ley de 26 de noviembre de 2002. Según la propia justificación del Proyecto, la modernización del BGB en materia de obligaciones pasa en este momento por la reforma del derecho sobre prescripción de acciones, la responsabilidad por incumplimiento, la obligación de saneamiento, la transposición de tres Directivas Comunitarias y la incorporación al BGB de las recientes leyes especiales en materia de obligaciones y contratos, especialmente dirigidas a la protección de los consumidores. La iniciativa manifiesta una profunda confianza en el BGB como una de las normas estructurales del ordenamiento jurídico y que, en palabras del propio proyecto, vería ahora restituido y fortalecido su significado como centro de la codificación civil. El proyecto de reforma recoge las reiteradas propuestas de solución de las deficiencias y contradicciones que presenta el BGB en su parte general del derecho de obligaciones, puestas de relieve a lo largo de sus ya más de cien años de aplicación. Como consecuencia de ese estado de opinión, el Ministerio Federal de Justicia decidió encargar a finales de los años setenta una veintena larga de dictámenes académicos y prácticos para analizar el derecho vigente, detectar sus carencias y plantear soluciones a las mismas, Una vez publicados de manera conjunta estos trabajos en tres volúmenes Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I y II 1981, Band III 1983), se constituyó oficialmente

en 1984 la Comisión para la reforma del derecho de obligaciones (Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts -Schuldrechtskommission-SRRK), que presentó en 1991 sus conclusiones en un informe final, publicado en 1992, con una propuesta de nueva redacción de más de cien párrafos del BGB. Como la historia da más de una vuelta, los trabajos iniciados por una cancillería federal socialdemócrata, después de tres largos lustros de hegemonía democristiana y de reunificación, se concluyó por un gobierno de colación entre socialdemócratas y verdes, con una Ministra Federal de Justicia, la Prof. Dra. HERTADÄUBLER-GMELIN, de la primera formación. La fecha de entrada correspondió al 1° de enero de 2002.

Asimismo Inglaterra cuenta con un proyecto de recodificación referido a contratos que supone un acercamiento entre las disposiciones del common law y del derecho europeo continental. Paralelamente a nivel supranacional existe en Europa los denominados Principios de Unidroit y los Principios Europeos de Derechos de Contratos (PECL). Corresponden a textos de diversas procedencias, que carecen de aplicación directa, pero se caracterizan por recoger las aspiraciones del tráfico jurídico internacional en los últimos tiempos.

En lo que concierne a Francia, el 12 de septiembre de 1989, se creó la Comisión Superior de la Codificación, cuya tarea era realizar la simplificación y clarificación del derecho, siendo la codificación uno de los medios conducentes a tal fin. Entre 1989 y 1996 se dictaron algunos códigos, pero ante la decisión política de acelerar el proceso se decidió hacer uso de la delegación legislativa prevista en el artículo 38 de la Constitución Francesa de 1958, y se habilitó al gobierno a sancionar varias ordenanzas en materia de Educación, Salud Pública, Propiedad Intelectual, Comercio, Financiero etc. En América Latina Argentina cuenta con un Proyecto Codificador Civil de 1998 se muestra como uno de los cuerpos legales de mayor

actualidad que se encuentra pendiente de discusión y aprobación. Asimismo se discute desde hace varios años la implementación a de un Código Iberoamericano Tipo en materia de contratos.

A pesar de las reticencias de algunos países apegados a su derecho natural, en el marco de la Comunidad Económica Europea es una demanda expresada por el Parlamento europeo, que traduce el deseo de los comerciantes y del conjunto de los agentes económicos de contar con un derecho europeo, si no único, por lo menos similar en el fondo, dentro de la multiciplidad de sus modos de expresión, para permitir el desenvolvimiento del intercambio económico y volver más simples las relaciones jurídicas interpersonales.

En concordancia con las anteriores propuestas han determinado la aparición del fenómeno conocido en Europa como la implementación de un "Código Civil de Mínimos" y dentro de sus más loables exponentes se destaca el autor italiano UGO MATTEI en su obra "The European Codification Process. Cut and Paste". La propuesta reside en la convivencia de las dos matrices culturales – El Common Law– y el Civil Law latino; en torno a una idea rectora; hay que elaborar un código civil europeo de mínimos, que recoja el derecho imperativo –los mandatory rules– del derecho privado europeo de sus ahora 25 miembros. Sostiene en su propuesta que un código de mínimos no debe limitarse a codificar el derecho de las obligaciones y contratos, sino que ha de abarcar las reglas imperativas básicas sobre los sujetos de derechos principales agentes económicos –mayormente, sociedades mercantiles– así como la propiedad y los remedios.

MATTEI cree conveniente fomentar la unidad del derecho privado (civil y mercantil) según se describió anteriormente) a través de la implementación de un código de reglas imperativas que recoja tanto las aplicables a las relaciones entre empresarios

y consumidores, como a las que entablen aquéllos o éstos entre sí, siempre que, además un sistema judicial europeo de jueces de primera instancia y tribunales de apelación asuma la competencia de aplicar el nuevo Código.

Las propuestas descritas sugestivas y bien fundamentadas deben abrir paso a una profunda reflexión en nuestro entorno. La idea de una codificación unitaria no puede autolimitarse al derecho de obligaciones y contratos, sino que ha de incluir la regulación básica tanto del derecho de propiedad como, muy probablemente, del derecho procesal civil. Se trata de una tarea bastante ambiciosa que no puede reducirse a dos sujetos básicamente: sociedades mercantiles y consumidores y a los contratos que celebran, sino que debe extenderse a la

regulación de los derechos de propiedad en sentido económico.

Resulta clara la tendencia que refuerza la unidad del Derecho privado, muy especialmente en el campo del Derecho de Obligaciones y contratos, que se plasma en los citados países con la aparición de un Código único (incluido lo mercantil). En este contexto, el modelo de codificación ilustrada no parece ser el instrumento adecuado para la regulación jurídica, sino más bien la situación requiere de soluciones novedosas que, en la medida de lo posible, recuperen herramientas de probada eficacia. Un movimiento codificador como el ilustrado no es ya posible, porque la composición de la sociedad impide la emergencia de una solución unificada para todas las situaciones y hay una carencia de poder político suficiente como para imponerla, al menos en el marco de una sociedad democrática.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO HERRERA (Lucía). Comentarios a los principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional. Arazandi, Elcano. 1999.

BANDIERI (Luis María). En torno al Código Napoleón: Permanencia y cambio, en: La Codificación: Raíces y Prospectiva. Editorial de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. 2003.

BORDA (Guillermo). La reforma de 1968 al Código Civil. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1971.

BRAVO LIRA (Bernardino). "La codificación en Chile (1811-1907) dentro del marco de la codificación europea e hispanoamericana", en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. N° 13, Valparaíso. 1989-1990.

BRENES CÓRDOBA (Alberto). Historia del Derecho. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 1ª Edición. 2002.

BUSTAMANTE ALSINA (Jorge). Teoría General de la Responsabilidad Civil. Editorial Abeledo Perrot. 9ª Edición. Buenos Aires. 1997.

CABRILLAC (Rémy). El simbolismo de los códigos, en: La Codificación: Raíces y Prospectiva. Editorial de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. 2003.

COLMO (Alfredo). Historia del Código Civil Argentino. Editorial Jesús Menander. Buenos Aires. 1920.

CUETO RÚA (Julio). El common law. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1957.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (Cristina). La Cláusula Rebus Sic Stantibus. Tiran Monografías. Valencia. 2003.

DE CASTRO Y BRAVO (Federico). El negocio jurídico. Civitas. Madrid. 1991.

DIEZ PICAZO (Luis). El sentido histórico del derecho civil. Madrid. 1959.

ESQUIVEL SALAS (Hernán). Biografía del Dr. Salvador Jiménez, en: Revista Judicial N°81- Año XXV. Costa Rica. 2003.

FRIEDMANN (W). El derecho en una sociedad en transformación. Edit. Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires. 1966.

GUZMÁN BRITO (Alejandro). El vocabulario de la negociabilidad jurídica. Las Codificaciones Americanas, en: "El contrato en el sistema jurídico Latinoamericano. Bases para un código latinoamericano tipo. Vol. I. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá. 1998.

BOUINEAU (Jacques). Roux (Jérôme) 200 ans de Code Civil. Édition Originale et Seule Officielle. París. Septiembre-2004.

KNÜTEL (Rolf). Problemas del derecho de obligaciones moderno considerado a la luz de la experiencia jurídica romana, en "El contrato en el sistema jurídico Latinoamericano. Bases para un código latinoamericano tipo. Vol. II. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá.1998.

LACLAU (Martín). La historicidad del derecho. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1994.

LAMARCA MARQUÉS (Albert). "La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB InDret. W.W.W.com.

MATTEI (Ugo). The European Codification Process. Cut and Paste. 2003.

MARTIN (Xavier). Fundamentos políticos del Código Napoleón, en: La Codificación: Raíces y Prospectiva. Editorial de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. 2003.

MARTÍN QUINTANA (Eduardo). El Código Civil Francés, la Ilustración y el Positivismo, en: La Codificación: Raíces y Prospectiva. Editorial de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. 2003.

MARTÍNEZ PAZ (Enrique). Introducción al Derecho Civil Comparado. Instituto de Derecho Comparado, Asociación Argentina de Derecho Comparado. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1960.

MARTÍNEZ VELENCOSO (Luz María). La alteración de las circunstancias contractuales. Thomson-Civitas. Madrid. Primera Edición. 2003.

MAZZINGHI (Jorge A.). El Código Napoleón, en: La Codificación: Raíces y Prospectiva. Editorial de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. 2003.

MONÉGER (Jöel). De la ordenanza de Colbert de 1673 sobre el comercio al nuevo código de comercio de 2000. Un ejemplo de la evolución de la codificación, en: La Codificación: Raíces y Prospectiva. Editorial de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. 2003.

MEDICUS. Tratado de las relaciones obligacionales, vol. I. Barcelona. 1995.

PORTALIS (Jean Etienne Marie). Discurso Preliminar al Código Civil francés. Introducción y traducción I Cremades y L. Gutiérrez-Masson. Cuadernos Civitas. Primera Edición. Madrid. 1997.

SALERNO (Marcelo Urbano). Derecho Civil Profundizado. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1998.

SALERNO (Marcelo Urbano). El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1974.

SALERNO (Marcelo Urbano). La influencia del "Droit Coutumier" , en: La Codificación: Raíces y Prospectiva. Editorial de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. 2003.

SCHIPANI (Sandro). El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un código latinoamericano tipo. Vol. I. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá.1998.

SCHIPANI (Sandro). Las definiciones de contrato del sistema jurídico latinoamericano. En "El contrato en el sistema jurídico Latinoamericano. Bases para un código latinoamericano tipo. Vol. II. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá. 1998.

STEIN (Enrique). La polémica de Alberdi con Vélez Sársfield sobre el proyecto de Código Civil, en: Estudios de Derecho Privado Moderno. Ad-Hoc SRL Primera Edición. Buenos Aires. 1998.

TRIGO REPRESAS (Félix). La responsabilidad civil en el Anteproyecto de Ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación, en: La Ley 1987-C-886.

THUR (Andrea V). Derecho Civil Teoría General del Derecho Civil Alemán. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1946.

WIEARKHER (Franz). Historia del derecho privado de la Edad Moderna. Editorial Aguilar. Madrid. 1957.

VINCENT CRONIN. Napoleón Bonaparte. Una biografía íntima. Traducción Aníbal Leal. Ediciones B, S.A. 1ª Edición: febrero 2003. Barcelona. España.

ACCIÓN CIVIL Y PRETENSIÓN CIVIL

*Dr. Jorge Alberto López González*¹

Sumario:

1. La acción civil.....	51
1.1. Consideraciones preliminares.....	51
1.2. La acción en el Derecho Romano.....	51
1.3. La acción en el Siglo XX.....	52
1.4. El fin de las teorías monistas y el nacimiento de las teorías dualistas.....	52
1.5. Teorías publicistas.....	53
1.6. La acción como derecho a la tutela jurisdiccional concreta.....	54
1.7. La acción como derecho a la tutela jurisdiccional abstracta.....	55
1.8. El concepto de acción en la doctrina procesalista.....	55
1.9. La acción en el sistema jurídico costarricense.....	56
2. La Pretensión Civil.....	56
2.1. Consideraciones preliminares.....	56
2.2. La pretensión: Delimitación conceptual.....	57
2.3. Tipos de pretensiones.....	58
2.4. Pluralidad de Pretensiones.....	58
2.5. Acumulación de Pretensiones.....	59
2.5.1. Acumulación inicial.....	59
2.5.2. Acumulación sobreviniente o sucesiva.....	60
2.5.3. Indebida acumulación de pretensiones.....	60
2.5.4. Acumulación de procesos.....	61
2.5.5. Acumulación de procesos, litis pendencia y cosa juzgada.....	63

¹ Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Costa Rica. Juez Civil.

1. LA ACCIÓN CIVIL

1.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El tema de la acción constituye uno de los capítulos fundamentales de la dogmática procesal. Su contribución a la elaboración científica y al perfeccionamiento de la disciplina es indiscutible,² sin embargo, en relación con el concepto, no se ha llegado a un consenso doctrinal estable. Como señala Montero Aroca, sobre lo que sea el derecho de acción lleva la doctrina debatiendo más de un siglo, habiendo producido, como decía Calamandrei, mil y una teoría y todas maravillosas, como las noches de la Leyenda, pero sin haber alcanzado un resultado claro.³

En lo que parece existir consenso, es en que no se trata de un concepto jurídico cualquiera, sino referido a la libertad de la persona en un sistema político y de libertades. Puede decirse que es este un tema problemático, no sólo sobre el concepto de acción y su naturaleza, sino sobre toda una serie de cuestiones que la teoría y la práctica del proceso presenta, de técnica unas veces, de garantías del justiciable otras.⁴

Sobre el concepto de acción, se han elaborado muchas teorías, para tratar de dar respuesta a un problema capital del fenómeno jurídico: el de la relación entre el derecho subjetivo material vulnerado, desconocido o amenazado y su ejercicio ante los Tribunales de Justicia. Vale la pena hacer una breve exposición sobre este aspecto del problema de la acción, para tratar de obtener nociones básicas sobre el tema, aunque, preciso es reconocerlo, su entendimiento total requiere un estudio profundo que excede los objetivos de este trabajo. De entrada surgen algunas interrogantes: ¿acción ha significado siempre lo mismo? ¿existe alguna diferencia, entre la acción

y el derecho subjetivo lesionado? ¿la acción se dirige contra el demandado, o contra el Estado? ¿tendrá acción, quien no tiene derecho? ¿la acción tiene naturaleza pública o privada? Debe advertirse que el debate doctrinario sobre la acción, se inició y se ha matenido entre procesalistas civiles, lo que supone que se ha reducido al ámbito de aplicación del Derecho Privado, quedando especialmente al margen la actuación del Derecho penal en el caso concreto.⁵ Finalmente, como en casi todas nuestras instituciones, para comprender el significado de la acción es necesario volver al Derecho romano.

1.2. LA ACCIÓN EN EL DERECHO ROMANO

La expresión *actio*, de la que deriva *acción*, se utilizaba en Roma para hacer referencia a la actividad que se llevaba a cabo para la protección de determinadas situaciones reconocidas en la ley. Así, en alguna época existió la denominada *legis actio per manus iniectioem*, mediante la cual, podía el acreedor someter a su deudor a esclavitud, venderlo e incluso darle muerte, amparado en una posibilidad que le daba ese régimen que era una mezcla de autodefensa y legalidad. Posteriormente se pasa de la simple facultad de obrar, a la posibilidad de hacer actuar al *magistrado (juez)*, el cual, previa solicitud de parte permitía el juicio, si la reclamación estaba protegida por una *actio (actio reivindicatoria, actio rescisoria, actio confessoria)*. Por eso se llegó a decir que el derecho romano clásico, más que un sistema de derechos fue un sistema de acciones reconocidas por el *ius civile* o creadas por el pretor e integradas en el *ius honorarium*. Se trata de una posición monista, en la que la acción antecede al derecho y para la cual el derecho subjetivo no es otra cosa que un secundario reflejo del funcionamiento primario

2 Algún autor considera que el reconocimiento de la autonomía de la acción, sirvió de punto de partida para el reconocimiento de la autonomía del Derecho Procesal, considerado antes como un apéndice del derecho sustancial. Vescovi, Enrique, Teoría General del Proceso, Bogotá-Colombia, Edit. Temis, 1984, pág. 74.

3 Montero Aroca, Juan; Gómez Colomer, Juan Luis; Montón Redondo, Alberto y Barona Vilar, Silvia, Derecho Jurisdiccional I (Parte General: conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil), 10 ed., Valencia, Edit. Tirant lo blanch, 2000, pág. 237.

4 Morón Palomino, Manuel, Derecho Procesal Civil (Cuestiones Fundamentales), Madrid, Edit. Marcial Pons, 1993, pág. 134.

5 Montero Aroca, y otros, "Derecho Jurisdiccional I (Parte General...)", Ob. Cit. pág. 237).

del derecho de acción.⁶ Se dice que es una concepción monista, porque en Roma acción y derecho subjetivo son una misma cosa y además, en importancia, era primero la acción y luego el derecho.⁷ Como explica Montero Aroca, hoy está firmemente asentada en la ciencia jurídica la distinción entre derecho objetivo⁸ y derechos subjetivos, en cambio en el Derecho romano no se definía el derecho objetivo, ni se conocía el concepto de derecho subjetivo.⁹ En Roma, las fuentes creadoras del Derecho eran la Jurisprudencia y el Edicto del Pretor. El edicto no contenía un catálogo de derechos subjetivos, sino un catálogo de formas de reclamar procesalmente.¹⁰ Reflejo de esa corriente de pensamiento es que en la primera mitad del siglo XII, se tipificaban 191 acciones, cada una con su nombre propio, contenido específico (el derecho que se podía hacer valer), sujetos activo y pasivo (quienes podían demandar y ser demandados). Se distinguía entre *Petitio* (lo que se reclamaba en concreto) y la *Actio* (fundamento legal de la petición) y como consecuencia, sin acción no había pretensión.¹¹

1.3. LA ACCIÓN EN EL SIGLO XX

En el siglo XX la visión monista (que asimila la acción con el derecho subjetivo) siguió predominando, sin embargo se dio un cambio de perspectiva. Ahora, en importancia, es primero el derecho subjetivo y después la acción. Manifestación de esa corriente de pensamiento se observa en *Savigny* para quien la acción es el aspecto bajo el cual se presenta el derecho subjetivo cuando ha sido violado; es un momento del derecho subjetivo. Considera este autor, que el origen

de la acción se encuentra en la violación del derecho subjetivo; y, consecuentemente, su titular es el ofendido y su destinatario o sujeto pasivo aquel que ha realizado la violación. En esta noción, la acción se encuadra dentro del derecho privado y manifestación de esta línea de pensamiento eran las palabras de Putcha, quien decía: “*la acción es el derecho subjetivo en pie de guerra*”, y de Unger, para quien la acción es “*el derecho que abandona la toga para endosarse el sagum (la capa militar)*”¹² Siempre en el siglo XX, los procedimentalistas franceses y los exégetas del Código Civil de Napoleón concebían a la acción como una prolongación del derecho subjetivo, hasta el extremo de que Demolombe llegó a decir que las leyes hablaban de derecho y acciones incurriendo en un pleonismo. En esa concepción, se comprende que se dijera que no había derecho sin acción y que no había acción sin derecho. Por el mismo camino se dirigió la doctrina española.¹³

14. EL FIN DE LAS TEORÍAS MONISTAS Y EL NACIMIENTO DE LAS TEORÍAS DUALISTAS

A comienzos de la segunda mitad del siglo XIX, se origina una polémica entre Winscheid, el famoso pandectista, y Muther. El último pone en tela de juicio la concepción monista y privatística –dirigida contra el adversario– sobre la acción y sienta las bases del procesalismo moderno.¹⁴ A partir de aquí suele situarse el fin de las teorías monistas y la aparición de las teorías dualistas, es decir, las que distinguen entre derecho subjetivo y acción.¹⁵ En 1856, Windscheid publica un trabajo sobre la acción del derecho civil

6 Morón Palomino, Derecho Procesal Civil, Ob. Cit., pág.. 135.

7 Montero Aroca, y otros, “Derecho Jurisdiccional I (Parte General...)”, Ob. Cit. pág.238).

8 Por derecho objetivo, se entiende el conjunto de normas jurídicas, generales, imperativas y coercibles, que nos dicen quien puede ser considerado propietario, usufructuario o heredero.

9 Cuando se habla de derechos subjetivos, se hace referencia a situaciones de poder o de preferencia respecto de cosas o contra personas. Se dice que el acreedor tiene underecho subjetivo frente a su deudor y que el propietario es titular de derechos subjetivos en relación con el inmueble que le pertenece.

10 Montero Aroca, y otros, “Derecho Jurisdiccional I (Parte General...)”, Ob. Cit. pág. 238).

11 Montero Aroca, y otros, “Derecho Jurisdiccional I (Parte General...)”, Ob. Cit. pág. 238 y 239).

12 Montero Aroca, y otros, “Derecho Jurisdiccional I (Parte General...)”, Ob. Cit. pág.239.

13 Montero Aroca, y otros, “Derecho Jurisdiccional I (Parte General...)”, Ob. Cit. pág. 240.

14 Morón Palomino, Derecho Procesal Civil, Ob. Cit., pág. 140.

15 Montero Aroca, y otros, “Derecho Jurisdiccional I (Parte General...)”, Ob. Cit. pág. 240.

romano, en el que sostiene que la *actio* es el mismo derecho subjetivo una vez que resulta violado, viniendo a identificarse con la pretensión material del derecho moderno, o derecho de exigir de otro algo; en tanto que el *derecho de querrela*, no es más que un concepto artificial creado por los juristas y carente de realidad tanto en el derecho romano como en el germano. Al año siguiente, Muther replica. Publica un trabajo sobre la teoría de la acción romana, en el cual, concibe el derecho de accionar con un derecho contra el Estado en la persona de sus órganos jurisdiccionales, es decir, con un derecho distinto por tanto del derecho subjetivo, pero condicionado por la violación de éste. Así, queda sentada la base de una diferenciación que en lo sucesivo será pacíficamente acogida por la doctrina mayoritaria, es decir, la que existe entre el derecho subjetivo lesionado y la acción; distinción, fundamental para la elaboración y el entendimiento del derecho procesal moderno¹⁶ Como señala Montero Aroca, con Muther, la acción se separa del derecho material y pasa al campo del derecho público. A partir de este autor, las concepciones sobre la acción serán dualistas, es decir, partirán del hecho de que una cosa es el derecho material y otra la acción; y serán, además públicas, pues si el derecho material puede ser privado, la acción siempre quedarán incordiada en el derecho público.¹⁷

1.5. TEORÍAS PUBLICISTAS

Tanto en su Manual de 1881 como en una monografía escrita en 1889, el alemán Adolf Wach, profundiza en la idea de la acción independiente del derecho subjetivo reclamado, y aunque coincide con Muther en la necesidad de la existencia de ese derecho, Wach discrepa con este último autor, porque considera que para la existencia de la acción no es necesaria la violación de un derecho subjetivo. Según Wach, la acción no está condicionada por la violación de un

derecho subjetivo material; según él, es un derecho independiente que asume la forma de pretensión de tutela jurídica dirigida contra el Estado y contra el obligado, para que el Estado otorgue una sentencia favorable y el deudor quede sujeto a las consecuencias que provienen de la sentencia. Según esta teoría tiene acción quien tiene derecho, a contrario sensu, quien no tiene derecho, carece de acción. La referencia que hace este autor a la sentencia de contenido favorable, tuvo como consecuencia que su teoría fuera denominada como *teoría del derecho concreto de acción*.

La teoría de Wach fue objetada fundamentalmente por Bülow, quien expresó que concebir la acción como derecho a la sentencia favorable, supone anticipar el resultado del proceso, por lo que propone entenderla no como derecho a obtener, sino como *derecho a pedir un pronunciamiento*.¹⁸ Paralelamente a la tesis de Wach, surge la denominada *doctrina del derecho abstracto*, que concibe la acción como un derecho frente al Estado, independiente del derecho subjetivo material; que se dirige a la obtención de una sentencia que no tiene que ser favorable. De acuerdo a esta teoría, cualquier ciudadano, por el simple hecho de serlo, puede acudir a los órganos jurisdiccionales tenga o no tenga razón o derecho.¹⁹

Años más tarde, Degenkolb puntualiza que un derecho de accionar correspondiente a cualquiera que crea tener razón, *no es un derecho subjetivo, sino una mera facultad*. Chiovenda (1903), sigue básicamente la orientación de Wach en cuanto entiende la acción como derecho a la sentencia favorable, no obstante se aparta del maestro alemán y elimina al Estado como destinatario de la acción y en su lugar sitúa al demandado. Desde esa perspectiva, la acción deja de ser un derecho subjetivo público y pasa a constituir la expresión de un derecho potestativo: el de

16 Morón Palomino, Derecho Procesal Civil, Ob. Cit., pág. 136, a quien venimos siguiendo, fundamentalmente, por la perspectiva y claridad con que expone este tema.

17 Montero Aroca, y otros, "Derecho Jurisdiccional I (Parte General...)", Ob. Cit. pág. 241.

18 Morón Palomino, Derecho Procesal Civil, Ob. Cit., pág. 137.

19 La doctrina entiende que el iniciador de esta teoría fue Plosz, aunque la elaboración acabada y la difusión de la misma corresponde a Degenkolb. Morón Palomino Derecho Procesal Civil, Ob. Cit., pág. 138.

realizar una voluntad concreta de ley y de provocar un efecto jurídico en una o varias personas, sin que ello exija vínculo o deber específico de esas personas a favor del titular de ese poder. Esta teoría no deja de ser valiosa para la ciencia del proceso, porque explica satisfactoriamente el efecto que la admisión de una demanda produce en la parte demandada, efecto independiente de la relación obligatoria que entre el demandado y el actor pudiera existir.

Para Chiovenda, la acción tiene naturaleza pública o privada, según la índole del interés reclamado en el proceso, y por ello su teoría ha sido considerada como intermedia entre las publicistas y las privatísticas. Otra orientación intermedia es la del italiano Enrico Tullio Liebman. Para este autor, la acción se configura como un derecho que es abstracto en cuanto no se dirige necesariamente a obtener una sentencia favorable; pero tampoco es un derecho genérico. Dice Liebman, que la potestad de acudir a los Tribunales que el artículo 24 de la Constitución Italiana reconoce a todos los ciudadanos, es simplemente el reflejo subjetivo, en forma jurídica, de que la puerta de acceso está abierta a cualquiera que desee dirigirse a los órganos del Estado que administran justicia. Considera, que la acción en sentido procesal no es la mera facultad de poner en marcha la actividad de los jueces; pero tampoco es el derecho a la sentencia favorable. En otras palabras, asumiendo una posición intermedia, entiende a la acción como en derecho a obtener una sentencia en cuanto al fondo del conflicto; una sentencia, sobre el mérito de la causa. La doctrina considera que esta tesis es atractiva, porque resalta el carácter instrumental del proceso en servicio del derecho sustancial y consiguientemente de la persona.²⁰ Para Montero Aroca, a partir de Muther la doctrina se ha movido por dos caminos distintos que muchas veces se han presentado como contrarios, cuando en

realidad son complementarios. Se refiere el autor, a las teorías *concreta de la acción* y *abstracta de la acción* (a las que ya se ha hecho referencia) que pretenden explicar: la primera, la relación entre el derecho material y el proceso, concretamente, como se pasa del derecho material al proceso, a la actividad jurisdiccional; la segunda, porqué se inicia la actividad jurisdiccional y se llega al fin del proceso. Finalmente, dice Montero Aroca, que es evidente que estamos ante caminos distintos que se refieren a problemas diferentes y que pretende solucionar cuestiones diversas. Señala, que la mayor parte de las discusiones que la doctrina ha sostenido responde a que los autores han confundido esos caminos y a que los han mezclado. Durante más de un siglo se han producido un verdadero <<diálogo de sordos>>, en el que los interlocutores se han referido a cosas distintas y de ahí la confusión.²¹

1.6. LA ACCIÓN COMO DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL CONCRETA

La teoría de que la acción es un derecho de carácter concreto no es admitida actualmente porque es insuficiente para explicar algunas objeciones que se le formulan. No es aceptable que el derecho de acción sea un derecho a una sentencia favorable (derecho de carácter concreto de acción), porque no sabríamos si existe o no acción hasta el final del proceso, es decir, hasta que se dicte la sentencia. Desde otra perspectiva, si al final del proceso resulta que el actor lo pierde, habrá que llegar a la conclusión de que el proceso se inició por quien no tenía derecho de acción. A diferencia del derecho subjetivo, el derecho de acción no puede ser reconocido fuera del proceso y el proceso está dirigido a los órganos jurisdiccionales. Si es posible hablar de sentencias justas e injustas y de error judicial, es porque el derecho de acción existe, aunque luego no se venza en el proceso.

²⁰ Morón Palomino, Derecho Procesal Civil, Ob. Cit., pág. 140.

²¹ Montero Aroca, y otros, "Derecho Jurisdiccional I (Parte General...)", Ob. Cit. pág. 242.

Desde el punto de vista del Derecho Público la teoría de la acción como derecho concreto tampoco tiene sustento. Nadie puede afirmar que tiene un verdadero derecho subjetivo a que otra persona sea declarada incapaz, como tampoco tiene un derecho subjetivo la Procuraduría General de la República cuando puede demandar. Tampoco es aplicable esta teoría tratándose del Derecho Penal, porque no existen derechos subjetivos materiales de naturaleza penal. El ofendido en un delito, no es titular de un derecho subjetivo a que al autor del mismo se le imponga una pena.²²

1.7. LA ACCIÓN COMO DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL ABSTRACTA

Esta teoría surge como una reacción contra del *derecho de carácter concreto*. Para esta teoría de la acción como derecho abstracto, la acción se concibe como el derecho a la actividad jurisdiccional, es decir, el derecho a que en el proceso se dicte una sentencia sobre el fondo del asunto, independientemente de su contenido. Se sostiene en esta teoría, que el elemento indispensable de toda acción es el derecho a sujetar al demandado al proceso. Este derecho no se funda en el concreto y específico derecho subjetivo privado, sino en el derecho a que el derecho subsista y en la necesidad de mantener la paz dentro de una comunidad fundada en el derecho y en la paz de sus miembros. Prohibida la autotutela, es necesario reconocer un *derecho al proceso*, sin exigir otro fundamento que la afirmación del propio derecho. Ese derecho fue denominado por Alfredo Roco como *interés de carácter secundario*, que surge cuando el interés material queda insatisfecho y como consecuencia de la prohibición de hacerse justicia por mano propia. El derecho de acción se dirige contra el Estado y tiene por objeto la prestación por éste de la actividad

jurisdiccional para la protección de un derecho incierto.

Su objeto no es la sentencia favorable, sino sólo la sentencia sobre el fondo del asunto. Señala Montero Aroca que por el camino de la teoría de la acción como derecho abstracto, Guasp llegó a distinguir entre acción y pretensión, llevando a este autor a decir que la acción no debía tomarse en cuenta en un sistema de Derecho Procesal.²³

1.8. EL CONCEPTO DE ACCIÓN EN LA DOCTRINA PROCESALISTA

Siguiendo en alguna medida las teorías principales anteriormente ex-puestas, la mayoría de los autores han intentado dar una definición de lo que entienden por *acción*. Para efectos didácticos, después de la exposición anterior, vale la pena transcribir literalmente algunas de esas definiciones. Al respecto dice Liebman: *“La acción, por consiguiente, es el derecho que corresponde a una persona de provocar el ejercicio de la jurisdicción respecto de una situación jurídica en la que esa persona está interesada, o más brevemente, el derecho de provocar el proceso, el derecho al proceso en un caso concreto”*.²⁴ Para Couture: *“La acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la solución de un conflicto de intereses”*.²⁵ Para Alsina, *“la acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica”*.²⁶ Para De la Oliva, la acción es un derecho subjetivo público a una tutela jurisdiccional concreta. Es un derecho frente al Estado, porque es el Estado quien, a través de los órganos jurisdiccionales, debe realizar la prestación (tutela concreta) con la que ese derecho (acción) se satisface.²⁷

22 Montero Aroca, y otros, “Derecho Jurisdiccional I (Parte General...)”, Ob. Cit. pág. 242 a 246.

23 Montero Aroca, y otros, “Derecho Jurisdiccional I (Parte General...)”, Ob. Cit. pág. 248.

24 Citado por: Alsina, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, 2ª ed. Tomo I (Parte General), Buenos Aires, Ediar, 1963, pág. 327.

25 Citado por: Alsina, “Tratado Teórico Práctico...”, Ob. Cit., pág. 328.

26 Alsina, “Tratado Teórico Práctico...”, Ob. Cit., pág. 333.

27 De la Oliva Santos, Andrés y Díez-Picazo Giménez Ignacio, Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración conforme a la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, Madrid, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2000, pág. 83.

Siguiendo a Montero Aroca, puede decirse que actualmente el concepto de acción no sólo no se ha abandonado, sino que, donde existe verdadero desarrollo del Derecho Procesal, se ha convertido doctrinalmente en uno de los temas procesales de nuestro tiempo, si bien con sentido y contenido muy diferentes a los iniciales. Lo destacable actualmente, es que la noción de acción tiene que ser unitaria. No existen clases de acciones, sino una única acción.²⁸ La acción sólo puede ser una aunque es cierto que ese derecho no puede ejercitarse sino para pretender.²⁹

Modernamente, no se discute que la acción es un derecho autónomo y distinto del derecho subjetivo material tanto por sus presupuestos, como por su objeto. Existe coincidencia en la doctrina, en que se trata de un derecho frente al Estado, el cual se encuentra obligado a otorgar la tutela siempre que concurren los presupuestos para ello.³⁰

1.9. LA ACCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO COSTARRICENSE

Refiriéndonos al derecho costarricense, puede decirse que el derecho de acción se encuentra dispuesto en la Constitución Política, concretamente en el numeral 41 que dispone: *“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”*. Ese derecho le asiste a todos los sujetos, sean costarricenses o extranjeros y se manifiesta como derecho de acceso a la justicia. De ese derecho se deriva el deber inexcusable de los Tribunales de Justicia de resolver, en todo caso, los asuntos que se les planteen (Art. 6 del Código Civil), que la posibilidad de plantear cuestiones jurídicas a los jueces no puede hacerse depender de

controles administrativos o de autorizaciones de otros poderes y que las causas legales de inadmisión de demandas debe interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad del derecho de acceso (*principio pro actione*). Manifestación de ese derecho, lo es también, el derecho a una resolución de fondo, sea estimatoria o desestimatoria y la prohibición de la indefensión.

2. PRETENSIÓN CIVIL

2.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La idea o noción de pretensión corresponde a la expresión alemana *anspruch* y su traslado al campo del proceso se le atribuye a Rosenberg. La doctrina es concordante, en que corresponde al procesalista español Jaime Guasp el mérito de haber elaborado el análisis que definitivamente sitúa a la pretensión como pieza fundamental de la moderna doctrina procesal.³¹ Puede decirse, sin lugar a dudas, que el concepto en estudio, surgió de la necesidad de separar el derecho de acción del derecho subjetivo material.

La importancia del estudio de este tema es indiscutible. La identificación de la pretensión sirve para determinar el órgano jurisdiccional competente, el procedimiento a seguir, las posibilidades de actuación de las partes (por ejemplo, existen supuestos en que no se puede pedir la anotación de una demanda), el régimen de recursos aplicable, la existencia o no de litis pendencia, cosa juzgada, la acumulación de procesos y congruencia de la sentencia. En lo que refiere a la legislación costarricense, precisa decir que en el Código Procesal Civil vigente, tiene la virtud de utilizar el concepto pretensión en su recto sentido, a diferencia del derogado Código de Procedimientos Civiles (anterior a 1990), que

28 Señala Montero Aroca, que si en la actualidad se sigue hablando de acciones -en plural- es porque no se ha asumido toda la evolución de ese concepto y porque se está todavía en el concepto romano, o por lo menos en el siglo XIX. Montero Aroca, y otros, "Derecho Jurisdiccional I (Parte General...)", Ob. Cit. pág. 248.

29 Montero Aroca, y otros, "Derecho Jurisdiccional I (Parte General...)", Ob. Cit. pág. 248.

30 Montero Aroca, y otros, "Derecho Jurisdiccional I (Parte General...)", Ob. Cit. pág. 242 y 243.

31 Morón Palomino, Derecho Procesal Civil, Ob. Cit., pág. 195.

utilizaba el término acción como sinónimo de pretensión. No obstante, se introdujo en ese código una norma cuya finalidad no es clara. Si se trata de una definición de lo que entiende por pretensión procesal, no parece exacta. Si lo que pretendió señalar es la vía por la que es posible pretender la declaratoria de un derecho o de certeza de una situación jurídica, es claro que esta vía es la demanda y no la pretensión que es parte de aquella. Desde un punto de vista estrictamente técnico la norma nos parece poco feliz. Reza el artículo 121: “Pretensión Procesal. *La persona que pretenda la declaratoria de un derecho a su favor, o la declaración de certeza de una situación jurídica, podrá pedirlo mediante la demanda o la contrademanda*”.

2.2. LA PRETENSIÓN: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Por pretensión procesal se entiende, la declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración.³² Es una declaración de voluntad, en ella se expone lo que un sujeto quiere, no lo que sabe o siente. Se trata de una declaración petitoria, que puede ser fundada y sincera como infundada y falsa. Es el verdadero objeto del proceso.

La pretensión procesal no debe confundirse de *la pretensión civil o material*, porque la procesal reclama una cierta actuación del órgano jurisdiccional, mientras que la civil tiene por destinatario a un particular. Mediante la pretensión procesal se pueden solicitar varios tipos de actuación del órgano jurisdiccional, por lo cual ha sido necesario hablar de distintas clases de pretensiones (declarativas, de condena, etcétera).- Es indispensable al concepto de pretensión

procesal, que ésta se interponga siempre frente a persona o personas distintas del autor de la reclamación.

Para alguna doctrina la pretensión es un derecho,³³ Guasp, a quien venimos siguiendo en esta exposición, considera que es un acto.³⁴ Para Morón Palomino, la pretensión procesal es un acto de parte que se inscribe en la categoría de los *actos de obtención*. Según este autor, la pretensión configura el proyecto de sentencia y junto con la resistencia del demandado fija los términos del debate y por tanto el objeto del proceso que vincula al juzgador porque lo obliga a resolver en los términos propuestos por los litigantes y a dar respuesta a todos los puntos litigiosos que le han sido sometidos.³⁵ En sentido técnico-procesal, no es admisible confundir la *pretensión* con la *acción*, ni la pretensión con la *demanda*. Esos conceptos fueron claramente delimitados por Guasp en la siguiente frase:

“Concedido por el Estado el poder de acudir a los Tribunales de Justicia para formular pretensiones: *derecho de acción*, el particular puede reclamar cualquier bien de la vida, frente a otro sujeto distinto de un órgano jurisdiccional: *pretensión procesal*, iniciando para ello, mediante un acto específico: *demanda*, el correspondiente proceso, el cual tendrá como objeto aquella pretensión”.³⁶

Debe destacarse que, tal como lo reitera la mayoría de la doctrina, el objeto del proceso es precisamente la pretensión. Finalmente, precisa decir que los elementos identificadores de la pretensión son los *sujetos*, el *objeto (el petitum)* y la *causa*. Normalmente los sujetos son dos; la persona contra quien se dirige la pretensión material (la procesal se dirige contra el Estado) que será la parte demandada; y, la

32 Guasp, Jaime, Derecho Procesal Civil, Tomo I, 4ª ed. Revisada y actualizada por Pedro Aragonese, Madrid, Edit. Civitas, 1998, pág. 206. El concepto de pretensión que da este autor, es repetido por muchos procesalistas, entre ellos, Véscovi, Manuel de la Plaza.

33 Así lo entiende Rosenberg. Citado por: Morón Palomino, Derecho Procesal Civil, Ob. Cit., pág. 196.

34 Es un acto porque es algo que se hace pero que no se tiene. Guasp, Derecho Procesal Civil, Ob. Cit., pág. 206.

35 Morón Palomino, Derecho Procesal Civil, Ob. Cit., pág. 196.

36 Guasp, Derecho Procesal Civil, Ob. Cit., pág. 206.

persona que deduce la pretensión que será el actor. El *objeto* de la pretensión es el bien de la vida que solicita el actor; la utilidad que quiere alcanzar con la sentencia, que puede ser una cosa o conducta ajena. La *causa* se refiere a los hechos o al hecho fundamental en que el actor funda su petición, por ejemplo, el incumplimiento del deudor. Es el motivo que sustenta el reclamo ante el órgano jurisdiccional.

2.3. TIPOS DE PRETENSIONES

Si la característica fundamental de la pretensión procesal es que mediante ella se reclama una cierta actuación del órgano jurisdiccional, es lógico que la clase de pretensión varíe según la naturaleza de la actuación pretendida. La doctrina formula varias clasificaciones de las pretensiones. Algunos se refieren a pretensiones de pura declaración de certeza, de condena, ejecutivas y cautelares,³⁷ Guasp distingue entre pretensiones de cognición y pretensiones de ejecución. Entre las *de cognición* ubica las declarativas, las constitutivas y las de condena. Entre *las de ejecución* sitúa las que denomina pretensión ejecutiva de dación y la pretensión ejecutiva de transformación.³⁸ Una pretensión es **declarativa** cuando en ella se solicita la simple declaración de una situación jurídica que ya existía con anterioridad a la decisión, buscando sólo certeza. Se trata de una mera constatación, fijación o expresión judicial de una situación jurídica ya existente. Esas pretensiones declarativas pueden ser positivas o negativas. Es positiva cuando se pide la declaración de un derecho (reconocimiento de la paternidad) y negativa cuando se pide se declara la inexistencia de una situación jurídica (nulidad de un contrato). La pretensión es **constitutiva** cuando lo que se pide al órgano jurisdiccional es la creación, modificación o extinción de una situación

jurídica. Se pretende, con ellas, que se produzca un estado jurídico que antes no existía (resolución de un contrato). La pretensión es **de condena** cuando se pide al órgano jurisdiccional la imposición de una situación jurídica al sujeto pasivo de la pretensión. Es decir, se hace pesar sobre el sujeto pasivo una obligación y ante el incumplimiento se abre la vía de ejecución.³⁹ Desde el punto de vista del fundamento de la pretensión procesal, esta puede ser *personal, real o mixta*.⁴⁰ La pretensión es personal cuando el fundamento o causa de pedir descansa en la afirmación de un derecho de carácter relativo o de crédito; y es real, cuando se invoca un derecho real o absoluto. La pretensión es mixta, cuando participa de una doble naturaleza (personal y real) (por ejemplo, la que se dirige a que se declare la nulidad de un testamento (personal) de cuya ineficacia ha de resultar la entrega al demandante de determinados bienes real). Desde el punto de vista del momento de su formulación, la pretensión puede ser *originaria o sobrevenida*. Es originaria cuando se formula en la demanda que da inicio a la actividad jurisdiccional y es sobrevenida o reconventional cuando se formula en el curso del proceso, mediante reconvencción.⁴¹

2.4. PLURALIDAD DE PRETENSIONES

Hablamos de pluralidad de pretensiones, cuando existen dos o más pretensiones. Lo ordinario es que un proceso tenga una sola pretensión, sin embargo, nada se opone a que en un proceso existan más de dos. Atendiendo a la forma en que esa pluralidad se puede manifestar en un proceso, la doctrina distingue entre varios tipos de pluralidad de pretensiones. Se habla de *pluralidad simple* cuando en una demanda se formulan varias pretensiones con el fin de que al demandante se le concedan todas simultáneamente.

37 Monroy Cabra, Marco Gerardo, "Principios de Derecho Procesal Civil", 3a. ed., Bogotá-Colombia, 1988, pág. 159. Consideramos que este autor incurre en una imprecisión terminológica que no debería incurrir un procesalista, ni siquiera amparado en la costumbre, pues en lugar de decir pretensiones, dice acciones.

38 Guasp, Derecho Procesal Civil, Ob. Cit., pág. 207 a 210.

39 Guasp, Derecho Procesal Civil, Ob. Cit., pág. 207 a 210.

40 Entre nosotros esta clasificación es muy importante, porque constituye la base sobre la que se establecieron las reglas de la competencia por razón del territorio de los órganos jurisdiccionales civiles.

41 Morón Palomino, Derecho Procesal Civil, Ob. Cit., pág. 208 a 210.

(Por ejemplo, cuando se demanda la resolución de un contrato y el pago de daños y perjuicios). Nos encontramos ante *pluralidad alternativa* cuando el demandante formula dos o más pretensiones, con el fin de que el juez le conceda cualquiera de ellas. (Por ejemplo, el actor pide al Juez que el demandado le devuelva el inmueble o le pague el precio del mismo). También se refiere la doctrina y es muy corriente en la práctica, *la pluralidad eventual o subsidiaria*. En este supuesto, el actor pide al órgano jurisdiccional una pretensión principal y para el caso o eventualidad que la primera sea denegada formula una segunda pretensión. Esta forma de pretender, ha llamado la atención de alguna doctrina, principalmente porque el mismo pretendiente duda de la bondad de su petición principal. Tratándose de la pluralidad subsidiaria o eventual, para conceder la pretensión subsidiaria será indispensable que la principal sea desestimada.

En nuestro Código Procesal Civil, lo relativo a la pluralidad de pretensiones se encuentra regulado en los artículos 123 a 131 y 308. Los numerales 123 y 124 regulan lo relativo a la acumulación inicial de pretensiones. De los artículos 125 a 131, se dispone sobre la acumulación de procesos. El numeral 308 se refiere a la acumulación de pretensiones mediante reconvencción.

2.5. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

La acumulación de pretensiones es un fenómeno procesal que surge como consecuencia de la pluralidad de pretensiones. Consiste en una reunión de dos o más pretensiones con objeto de que sean ventiladas dentro de un solo proceso. Su admisión legal y doctrinal se sustenta en razones de armonía procesal y de economía procesal. Mediante esta figura se pretende evitar decisiones contradictorias y unificar el tratamiento de varias pretensiones entre las que existe

comunidad de elementos para reducir el costo de tiempo, esfuerzo y dinero que supondría ventilarlas por separado. Su justificación fundamental se encuentra en la comunidad de elementos, es decir, cuando dos pretensiones tienen en común alguno o algunos de sus elementos definidores (sujetos, objeto o causa). La causa de la acumulación de pretensiones se encuentra entonces en la *conexión*, es decir, en la identidad de algunos de los elementos de dos o más pretensiones.⁴² Por razón del tiempo en que ésta puede darse, se identifican dos tipos de acumulación de pretensiones; *la inicial* y *la sucesiva*.

2.5.1. ACUMULACIÓN INICIAL

La acumulación es calificada como *inicial* cuando se produce desde el inicio de un proceso. Si la demanda es el acto de iniciación del proceso, lógico es concluir que la acumulación inicial se da en ésta, aunque nada impide que se realice en otro momento procesal, dependiendo del sistema procesal imperante. El numeral 123 establece: *“En una demanda o contrademanda podrán proponerse varias pretensiones, siempre que haya conexión entre ellas, que no se excluyan entre sí, que el procedimiento sea común, y que el juez sea competente para conocer de todas. Si fueren excluyentes podrán acumularse como principales y subsidiarias. También podrán acumularse cuando el único elemento común sea la causa.”*⁴³ En esa norma se establecen una serie de requisitos para la admisión de la acumulación inicial, que será necesario analizar. En primer lugar es necesario que las pretensiones sean conexas. Remitiéndonos al numeral 41 del Código Procesal Civil, debe entenderse que dos pretensiones son conexas cuando dos de los elementos (sujeto, objeto y causa) sean comunes. También existe conexión cuando sólo uno de los elementos de ambas pretensiones sea común, siempre que se trate de la causa. Otro requisito para la

⁴² El artículo 41 del Código Procesal Civil, define la conexión en los siguientes términos: “Son conexas dos o más pretensiones, cuando les sean comunes dos de sus elementos, o uno solo cuando éste sea la causa”.

⁴³ Consideramos que esta referencia a la causa, además de que se puso en lugar inadecuado era innecesaria. La exigencia de conexión que se insertó en la primera parte de la norma era suficiente para entender que procedía la acumulación cuando existiera identidad de causa.

procedencia de la acumulación inicial es que las pretensiones no se excluyan entre sí y debe entenderse que se excluyen entre sí cuando la admisión de una haría improcedente la estimación de la otra.⁴⁴ Sería el caso en que se demande la nulidad de un contrato y además su cumplimiento. La nulidad del contrato haría improcedente exigir su cumplimiento.

El requisito de que el procedimiento sea común, puede decirse que es relativo. Obviamente, no podría acumularse una pretensión ventilable por un proceso de conocimiento, a una que debe seguirse por la vía de ejecución, sin embargo, en algunos casos se ha admitido, que una pretensión propia del proceso abreviado se tramite por la vía del ordinario, porque el segundo ofrece mayores garantías procesales y los efectos de la sentencia de ambos son idénticos. La competencia del juez para conocer de todas las pretensiones acumuladas es indispensable, atendiendo a los fines en que se inspiran las reglas de la competencia.⁴⁵ Así, no sería posible acumular una pretensión penal a una civil, ni una laboral a una civil.

2.5.2. ACUMULACIÓN SOBREVINIENTE O SUCESIVA

La acumulación sucesiva por inserción de pretensiones, se da, cuando a una pretensión hecha valer en un proceso, se añade o se incorpora otra que no ha sido decidida judicialmente. La inserción puede proceder del primitivo demandante, del primitivo demandado o de un tercero. El actor puede acumular en la demanda cuantas pretensiones sean procedentes (art. 123), pero además puede hacerlo en otra oportunidad mediante *ampliación de la demanda* (art. 313), siempre que lo haga antes de que el demandado haya contestado. La inserción puede proceder del primitivo demandado, quien en la contestación a la demanda

puede contrademandar (reconvenir) al actor, introduciendo otra pretensión al proceso. Así lo establece el Código Procesal Civil cuando dispone: Artículo 308. Reconvenición. *“El demandado podrá reconvenir al actor, pero únicamente en el escrito en el que conteste la demanda, y podrá traer al proceso como reconvenido a quien no sea actor, en cuyo caso será aplicable lo dicho en el artículo 106. La demanda y la reconvenición deberán ser conexas en sus objetos, y el escrito de reconvenición deberá reunir los mismos requisitos que el de la demanda. Si fuere defectuoso, el juez prevendrá su corrección dentro de tercero día, con el apercibimiento de tener por no presentada la reconvenición si no lo hiciera.”* Finalmente, la acumulación sucesiva puede provenir de un tercero. Se daría en el supuesto de la *Intervención Principal Excluyente*, regulada en nuestra legislación procesal, mediante la cual se permite que un tercero que pretenda para sí, en todo o en parte la cosa o derecho sobre el que se sigue un proceso entre dos partes, pueda formular una pretensión contra las dos partes del proceso pendiente. (art. 108 del CPC). Es definitivo que por esa vía se permite la introducción por parte de un tercero, de otra pretensión dentro de un proceso en el que ya se ventilaba un objeto.

2.5.3 INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

Los requisitos que establece el legislador para la procedencia de la acumulación de pretensiones, son los parámetros que sirven al juez y a las partes para determinar en que supuestos estamos ante una indebida acumulación de pretensiones. A pesar de que los requisitos están expresamente señalados en la legislación, es inevitable que en ocasiones se formulen demandas con pluralidad de pretensiones indebidamente acumuladas, sea porque éstas no sean

⁴⁴ Es lo que la doctrina denomina incompatibilidad material. Guasp, Derecho Procesal Civil, Ob. Cit., pág. 231.

⁴⁵ La exigencia relativa al procedimiento común y a la competencia del Juez, es lo que la doctrina denomina compatibilidad o incompatibilidad procesal. Guasp, Derecho Procesal Civil, Ob. Cit., pág. 231.

conexas, porque se excluyen entre sí, porque el procedimiento para tramitar una y otra no es común, o porque el juez ante el que se interpuso la demanda es incompetente para tramitar algunas de esas pretensiones. Como la vigilancia de las formas procesales no debe corresponder exclusivamente a las partes, sistemas procesales como el costarricense, permiten que el juez revise la acumulación de pretensiones realizada en la demanda o en la contrademanda. Si se determina que las pretensiones no son susceptibles de acumulación, el Juez ordena a la parte que dentro del plazo de ocho días escoja la de su interés y si no lo hiciere en el plazo dado, el juez ordenará tramitar la que corresponda de acuerdo con las circunstancias (art. 125).⁴⁶ Si antes de admitir la demanda el juez no se percata de la indebida acumulación de pretensiones, queda a la parte demandada alegar el defecto por medio de una excepción procesal (llamada *previa* en nuestra legislación) denominada *excepción de indebida acumulación de pretensiones* (Art. 298). El problema se presentaría si la indebida acumulación de pretensiones se mantiene hasta el final del proceso. En ese caso, nos parece, podría el juez prevenirle a la parte que escoja la de su interés y si no lo hiciere, dictará la sentencia acogiendo la que sea procedente de acuerdo con las circunstancias⁴⁷ o rechazando todas las pretensiones si ninguna encuentra amparo legal.

2.5.4 ACUMULACIÓN DE PROCESOS

Denominada en la doctrina como *acumulación sucesiva por reunión* de pretensiones,⁴⁸ se entiende que estamos ante una acumulación de procesos cuando dos o más procesos pendientes pasan a sustanciarse en un sólo procedimiento para ser resueltos

en una misma sentencia. Por este medio se produce una acumulación de pretensiones y su fundamento está en la economía procesal y en la necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios sobre pretensiones conexas. La acumulación de procesos, por el momento en que surge la necesidad de la acumulación, presenta mayores inconvenientes que la acumulación inicial de pretensiones y es por ello por lo que la mayoría de las legislaciones regulan esta forma de acumulación con bastante rigor. En definitiva, se trata de un procedimiento que de no regularse adecuadamente podría traer efectos perniciosos en la celeridad del proceso y en la misma economía procesal, cual sucedería si se permitiera que estando listo un proceso para sentencia, se permitiera la acumulación de otro proceso que apenas inicia.⁴⁹

De acuerdo a nuestra legislación (art. 125) son acumulables dos o más procesos cuando haya identidad de elementos en las pretensiones, es decir, se trate de las mismas partes, el mismo objeto y la misma causa.

En este caso, es evidente la procedencia de la acumulación, dado que se trata de pretensiones iguales. También procede la acumulación de procesos cuando exista *conexión*, es decir, cuando dos de los elementos sean comunes (sujetos y objeto) o cuando sólo uno de los elementos sea común, siempre que éste sea la causa (Art. 41) Así, son acumulables dos procesos en que las partes sean diferentes, el objeto sea diferente, pero la causa de ambos sea idéntica. Prohíbe el Código Procesal Civil (Art. 126) la acumulación de procesos ejecutivos con renuncia de trámites, cuando sólo se persigan los bienes hipotecados o pignoralos.⁵⁰ Según se dice en las explicaciones y concordancias al Código Procesal Civil, lo que se pretende con esta norma es evitar demoras injustificadas

46 Cuando la norma dice de acuerdo a las circunstancias debe entenderse que el Juez debe ponderar cuidadosamente el interés fundamental del proceso, para lo cual deberá analizar los fundamentos de la demanda. No dice la norma, si el juez puede rechazar la demanda si de acuerdo con las circunstancias ésta se convierte en improponible como consecuencia de la desacumulación.

47 Entre esas circunstancias habría que tomar en consideración de entre las pretensiones formuladas, cual es la principal.

48 Guasp, Derecho Procesal Civil, Ob. Cit., pág.236.

49 ¿Que pasaría si, por error al resolver sobre la acumulación de procesos, se da una indebida acumulación de pretensiones? Tal parece que en criterio del legislador, al promulgar el Código Procesal Civil, no es procedente la desacumulación de pretensiones como consecuencia de una indebida acumulación de procesos. Se dice en las explicaciones y concordancias, que la desacumulación no está prevista en este caso porque ya ha mediado una meditación suficiente que ha concluido en determinar la acumulación.

50 Esta norma tiene su antecedente en el artículo 166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881.

en la tramitación de procesos prendarios e hipotecarios. Tratándose de procesos de ejecución pura, no existe fase de conocimiento. Desde esa perspectiva, no es posible la acumulación de procesos que se hayan iniciado por separado, porque la acumulación de procesos sólo es posible pedirla y decretarla en la fase de conocimiento.

Desde el punto de vista práctico, aceptar una acumulación de procesos de esta naturaleza, implicaría un innecesario y perjudicial atraso en el procedimiento, cuando precisamente lo que se persigue con la renuncia de trámites es evitar atrasos. Sí sería procedente—dicen las explicaciones— acumular ejecuciones prendarias entre sí o hipotecarias entre sí, porque al dictarse la resolución inicial se tomarían en cuenta todas las pretensiones.

La norma no es clara; con un complicado juego de palabras, lo que dice es que sí sería procedente la acumulación de procesos ejecutivos en los que no existe renuncia de trámites, siempre y cuando se cumplan los requisitos para ello.

Para la procedencia de la acumulación de procesos es necesario que se cumplan algunos presupuestos relacionados con el estado del procedimiento en ambos procesos. En primer lugar, es necesario que el juez sea competente para conocer de todas las pretensiones acumuladas y, además, que el procedimiento sea común. Así, no sería procedente acumular un proceso laboral a uno civil, como tampoco sería admisible la unión de un proceso ordinario con un sumario. En el primer caso se opone la competencia; en el segundo, la diversidad del procedimiento.⁵¹

La acumulación de procesos puede decretarse de oficio por el Juez, dice el artículo

127 al final. Posteriormente el artículo 130 dispone, que si los procesos penden ante el mismo juez, éste resolverá de plano, incluso de oficio. Seguidamente dice el artículo 130 citado, que si los procesos se tramitan ante jueces distintos, la petición debe hacerse en legajo separado y el solicitante debe presentar certificación del otro expediente. La forma en que se encuentran redactadas esas normas, ha dado lugar a que se diga que si los procesos se tramitan ante jueces diferentes, no es posible que se decrete de oficio la acumulación.⁵² Nosotros no compartimos esa interpretación. Por el hecho de que los procesos se tramiten ante jueces distintos no desaparece el fin esencial de la acumulación de procesos, es decir, evitar sentencias contradictorias sobre pretensiones conexas y en ello existe un interés público que debe asistir el criterio de los jueces. Tal parece que el legislador hizo esa diferencia por razones de comodidad, no para eliminar la posibilidad de la acumulación de oficio por la circunstancia impositiva a que se ha hecho referencia. Se dice en las explicaciones: *“Es obvio que el decreto de oficio de la acumulación de procesos puede tener dificultad cuando los procesos penden ante jueces distintos, lo cual es absolutamente posible y sencillo cuando penden ante el mismo juez. Por esta razón se ha dejado la norma con carácter facultativo, pues puede haber casos en que sea posible decretarla a pesar de encontrarse los procesos tramitándose ante jueces distintos.”*

En cuanto al momento en que es posible ordenar la acumulación de procesos, esta sólo es procedente en primera instancia y antes de que los procesos queden listos para dictar sentencia. La norma (127), se refiere a *“los procesos”* y aquí surge una interrogante ¿es necesario que los dos procesos estén listos para dictar sentencia o basta con que

⁵¹ Se ha querido minimizar la importancia de la diversidad del procedimiento. En esa tesitura, se diría que si una pretensión debía tramitarse por el procedimiento sumario y se tramitó por el abreviado ningún perjuicio se causó porque el abreviado ofrece mayores garantías. En nuestro criterio, esa tesis no sería admisible. Basta para ello tomar nota que los efectos de la sentencia de un proceso sumario, no son los mismos que los de un abreviado. En una oportunidad se dijo: “Es procedente la acumulación de una pretensión propia del proceso abreviado con otra que debe tramitarse en la vía ordinaria, pues los procedimientos de ambos no son sustancialmente diferentes y lo que los diferencia es una reducción de plazos. No. 74-92 del Tribunal Segundo Civil, Sección Primera.

⁵² Así lo dispuso el Tribunal Segundo Civil Sección Primera en resolución número 278-94 y en ese mismo sentido se pronunció la Sala Segunda Civil de la Corte Suprema de Justicia en resolución número 114-92.

sólo uno de ellos esté en esa condición para que la acumulación sea improcedente? En nuestro criterio, de acuerdo a la forma en que se encuentra redactada la norma, para que la acumulación sea improcedente, basta con que uno de los procesos se encuentre listo para sentencia. Tal parece que con esa disposición se pretendió evitar que un proceso ya tramitado en su totalidad, se atrasara como consecuencia de una acumulación solicitada a esas alturas. Esa es la única explicación que se nos ocurre para ese precepto, porque si dos procesos se encuentran listos para dictar sentencia y existe conexión entre las pretensiones, parece saludable que se acumulen y se resuelvan en una sola sentencia, evitando así fallos contradictorios. Nada dice al respecto el Código.

Tratándose de procesos ordinarios y abreviados se establece una regla especial. Dice el artículo 127, que en este tipo de procesos, la acumulación sólo se decretará después de resueltas las excepciones previas o transcurrido el plazo para oponerlas. No cabe duda que en esa condición se deben encontrar ambos procesos. Si en uno de ellos no se han resuelto las excepciones previas o no ha transcurrido el plazo para oponerlas, la solicitud de acumulación es inadmisibles e improcedente. Razones lógicas sustentan esta disposición. Un proceso, sea este ordinario o de cualquier tipo, por eso no se entiende la especialidad de la norma, está expuesto a desaparecer si se acoge alguna excepción previa (caducidad, prescripción, litis pendencia, cosa juzgada). Así, a nada conduciría realizar el trámite de acumulación de dos o más procesos y que posteriormente uno de ellos desaparezca como consecuencia de la estimación de una excepción previa. En ese entendido, la norma es saludable.

En los artículos 128 a 131 se regula el procedimiento a seguir ante una solicitud de acumulación de procesos. Debe destacarse, por la importancia que tiene para el procedimiento, que la solicitud de acumulación de procesos tiene como efecto la suspensión

de los procesos que se pretenden acumular. El trámite a seguir es el incidental y el competente para conocer de la acumulación y de los procesos acumulados es el juez que tramite el proceso más antiguo, antigüedad que se determina por la fecha de la resolución que cursa cada una de las demandas. Si se trata de juez de diferente jerarquía conoce el de mayor rango. Si se ordena la acumulación de dos procesos que están en etapas diferentes, el más adelantado debe mantenerse suspendido, hasta que ambos estén en el mismo momento procesal.

2.5.5. ACUMULACIÓN DE PROCESOS, LITIS PENDENCIA Y COSA JUZGADA

Atendiendo a nuestra legislación, al referirnos al tema de la acumulación de procesos, es insoslayable hacer referencia a la relación que existe entre este instituto procesal y lo que se denomina litis pendencia y cosa juzgada. Nuestro Código Procesal Civil regula las excepciones de litis pendencia (pleito pendiente) y de cosa juzgada, con el fin de evitar que sobre un conflicto de interés idéntico se dicten sentencias contradictorias. Para la procedencia de una excepción de litis pendencia o de cosa juzgada es necesaria la identidad de elementos (los mismos sujetos, el mismo objeto y la misma causa). Aquí no se admite la simple conexión que establece el numeral 41 del Código Procesal Civil. La excepción de litis pendencia (298) debe alegarse en los primeros días del emplazamiento en los procesos ordinarios y abreviados y en la contestación a la demanda en los demás procesos de conocimiento. Si teniendo conocimiento la parte demandada que en el Juzgado Primero Civil se tramita un proceso idéntico al que se tramita en su contra en el Juzgado Tercero Civil, no alega la excepción de litis pendencia en plazo establecido para ello, le queda otra posibilidad para evitar que se dicten sentencias contradictorias. Esta posibilidad es pedir acumulación de procesos, porque para hacer esta gestión tiene toda la primera instancia hasta antes de que uno de los procesos quede

listo para dictar sentencia. En relación con la excepción de cosa juzgada, de acuerdo a nuestra normativa, ésta puede alegarse como excepción previa en los primeros días del emplazamiento en los ordinarios y abreviados (art.298) o puede alegarla como excepción de fondo, hasta antes de que se dicte sentencia de segunda instancia. En todo caso, será necesario que exista identidad de elementos y que en uno de los procesos ya se haya dictado sentencia firme. Nos preguntamos: ¿si ambos procesos están listos para dictar sentencia cual es la solución que da el legislador para evitar sentencias contradictorias? Véase que aquí no se puede alegar cosa juzgada porque en ninguno de los procesos se ha dictado sentencia. Tampoco se puede alegar

litis pendencia porque el plazo para alegar esa excepción ya pasó. El único camino sería la acumulación de procesos, sin embargo, el legislador expresamente denegó esa posibilidad en el artículo 127 párrafo primero al decir: *“La acumulación de procesos sólo es procedente en primera instancia y antes de que queden listos para dictar sentencia”*.

Nos parece que no todo está perdido. Queda la posibilidad de esperar a que en uno de los procesos se dicte sentencia definitiva, para alegar la excepción de cosa juzgada en el otro. El problema sería, que en ambos la sentencia de segunda instancia se dicte simultáneamente, en cuyo caso el peligro de sentencias contradictorias sería inminente.⁵³

⁵³ Desde nuestro punto de vista, cabe una última posibilidad. Recurrir a lo que la doctrina moderna conoce como prejudicialidad civil-civil, sin embargo, no es ese el tema de nuestro estudio en este momento.

REPRODUCCIÓN ASISTIDA: EL CASO DE COSTA RICA¹

Licda. Gina María Acuña Solórzano

Mediante resolución 2000-02306², el 15 de marzo del 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en acción de inconstitucionalidad promovida por Hermes Navarro Del Valle³ declara inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, publicado en *La Gaceta* N° 45 del 3 de marzo de 1995, que fuese Reglamento de regulación de las técnicas de Reproducción Asistida, incluida la fecundación *in vitro* ⁴.

En las reflexiones plasmadas en la citada resolución de los magistrados constitucionales costarricenses, sirve como fundamento a la consideración de inconstitucionalidad por la forma, de la totalidad del mencionado decreto, ante la violación del principio de reserva legal, el hecho que al dictar el Poder Ejecutivo el Reglamento en cuestión, regula y/o restringe un derecho fundamental, cual es el derecho a la vida y dignidad del ser humano, atribución reservada constitucionalmente al Poder Legislativo a través de la emisión de ley formal.

A criterio de la Sala a partir de la concepción inicia la vida, y como consecuencia la tutela constitucional de los aludidos derechos a la vida y dignidad del ser humano; es decir que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento de la fecundación, ya que cuando el espermatozoide fecunda el óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. En cuanto ha sido concebida una persona se está ante un ser vivo, la célula contiene ya los elementos que le permitirán evolucionar para llegar a ser un individuo, pues la información necesaria y suficiente para definir las particularidades de un ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés del óvulo.

El órgano constitucional toma en consideración, que la técnica de fecundación *in vitro* y transferencia de embriones en el decreto, violenta el derecho a la vida y dignidad del ser humano, pues no obstante prohíba, que los huevos fertilizados que no se implantan

1 Gina María Acuña Solórzano es licenciada de la Universidad de Costa Rica y doctoranda de la Università degli Studi di Roma «Tor Vergata», noviembre de 2005.

2 Sala Constitucional, Resolución 2000-02306, Expediente de la Corte Suprema de Justicia 95-001734-0007-CO.

3 El abogado Hermes Navarro del Valle -en ese entonces- miembro de una Comisión asesora de la Conferencia Episcopal.

4 Reglamento para las técnicas de Reproducción Asistida (<http://www.bioetica.org/crreprod.htm>). Autorizaba dicho Reglamento, la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges (art.1), entendidas tales como las técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa en las células germinales a nivel de laboratorio (art.2); siendo posible recurrir a las mismas como último procedimiento médico terapéutico para concebir (art.4 a) ii). Se permitía la utilización de células germinales -óvulo o espermatozoide- provenientes de una tercera persona donante, previa solicitud al presidente del Comité del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, como último recurso médico terapéutico cuando la pareja conyugal, por medio de otras técnicas homólogas, no pudiera concebir (arts. 5 y 6 a) iii)), la autorización al donante de células germinales se podía realizar por una única vez, contando el Comité de Reproducción en Seres Humanos del mencionado Colegio, con un Registro de donantes y por tanto de personas imposibilitadas para donar nuevamente (art.7).

En cuanto a la fecundación *in vitro*, era prohibida la fertilización de más de seis óvulos por ciclo de tratamiento, óvulos todos que deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente; absolutamente prohibido también lo era el desechar o eliminar embriones, o preservarlos para su transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes; así como las maniobras de manipulación del código genético del embrión y cualquier forma de experimentación sobre el mismo. Igualmente se prohibía comerciar con las células germinales para ser destinadas en técnicas de reproducción asistida, sean éstas homólogas o heterólogas (arts. 9,10,11 y 12). En caso de violación de dichas disposiciones el Ministerio de Salud contaba con autoridad para cancelar el permiso sanitario de funcionamiento y acreditación otorgado al establecimiento, y en presencia de la infracción se remitía el asunto al Ministerio Público y Colegio Profesional para establecer las sanciones correspondientes (art.13).

en el útero de la mujer sean desechados o mantenidos en congelador para su uso futuro, ello se efectúa en la práctica⁵.

Posición conforme a las normas de Derecho Internacional vigentes en Costa Rica (art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 1, 2, 3 y 4.1⁶ del Pacto de San José; art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷; art. 6 de la Convención sobre Derechos del Niño⁸ y art. 21 de la Constitución Política)⁹, reflejo de la cual la legislación costarricense plasma el art. 31 del Código de la Niñez y Adolescencia, imponiendo la obligación de proteger el embrión contra los abusos a que pueda ser sometido en un laboratorio, especialmente del más grave de ellos, el capaz de acabar con la existencia.

La Sala circunscribe el análisis de la cuestión, a la técnica de fecundación *in vitro* en relación con el derecho a la vida y la dignidad del ser humano, omitiendo pronunciamiento alguno sobre los problemas atribuidos a tal técnica. Concluye que cuando el objeto de la manipulación técnica es el ser humano, como ocurre en la fecundación *in vitro* y transferencia de embriones, el análisis debe superar el plano de lo técnicamente correcto o efectivo. Debe prevalecer el criterio ético que inspira los instrumentos de Derechos Humanos suscritos por

Costa Rica: el ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no en razón de otra cosa. Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de Derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraria permitiría admitir que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e, incluso, desechado.

La objeción principal de la Sala consiste en que la aplicación de la técnica de fecundación *in vitro* y transferencia de embriones, en la forma en que se desarrolla actualmente, importa una elevada pérdida de embriones, atenta contra la vida y la dignidad del ser humano. Considera inconsistentes las justificaciones basadas en objetivos tales como el logro de un ser humano o dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría procrear; lo esencial radica en que los embriones, cuya vida se procura primero y luego se frustra, son seres humanos, y el ordenamiento constitucional costarricense no admite ninguna distinción entre ellos.

Toma también en examen la Sala Constitucional, los vertiginosos avances de la ciencia y biotecnología y considera que la técnica podría ser mejorada, de manera que los reparos indicados desaparezcan; sin embargo, las condiciones en las que se aplica en la actualidad, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos

5 En la técnica de Fecundación *in vitro* y transferencia de embriones, opina la Sala Constitucional en su considerando IV, «...primero, se recogen los gametos masculino o femenino, para lo que existen diversos métodos. Una vez conseguido esto, el o los óvulos se trasladan a un recipiente especial que actúa como incubadora, con un medio de cultivo similar al ambiente natural del ovario. En todos los sistemas, incluyendo el autorizado por el decreto que se cuestiona, se dan dos fenómenos: se excita artificialmente la producción de varios óvulos por la mujer y la fertilización se produce en un alto porcentaje de los óvulos. Fecundado el óvulo, el embrión se transfiere a un medio de cultivo para que inicie su división mitótica o desarrollo embrional. La transferencia del embrión se puede hacer por dos vías: transcervical y transcutánea. Finalizada la operación, la paciente permanece en el hospital un día y durante tres o cuatro días limita su actividad. A las dos semanas se realizan análisis de la concentración plasmática de la fracción beta de la HCG, con el fin de hacer un diagnóstico precoz de embarazo. Esta es la etapa más difícil del proceso y en la que se origina la mayoría de los fracasos, por ello los equipos médicos acostumbran transferir de tres a cuatro embriones al útero, siendo lo más generalizado no implantar más de cuatro por el riesgo de embarazo múltiple. Por lo general –aunque el Decreto lo prohíba– los huevos fertilizados que no se implantan en el útero de la mujer son desechados o mantenidos en congelación para su utilización futura.»

6 Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969 (<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos2.htm>), que establece: «Art. 4.1. Derecho a la vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.» (El subrayado es nuestro)

7 FELDMAN G.E., El Pacto de San José de Costa Rica, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2002, 23. Debe resaltarse que hay una diferencia entre el primer inciso del art. 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, que estatuye: «1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente». Resulta evidente que el Pacto de San José es más avanzado ya que protege la vida desde el momento de la concepción, lo cual puede crear dificultades para los Estados que permiten el aborto en ciertas circunstancias. Pero es evidente que el derecho a la vida comienza en la fecundación del óvulo, instante éste en que aparece un nuevo ser de la especie con vida propia, aunque dependiente. El derecho a nacer es una especie peculiar del derecho a la vida, por lo cual la mayoría de los Estados tipifican como delito penal el aborto. Existe derecho a la vida y no sobre la vida, por cuanto la persona es sujeto pero no objeto de Derecho. Casi todas las legislaciones, partiendo del supuesto de que la vida comienza en la concepción, le han otorgado derechos al nasciturus de conformidad con el principio *infans conceptus pro nato habetur, quoties de connodis ejus agitur*.

8 La Convención sobre Derechos del Niño se encuentra disponible en: <http://www.unicef.org/spanish/crc/crc.htm>

9 Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949: «Art.21.- La vida humana es inviolable.» Cuyo texto se ubica en: <http://www.asamblea.go.cr/proyectoconstituconst2.htm>

–voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta– viola el derecho a la vida, por lo que no siendo la técnica acorde con el Derecho de la Constitución, el Reglamento cuestionado es inconstitucional en virtud de la infracción al art. 21 de la Constitución Política y al art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Contraviniendo la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresamente constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal, es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente a la vida humana¹⁰.

Al tutelar la vida humana desde la concepción, la Sala Constitucional confirma las bases romanistas que inspiran la

interpretación de la normativa constitucional costarricense en el tema que nos ocupa; pues en la jurisprudencia romana clásica¹¹ son dos los principios formulados en materia¹², que parten de las Leyes Regias y de las XII Tablas pero se desarrollan en el Edicto del pretor y en la jurisprudencia clásica, el primero (Digesto 1,5,26) según el cual «los concebidos existen» (*Qui in utero sunt...*)¹³. Será con el cristianismo que el principio de la jurisprudencia romana según el cual el concebido ya existe como persona humana¹⁴, se transforma en una de las bases universales de los derechos inviolables del hombre: el derecho a la vida; vértice alrededor del cual giran los razonamientos de los magistrados constitucionales costarricenses en la resolución analizada.

Mientras que el segundo principio romano consiste en considerar «el concebido como si hubiese nacido (*in rerum humanis esse*) para todo lo que lo beneficie (*commodum*)»

10 Salvaron el voto los magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda, considerando que la técnica de fecundación in vitro, en los términos en que se regula en el Decreto Ejecutivo No.24029-S, no es incompatible con el derecho a la vida y la dignidad humana, sino que constituye un instrumento que la ciencia y la técnica han concedido al ser humano para favorecerlo, ya que la infertilidad, debe ser vista como la consecuencia de un estado genuino de enfermedad, por lo que debe ser atendida dentro de este contexto, a los efectos preventivos, diagnósticos y terapéuticos. Las técnicas de Reproducción Asistida, se ofrecen como medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, que aunque no está expresamente reconocido en nuestra Constitución Política, se deriva del derecho a la libertad y autodeterminación, el derecho a la intimidad personal y familiar y la libertad para fundar una familia, valores protegidos por nuestro Estado Democrático de Derecho. Consideran que el derecho a la reproducción involucra, el propio derecho a la vida, no en su dimensión individual, sino en una colectiva: el derecho a contribuir a la preservación y continuidad de la especie humana. Tampoco comparten la declaración de inconstitucional del Decreto en lo relativo a la infracción al principio de reserva legal, ya que la titularidad de estos derechos autoriza su ejercicio sin necesidad de que exista una regulación permisiva.

11 Sobre el nasciturus en la doctrina romanista véase: ARCHI G.G., voz *Concepimento-Diritto romano*, en ED, VIII, Milán, 1961, 354 ss.; BALESTRIFUMAGALLI M., 'Spes vitae', en SDHI 49, 1983, 332 ss.; BARTOSEK M., La spes en droit romain, en RIDA, 2, 1949, 19-64; CRIFÓ G., Diritti della personalità e diritto romano cristiano, en BIDR 64, 1961, 33-59; GANDOLFI G., Nascituro-Storia, en ED XVII, Milán, Giuffrè, 1977, 530ss.; LANFRANCHI F., Nascituri-Diritto romano, en Novissimo digesto italiano, XI, Turín, 1965, 13 ss.; LA PIRA G., La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano, Florencia, 1930; SERRA A., Fondamenti biologici del diritto alla vita del neoconcepito, en IUS 22, 1975; MASCHI C.A., Il concepito e il procurato aborto nell'esperienza antica, en IUS, 22, 1975, 383-394; WATSON A., Rome of the XII tables, Persons and property, New Jersey, Princeton University press, 1975. Mientras que bibliografía más reciente se puede ubicar en: AULETTA T., La problematica giuridica della diagnosi prenatale, en Medicina e morale, 1987, fasc. 5, 837-855; BACCARI M.P., Concetti ulpianei per il "diritto di famiglia", Turín, Giappichelli, 2000; BANCHIO E.C., Status jurídico del nasciturus en la procreación asistida, en La Ley, LV, 63, Buenos Aires, 2 abril de 1991; BRETONE M., La persona e la cosa, en Labeo, 44, 1998, 459 ss.; CATALANO P., Diritto e persone, I, Turín, Giappichelli, reimpression 1996; Id., Il concepito "soggetto di diritto" secondo il sistema giuridico romano (bozza non corretta), Università di Roma «La Sapienza», (<http://www.comitatocienziaevita.it/documenti/catalano.pdf>); Id., Il diritto romano? Riconosceva una tutela al nascituro, en Avvenire, 1° de febrero de 2005 (<http://www.db.avvenire.it/avvenire/moduli/approfondimento/index1.jsp?idNotizia=18121>); Id., Il populus romanus e il "problema delle persone giuridiche", en La persona giuridica collegiale in diritto romano e canonico, Roma, 1990, 9 ss.; FERNÁNDEZ SÉSAREGO C., Derecho de las personas, Lima, 1986; GÓMEZ-IGLESIAS CASAL A., 'Nasciturus' ed 'status' jurídico del concebido, en Seminarios complutenses de derecho romano, 9-10, 1997-1998, 281 ss.; GUZMÁN BRITO A., Los orígenes de la noción de sujeto de derecho, en Revista de estudios histórico-jurídicos, 24, Universidad Católica de Valparaíso, 2002; OPPO G., Declino del soggetto e ascesa della persona, en Rivista di diritto civile, 48, 6, noviembre-diciembre de 2002; ORDOQUI G., Daños y perjuicios causados al concebido aún no nacido (En la jurisprudencia), Montevideo, 1984; RABELLO A.M., Lo status giuridico del nascituro e il problema dell'aborto in diritto ebraico, en La condition des enfants à naître dans les systèmes juridiques de la Méditerranée, bajo la dirección de P. Catalano, Paris, 2002, 11 ss.; SERRA A., Note in tema di persona giuridica e soggettività, en La persona en el sistema jurídico latinoamericano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, 307 ss.; SERRA A., L'uomo-embrione. Il grande misconosciuto, Siena, Cantagalli, 2003; SERRA A., Dal pre-embrione al prezigote, en Medicina e morale. Rivista di bioetica e deontologia medica, 2, 2003, 221 ss.; TARANTINO A. (bajo la coordinación de), Culture giuridiche e diritti del nascituro, Milán, 1997.

12 Algunas fuentes jurídicas romanas relativas al tema son: Digesto 1,5,5,2; D.1,5,7; D.1,5,26; D.5,1,76; D.5,4,3; D.25,4,1,1 que constituye una excepción a D.1,5,26 mas no viola el principio según el cual el concebido se considera como nacido en D. 1,5,7; D.35,2,9,1 que también constituye una excepción al principio reportado en D.1,5,26, pero no viola el otro principio de D.1,5,7; D.37,9,1,8; D.37,9,1,15; D.37,9,1,19; D.37,9,5 que es el caso del curator ventris; D.38,7,5,1; D.40,7,2 pr.; D.48,8,8; D.50,16,153; D.50,16,164 pr.; D.50,16,231. Suministra numerosa referencia bibliográfica relacionada con las fuentes citadas: CATALANO P.A., Il concepito "soggetto di diritto" secondo il sistema giuridico romano cit.

13 BACCARI M.P., 7 note per la vita, en trimestral Acton Focus, 6, Roma, Istituto Acton, 2005 (<http://www.acton.org/ital/publicat/notes/n06/article3.html>); CATALANO P.A., Il concepito "soggetto di diritto" secondo il sistema giuridico romano cit. Se considera que el concebido tiene una vida autónoma respecto a la madre, aserveración con origen en una ley regia (753-510 a.C.) que prohíbe sepultar la mujer embarazada antes que le sea extraído el partus (nasciturus), pues quien está en el vientre existe realmente en el momento de la muerte de la madre.

14 LA PIRA G., El sentiero di Isaia, Florencia, 1978, 661 ss. citado por CATALANO P., Persona y familia en la perspectiva del bloque jurídico romano-indígena, en VII Encuentro Nacional de profesores de Derecho romano, Morelia, 15-17 de agosto de 2001, 8.

(Digesto 1,5,7)¹⁵; principio¹⁶ que la legislación costarricense¹⁷ incorpora a través del Código Civil en su art. 31 al disponer: «La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento...»¹⁸; del Código de Familia en sus arts. 83 y 94, el primero al referirse a la filiación de los hijos habidos por los mismos padres antes del matrimonio otorga los efectos de dicha calidad desde el día de la concepción, mientras el segundo permite investigar la paternidad del hijo por nacer¹⁹; del Código de la Niñez y Adolescencia²⁰ en su art. 2 al considerar niño a toda persona desde la concepción²¹.

El 19 de enero del 2001, el Dr. Gerardo Trejos presenta una denuncia ante la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos, a nombre de Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros contra la República de Costa Rica, alegando responsabilidad internacional del Estado costarricense en propósito de la resolución 2000-02306 de la Sala Constitucional antes mencionada.

Dicha petición es admitida por la Comisión Interamericana el 11 de marzo del 2004 en la ciudad de Washington, D.C., en razón de la posible violación de la obligación de no discriminación, el derecho a la salud y el derecho a la constitución y protección de la familia. Con esta base la Comisión, ordenó proceder al análisis de fondo de la petición No.12.361²² en cuanto a las supuestas violaciones de derechos protegidos en los artículos 1, 2, 11, 17 y 24²³

15 CASTÁN VÁZQUEZ J.M., La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida (del derecho justinianeo a los códigos civiles), Madrid, 1994; CATALANO P.A., Il concetto "soggetto di diritto" secondo il sistema giuridico romano cit.; Id., Osservazioni sulla 'persona' dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas), en *Rassegna di diritto civile*, 1988, 1, 45-65. La figura del curator ventris fue creada para tutelar qui in utero est (título XXXVII del Digesto), de manera que al concebido y no a la madre se deben los alimentos, y en la familia romana, los 'puestos' de los herederos (sui) se reservan a los hijos concebidos en igual medida que a los nacidos. Incluso, es opinión de Ulpiano y Justiniano (Digesto y Codex), que el pretor deba favorecer quien está en el vientre materno por el bien social de la comunidad (res publicae) conforme a D.37,9,1,15.

16 CATALANO P.A., Il concetto "soggetto di diritto" secondo il sistema giuridico romano cit. Los juristas romanos utilizaron una terminología concreta y simple (qui in utero est, partus, venter), no meras abstracciones conceptuales como derecho subjetivo, capacidad jurídica, sujeto de derecho; conceptos complejos que se alejan inevitablemente de las cosas humanas. Conceptos que –continúa diciendo el prof. Catalano– son positivistas, estatistas y fruto de abstracciones, por tanto antirromanas; mientras que se mantienen fieles al principio romano los Códigos civiles de Argentina, que incluso prevé un tutor para los embriones congelados, Paraguay, Perú, Brasil, y en el pasado los Códigos civiles del Imperio austriaco, e implícitamente el Código civil francés de 1804, el de la República Popular húngara, el japonés y el cubano de 1987 tienden a la tutela del nasciturus. Respecto a dichos conceptos y el derecho de derecho latinoamericano se recomienda FERNÁNDEZ SESSARIEGO C., Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: Un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI, en Revista electrónica de derechos existenciales Persona, 24, diciembre de 2003 (<http://www.infobaeprofesional.com/adjuntos/documentos/08/0000890.pdf>); SAPENA J., Fecundación Artificial y Derecho, Asunción, Intercontinental Editora, 1998.

17 CALDERÓN GONZÁLEZ U., El Derecho a la Vida: una concepción constitucional jurisprudencial incompleta en los albores del siglo XXI, San José, UNED, tesis para optar por el grado de Master en Derecho constitucional, 2003 (<http://www.uned.ac.cr/SEP/recursos/investigaciones/documentos/Derechovida.pdf>); PÉREZ VARGAS V., Derecho Privado, San José, Litografía e Imprenta LIL S.A., 1994, 21 y 49.

18 El Código Civil de Costa Rica se localiza en: <http://www.costaricalaw.com/legalnet/civcode.html>. Un panorama general de la tendencia codicística latinoamericana en consideración al inicio de la vida puede observarse en los artículos 70 del Código Civil argentino, 2 del Código Civil de Brasil, 1 del Código Civil del Perú, 90 del Código Civil colombiano, 74 del Código Civil de Chile, 1, II del Código Civil boliviano, 1 del Código Civil guatemalteco, 17 del Código Civil venezolano, 22 del Código Civil mexicano, 11 del Código Civil de Nicaragua, 25 del Código Civil cubano y 28 del Código Civil ecuatoriano. Mientras que, la influencia del Derecho romano en los sistemas jurídicos contemporáneos y específicamente en el sistema jurídico latinoamericano se ilustra en BUSNELLI F., Bioética e diritto privato, Turín, 2001; Id., L'inzio della vita umana, en *Rivista di diritto civile*, 4, I, 50, 533-568; Id., Persona e Sistema in Pontes de Miranda, en *Scienza Giuridica e Scienze Sociali in Brasile: Pontes de Miranda, Roma e America*, Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, 2, Pádua, Cedam, 1989, 53 ss.; Id., Persona umana e responsabilità civile nel nuovo Codice brasiliano, en *Roma e America. Diritto romano comune*, 1, Modena, Mucchi, 1996, 137 ss.; Id., Persona e Sistemi giuridici contemporanei, en *Roma e America. Diritto romano comune*, 16, Modena, Mucchi, 2003, 65 ss.; CASTÁN VÁZQUEZ J.M., La patria potestad en el Código civil de Vélez Sarsfield, en *Dalmacio Vélez Sarsfield e il Diritto Latinoamericano, Roma e America*, Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, 5, Pádua, Cedam, 1991, 309 ss.; Id., La tradición Ibérica en la defensa de la vida humana, en *La Familia: dono e impegno speranza dell'umanità*, Actos del Congreso internacional, Río de Janeiro, 1-3 octubre de 1997, Vaticano, 1998, Libreria Editrice Vaticana, 285-490; CATALANO P.A., Los concebidos entre el derecho romano y el derecho latinoamericano (a propósito del art.1 del Código civil peruano de 1984), en AA.VV., El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano, Lima, 1986, 229-234; CHINELATO E ALMEIDA SILMARIA J.A., Bioética e direitos de personalidade do nascituro, en *Revista Scientia Iuris*, 7/8, 2003-2004, 87; CORREA DE OLIVEIRA J. L. A., Teoria das pessoas no Esboço de Teixeira de Freitas, Superação e Permanência, en Augusto Teixeira de Freitas e el Diritto Latinoamericano, Roma e America, Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, 1, Pádua, Cedam, 1988, 347 ss.; EICHLER H., Classificação das pessoas na teoria de Freitas e na terminología do Código civil de la República Argentina, en Augusto Teixeira de Freitas e el Diritto Latinoamericano, Roma e America, Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, 1, Pádua, Cedam, 1988, 371 ss.; FERNÁNDEZ SESSARIEGO C., El derecho de las personas en los Códigos civiles de Argentina (1869) y Perú (1984) y la Unidad de Sistema Jurídico Latinoamericano, en *Dalmacio Vélez Sarsfield e il Diritto Latinoamericano, Roma e America*, Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, 5, Pádua, Cedam, 1991, 253 ss.; GAYOSSO y NAVARRETE M. (en la Secretaría), Persona: naturaleza original del concepto en los derechos romano y náhuatl, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1992; LEVAGGI A., Fuentes de la Sección "De las Personas en general" del Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield. Influencia de ella en el Código Civil Uruguayo, en *Dalmacio Vélez Sarsfield e il Diritto Latinoamericano, Roma e America*, Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, 5, Pádua, Cedam, 1991, 227 ss.; PÉREZ VARGAS V., Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona, en *El Derecho de familia y los nuevos paradigmas*, II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2000, 250.

19 Código de Familia, Ley No.5476 del 5 de febrero de 1974 y sus reformas. Será el párrafo tercero del art.72, por razones de pluralidad, que tutela asimismo los hijos nacidos mediante la inseminación artificial, por lo que en tema de paternidad dispone: «...La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivale a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades.»

20 Para revisar el texto del Código de la Niñez y Adolescencia véase <http://www.paniamor.or.cr/codigo/codigo.shtml>.

21 Ley No.5476 de 21 de diciembre de 1973 y sus reformas, publicada en La Gaceta N° 24 del 5 de febrero de 1974.

22 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Petición No.12.361, Informe N° 25/04, Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros contra el Estado de Costa Rica (<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/CostaRica.12361.htm>)

23 El art. 44 de la Convención Americana y el art. 23 de su Reglamento constituyen fundamento de admisibilidad en cuanto a la legitimación activa de los peticionarios, pues otorgan amplias facultades a cualquier persona o grupo de personas, para presentar denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando se presume que existan violaciones de la Convención Americana. Se admite la denuncia, por tanto, en cuanto a las personas físicas, todos pacientes de los doctores Escalante López y Delia Ribas, más no en cuanto a las personas jurídicas, es decir las empresas C.R. Ultrasonografía S.A. y el Instituto Costarricense de Fertilidad.

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 3, 10 y 15 del Protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales conocido como Protocolo de San Salvador²⁴, y artículos 1 y 7 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer conocida como Convención de Belém do Pará²⁵.

El *Proyecto del Código Penal* costarricense, aprobado por la Corte Plena en mayo del 2002, en su capítulo V, artículos 130 a 132, califica como delito la manipulación genética²⁶; y, el 21 de octubre del 2004 Costa Rica presenta una propuesta ante la Organización de las Naciones Unidas, asumiendo el liderazgo en la lucha contra la clonación humana con fines de reproducción, denominada Doc.A/C.6/59/L.2²⁷. Se insiste en la urgencia, de que los países miembros sostengan una posición clara al respecto; es así como, la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 24 de febrero del 2005²⁸, aprueba la Convención Internacional contra la clonación de seres humanos con fines de

reproducción, instando a los países miembros a ajustar sus legislaciones para prohibir todo tipo de clonación humana con fines de reproducción.

Es un hecho que la resolución 2000-02306 de la Sala Constitucional costarricense, ha sido silenciada o criticada por muchos²⁹ y alabada por unos pocos³⁰. Los primeros argumentando por lo general, la influencia del Vaticano³¹, en una mal llamada «República bananera»; olvidando o desconociendo que Costa Rica representa uno de los Estados democráticos de Derecho más estable y eficaz de América Latina, al punto que el expresidente de la República de Uruguay, José Ma. Sanguinetti, en una visita a Costa Rica afirmó: «Donde hay un costarricense, esté donde esté, hay libertad», consciente que la paz³², tranquilidad y libertad costarricenses son producto de una tradición solidamente arraigada en el tiempo, forman parte fundamental de la idiosincracia del 'tico' (costarricense) en medio de un mundo convulsionado, confuso e incongruente.

Una resolución como la mencionada, se toma por una coherente consecuencia³³,

24 El texto del Protocolo de San Salvador se encuentra en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html>.

25 La Convención de Belém do Pará se ubica en: <http://www.unpd.org/rblac/gender/campaign-spanish/osavio.htm>.

26 Proyecto a disposición en: <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/leyes/proyectocp/penal2.html>.

27 La propuesta realizada por Costa Rica ante la Organización de las Naciones Unidas puede ubicarse en: http://es.catholic.net/ligas/ligasframe.phtml?liga=http://www.yoinfluyo.com.mx/artman/publish/article_3015.phtml.

28 Convención Internacional contra la clonación de seres humanos con fines de reproducción, Naciones Unidas. Asamblea General, 24 de febrero de 2005 (http://es.catholic.net/catholic_db/archivosWord_db/onu_doc_24-02-05.pdf).

29 Entre otros HERRERA ORTIZ A., Ciencia, dogma y Sala IV, en el periódico La Nación, 12 de octubre de 2000 (http://www.nacion.com/in_ee/2000/octubre/12/foro24.html); MAIRENA M., Inconstitucionalidad de derecho a procrear en forma asistida, Medicina Legal de Costa Rica, 2002 (http://64.233.183.104/search?q=cache:cL7XK9va6kJ:www.scielo.sa.cr/scielo.php%3Fpid%3D%3D140900152002000200006%26script%3Dsci_arttext%26ting%3Des+texto+Reglamento+para+las+tecnicas+de+fecundacion+asistida+Decreto+Ejecutivo+N%C2%BA+24029-S+&hl=it); MÉNDEZ GARITA W., Un retroceso para la ciencia, en el periódico La Nación, 14 de octubre de 2000 (http://www.nacion.com/in_ee/2000/octubre/14/pais4.html); MORA BUSTAMANTE CARLOS M., El valor científico y social de la fertilización asistida en el tratamiento de esterilidad femenina y masculina, en el periódico La Nación, 12 de octubre de 2000 (<http://www.nacion.com/search>); MÉNDEZ GARITA W., Parejas enfrentan fallo por in vitro, en el periódico La Nación, 11 de diciembre del 2000 (http://www.nacion.com/in_ee/2000/diciembre/11/pais3.html); SUÁREZ TORO M., El debate de la ciencia, en Radio Internacional Feminista, debate entre la Dra. Delia Ribas y el Dr. Hermes Navarro, 16 de noviembre de 2001 (<http://www.fire.or.cr/debien.htm>); VALERIO C., A falta de un debate bioético, en Salud line, (http://64.233.183.104/search?q=cache:B-A0VizpmAJ:www.saludline.com.ar/articulos/ver_articulo.asp%3Fid%3D476+Reglamento+para+las+tecnicas+de+reproduccion+asistida+costa+rica&hl=it); VALVERDE MONGE J.E., Detenido el avance de la medicina en Costa Rica, en el periódico La Prensa Libre, 18 de noviembre de 2000, 12.

30 Véanse los siguientes sitios de interés relativos al tema en el ámbito costarricense: CHAVERRI J.J., Costa Rica: una vez más ha sonado la campana grande, en el periódico La Nación, 12 de octubre de 2000 (http://www.nacion.com/in_ee/2000/octubre/12/foro30.html); FEINGERBLATT H. y OTRA, Prohibida Fecundación in vitro, en el periódico La Nación, 12 de octubre de 2000 (http://www.nacion.com/in_ee/2000/octubre/12/pais1.html); HERNÁNDEZ C. y OTRO, In vitro divide las opiniones, en el periódico La Nación, 13 de octubre de 2000 (http://www.nacion.com/in_ee/2000/octubre/13/pais8.html); MALAVASSI VARGAS G., Las células madres. Para que la ciencia no se desvíe por caminos tortuosos, en el periódico La Nación, 4 de noviembre de 2000, 15 A (http://www.nacion.com/in_ee/2000/noviembre/04/opinion4.html); MARLASCA A., Vida Humana y Persona, en Medicina Legal, 9, 2, Costa Rica, 5-12; MAY R., Fe cristiana y fecundación in vitro, en Medicina Legal, 9, 2, Costa Rica, 13-21; PÉREZ ADÁN J., La Fecundación in vitro abre una nueva brecha entre ricos y pobres, en Fecundación In-vitro, 20 de julio de 2003 (<http://216.239.59.104/search?q=cache:L.OvgvFIPFwJ:www.familiaayvida.com.ar/fecundacioninvitro.htm+fecundacion+in+vitro+costa+rica&hl=it>); TORAL P., Cuándo comienza la vida?, editor J. Rivero (<http://www.corazones.org/index.html>); VARELA I., Bendiciones que no llegan, en Revista Dominical del Periódico La Nación, 29 de octubre de 2000 (<http://www.nacion.com/dominical/2000/octubre/29/dominical3.html>); Organización Vida Humana Internacional (Costa Rica), La fertilización in vitro es declarada inconstitucional (<http://www.vidahumana.org/news/fer-art.html>); Costa Rica: La fecundación asistida es anticonstitucional (<http://www.puertovidacom/noticiasglobales/73-00.html>); Costa Rica: La fertilización in vitro es declarada inconstitucional (<http://www.vidahumana.org/news/fer-art.html>).

31 SOLIS J., La piedra en el camino de Juan Pablo II, en Noticias de América Latina y del Caribe ADITAL, del 13 de abril del 2005 (<http://www.adital.org.br/site/noticias/16083.asp?lang=ES&cod=16083>). Contiene la opinión crítica de un periodista, ex diputado y ex embajador costarricense sobre algunas directrices establecidas por el papa Juan Pablo II, entre las cuales aquella de la fecundación asistida.

32 Costa Rica abolió el ejército constitucionalmente desde 1949 y no hace muchos años, en 1987, un costarricense, el Dr. Oscar Arias, fue distinguido con el Premio Nóbel de la Paz.

33 Mediante Decreto Ejecutivo N° 28043-S del 27 de julio de 1999, el entonces presidente de Costa Rica, Dr. Miguel Ángel Rodríguez, proclamó el 27 de julio como «día nacional de vida antes de Nacer». Véase en: <http://www.cesdepu.com/decretos/28043-S.27-JUL-1999.htm>

debida a una vocación de libertad, respeto y tolerancia entre los ciudadanos costarricenses; no es accidental como se pudiera pensar, sino el resultado de la ponderación de principios

fundamentales, que desde siempre ha defendido el pueblo costarricense, en este caso, la tutela del concebido y por tanto de la vida humana.

CRÍTICA AL CONCEPTO TRADICIONAL DE COSA JUZGADA EN RELACIÓN A LA IDENTIDAD DE SUJETOS OBJETO Y CAUSA

*Lic. Jorge Jiménez Bolaños
Profesor Asociado, Facultad de Derecho,
Universidad de Costa Rica*

1- LA COSA JUZGADA

INTRODUCCIÓN

Este estudio no será un estudio explicativo a descriptivo de la cosa juzgada, sino que será dirigida al análisis crítico del Concepto Tradicional de la Cosa Juzgada, esto es el principio de que “ existirá autoridad de cosa juzgada material SIEMPRE Y CUANDO EXISTA IDENTIDAD EN CUANTO LA CAUSA, EL OBJETO Y LOS SUJETOS, y como se verá más adelante, se tratará de probar que en muchos casos el principio condicionante de identidad de elementos objeto, causa, sujetos, tiene muchas variables y en muchas cosas o situaciones jurídicas el dogma se quiebra para dar paso al valor fundamental a que aspira el derecho por excelencia: LA JUSTICIA. En atrás palabras se intentará probar que tendríamos los efectos de la cosa juzgada en innumerables situaciones jurídicas, aunque la triple identidad establecida por la doctrina no este presente, esta es identidad de sujetos, objeto y causa como veremos más adelante.

2- LA COSA JUZGADA Y EL VALOR SEGURIDAD JURÍDICA

SEGURIDAD JURIDICA

MÁXIMO PACHECO CITANDO A JORGE MILLAS NOS INDICA SOBRE LA SEGURIDAD JURÍDICA LO SIGUIENTE:

“la seguridad jurídica en cuanto situación de quien psicológicamente la vive se resuelve en dos componentes vivenciales, saber o certeza por una parte y expectativa o confianza por la otra.”¹

“Se habla de la seguridad jurídica desde un punto de vista subjetivo cuando se la define como expresión bastante generalizada como saber a que atenerse. La persona jurídica concedora de sus obligaciones y derecho actúa en sociedad perfectamente segura de las cuales habrán de ser las consecuencias que se derivan de sus acciones, sabe a que atenerse en sus relaciones sociales y puede por tanto mirar hacia el futuro con la plena confianza.”²

La figura de la cosa juzgada tiene relación jurídica con el tema de la seguridad jurídica al menos tal y como es conceptualizada tradicionalmente.

El hombre busca esta seguridad jurídica a través de los procesos judiciales. Haciendo descansar todas las pasiones, sentimientos, afectos, deseos en algo exacto, tangible, inmutable es decir en un fallo judicial a través de la jurisdicción ejercida por el juez en un proceso de su competencia. Logrando instaurar paz social en una situación previa de conflicto.

El Juez al fallar zanja una disputa o controversia, cuando dicho fallo tiene carácter de cosa juzgada significará que el punto o controversia no se volverá a ventilar a través

1 Máximo Pacheco. Introducción al Derecho p. 4952 Gutiérrez Carlos José. Lecciones de Filosofía de Derecho, p. 261.

2 Arlas José A. La Cosa Juzgada Penal y su eficacia sobre la Materia Civil, Bibliotecas de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo, 1950, p. 23.

de otro proceso, esto nos da la seguridad jurídica de saber a que atenernos en relación a los alcances de un fallo judicial, por ello afirmamos que la cosa juzgada garantiza el valor seguridad jurídica.

3- COSA JUZGADA

CONCEPTO DOCTRINARIO

Arlas citando a CARNELUTTI nos dice sobre el concepto de Cosa Juzgada lo siguiente: "Cosa Juzgada. -Como ha observado con todo acierto Carnelutti, la expresión "cosa juzgada" se emplea en un doble sentido. Cosa Juzgada es tanto la decisión dada sobre la contienda (o sobre el litigio) como el efecto de esa misma decisión. También se suele hablar de "autoridad de cosa juzgada" para referirse a los efectos de la decisión o, más precisamente a su eficacia"³

"En el sentido usual del procedimiento, una sentencia tiene autoridad de cosa juzgada, es decir, es ejecutoria, tanto respecto de las partes como de terceros (...) cuando se ha dado en última instancia, o cuando se han dejado expirar los términos para atacarla por las vías ordinarias (la oposición y la anulación). Este es el sentido de que Pothier (...) considera, aún desde el punto de vista de la presunción legal, que se refiera a ella la autoridad de la cosa juzgada. Pero esta manera de ver no es muy exacta: una cosa es el punto de vista del procedimiento y otra cosa es el punto de vista del derecho civil. Cuando se examina si hay cosa juzgada, preocupándose de conformidad con el derecho civil, de la fe que se atribuye a la sentencia, no se pregunta si es ejecutoria, sino si contiene como dice el mismo POTHIER (...), una presunción jure et de jure. Pues bien: esta presunción no existe sino en cuanto la sentencia se encuentra, no solo revestida de la autoridad de cosa juzgada según los principios del procedimiento, sino al abrigo de toda clase de recurso, aun extraordinario. Y si se

quiere entender por cosa juzgada la autoridad provisional que lleva aneja un fallo, el cual puede ser atacado, no hay razón alguna para distinguir aquí entre las vías ordinarias y las vías extraordinarias, y es preciso decir, con los jurisconsultos romanos, que todo fallo desde el momento que se ha dictado, tiene autoridad de cosa juzgada.⁴

"Por cosa juzgada entendemos la cuestión que ha constituido objeto de un juicio lógico por parte de los órganos jurisdiccionales esto es una cuestión acerca de la cual ha tenido lugar un juicio que la resuelve mediante la aplicación de la norma general al caso concreto y que precisamente porque han constituido objeto de un juicio lógico se llama juzgada. Este trabajo de subsunción del caso concreto dentro de la norma general se hace según lo hemos dicho por medio de un juicio lógico y concretamente por medio de un silogismo en el cual la premisa mayor, la da la norma, la manera de la relación concreta y la conclusión una norma especial inferida de la norma general: mediante la norma particular así obtenida se determina que una relación jurídica singular deber ser regulada por el derecho. El silogismo con el cual se obtiene la norma especial se suele indicar con un termino equivalente a fallo (sinónimo de juicio) palabra que un sentido estricto sirve para indicar solamente la determinación de la tutela concedida por el derecho en el caso concreto es decir la decisión del juez que resuelve la cuestión. (...) Así, si la cuestión que ha constituido objeto de un juicio contenido en una sentencia se le une una eficacia característica tiene la autoridad de la cosa juzgada por lo cual se entiende por tanto, la fuerza o la eficacia obligatoria inherente a la materia de la decisión judicial contenida en la sentencia."⁵

El concepto de cosa juzgada como queda visto va a la par del concepto de sentencia siendo la cosa juzgada un efecto de aquella,

3 Bonnier Eduardo. De las Pruebas en el Derecho Civil y en Derecho Penal. Editorial Reus, Madrid, 1929, p. 530-531.

4 Rocco Ugo. Derecho Procesal Civil, Vol. 1. Editorial Jurídica Universitaria, México 2001, p. 412.

5 Curso de Derecho Arturo Alessandri, página 145.

cosa juzga es pues lo que la sentencia juzga o falla, es decir lo que ya se juzgo. Por ende no se puede apartar de este concepto su contenido social del fallo dado en un estado histórico determinado.

“La autoridad de la cosa juzgada nace de la necesidad social de que los pleitos tengan fin y de que las cosas no estén constantemente inciertas: si tras de un pleito pudiera promoverse otro sobre el mismo asunto, los juicios se eternizarían y los derechos estarían en una continua incertidumbre con el consiguiente daño para la colectividad” ¿ Crees tu, preguntaba Sócrates, que podría subsistir y no aniquilarse un estado en el que las sentencias recaídas no tuvieran ninguna fuerza y pudieran ser invalidadas y frustradas por los particulares.....”⁶

El valor de la cosa juzgada se manifiesta en la sentencia cuando esta se manifiesta invariable, inmutable y obligatoria.

La eficacia y utilidad de la función jurisdiccional del estado y la seguridad del comercio jurídico de los ciudadanos exigen que los pronunciamientos sean ya en determinado momento inalterables y obligatorios para todos” El Estado atiende a esta necesidad, de un lado, mediante la institución de la cosa juzgada, o sea, la calidad que adquiere una resolución cuando la ley la declara no impugnabile o la parte interesada no la impugna, con la consiguiente vinculación de todo el mundo a ella, autoridades y en especial organismos judiciales (...”⁷.

Brenes Córdoba en tratado de las obligaciones pag. 92 nos da un concepto bastante claro sobre el concepto de la cosa juzgada y no podía faltar una cita de este ilustre jurista al abordar este tema.

“Se denomina cosa juzgada lo resuelto definitivamente en juicio contradictorio. La cosa Juzgada pone término al punto controvertido, pues la ley da a lo fallado carácter irrevocable con el fin de no hacer interminables los litigios. Envuelve, en consecuencia una presunción absoluta en cuya virtud debe tenerse lo resuelto como expresión de la verdad legal: Res indicata pro veritate habetur.”⁸

Cosa juzgada será entonces el efecto jurídico que el ordenamiento jurídico atribuye a una *resolución judicial firme dada dentro de un proceso judicial dictada por juez competente. Dependiendo del proceso judicial en el cual se dictó dicha resolución, los efectos de esta serán vinculantes únicamente dentro de dicho proceso o tendrán la fuerza suficiente de aceptar cualquier otro proceso que se inicie posteriormente. A esto llegamos entonces con el tema de la distinción entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material.*

4- COSA JUZGADA FORMAL COSA JUZGADA MATERIAL

CONCEPTO – DIFERENCIAS.

Teniendo claro el concepto de lo que es la Cosa Juzgada ahora profundizaremos en la distinción que ha realizado la doctrina y la jurisprudencia sobre la cosa juzgada formal en relación a la cosa juzgada material.

CARNELUTTI citado por Arias nos dice” Cosa Juzgada material equivale a eficacia imperativa de la sentencia; cosa juzgada formal es sinónima de inmutabilidad de la sentencia,⁹

“Otra división de las sentencias parte del criterio de su impugnabilidad, o sea de la posibilidad de obtener, en límites más o menos amplios, un nuevo examen de la cuestión decidida. Obsérvese a este propósito

⁶ Prieto Castro Fernández. Derecho Procesal Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1972, p. 561.

⁷ Brenes Córdoba, Tratado de las Obligaciones, Editorial Juricentro S. A. San José 1984, p. 92.

⁸ Arias José A. op. Cit. P. 28-29

⁹ Rocco Alfredo. La sentencia Civil. Editorial, Cárdenas, Tijuana, 1985, p. 244-245.

que la impugnabilidad es cosa distinta de la retractabilidad o revocabilidad, que consiste en la facultad del mismo órgano jurisdiccional que emitió una decisión de retornar sobre ella a instancia del interesado o de oficio: este principio no encuentra nunca aplicación respecto de la sentencia que, como tal, es siempre irrevocable para el juez que la pronunció. La sentencia puede ser, en cambio: impugnabile, si aún queda abierta contra ella una vía de recurso (oposición, apelación, o casación); no impugnabile, si no hay o no son posibles vías de recurso contra ella. La inimpugnabilidad de las sentencias constituye lo que los alemanes llaman la fuerza legal formal de la sentencia.

(Formellé Rechtskraft), esto es, la eficacia obligatoria de la sentencia respecto al procedimiento, de que forma parte (o mejor estaría decir, el supuesto formal de la cosa juzgada) en contraposición a la fuerza legal material (materielle Rechtskraft) esto es, la eficacia obligatoria de la sentencia respecto a otro procedimiento (nosotros diríamos: la autoridad de cosa juzgada de la sentencia), para la cual es necesaria, además, la identidad entre la relación acreditada y la que se va a acreditar en todos sus elementos (sujeto, objeto, causa jurídica).¹⁰

COSA JUZGADA EN SENTIDO FORMAL

a) *Ese carácter de inalterabilidad y no impugnabilidad* que en determinado momento adquiere la resolución judicial es el efecto de cosa juzgada en sentido formal y la resolución que se encuentra en tal caso recibe entonces el nombre de resolución firme o irrevocable.

La cosa juzgada en sentido formal despliega su efecto dentro del proceso mismo en cuanto al juez que la ha dictado, en el sentido de vinculación de manera que no puede alterarse y en cuanto a las partes porque ya no pueden impugnarla (preclusión definitiva de alegaciones e impugnaciones)...

B) COSA JUZGADA EN SENTIDO MATERIAL

Pero no solo interesa a la sociedad que el proceso tenga alguna vez terminación irrevocable en el sentido de que el pronunciamiento final sea vinculante para el juez que lo ha dictado e inimpugnable para las partes (cosa juzgada en sentido formal) sino que también que tal pronunciamiento de la sentencia ya firme a favor del demandante (estimatoria) o del demandado (desestimatoria) acerca de un derecho o relación jurídica tenga que ser aceptado por todo el mundo como acto de autoridad del estado que concreta en ese caso el derecho objetivo a lo que llamamos cosa juzgada material¹¹.

Según nuestro ordenamiento jurídico son resoluciones que poseen los efectos de la cosa juzgada material las siguientes sentencias de ordinarios y abreviados de mayor cuantía o menor cuantía, resoluciones que resuelven excepciones previas, incidente de cobro de honorarios de abogado, sentencia de única instancia de los Tribunales Contenciosos, sentencia de única instancia de Tribunal Civil y Agrario, resolución de los procesos laborales, en materia de prescripción en procesos ejecutivos monitorios o desahucios, resoluciones que resuelven acción civil en sede penal cuando intervenga el damnificado.

En síntesis podemos afirmar que la cosa juzgada formal da efectos inmutables a la sentencia dentro del proceso donde se ha dictado, la sentencia es irrevocable e inimpugnable para el mismo juez que la dictó. La cosa juzgada material en cambio determina los efectos de la sentencia inmutable, irrevocable e imperativa no solo dentro del proceso en que se ha dictado sino que sus efectos trascienden al exterior de tal suerte que afecta a otros procesos, no pudiendo ser discutido nuevamente dentro de ningún otro proceso la *resuelto en sentencia*.

¹⁰ Pietro Castro Fernández op. cit. Pág. 563.
¹¹ Alsina, HUGO. Derecho Procesal Civil.

Nuestra jurisprudencia ha dicho” En nuestro medio los fallos emitidos en proceso ordinario o abreviado, producen la autoridad de la cosa juzgada material, la cual esta limitada a la parte resolutive del fallo, sea no comprende sus fundamentos: Para que la sentencia incida en otro proceso mediante la cosa juzgada, es imprescindible que en ambos procesos exista identidad de partes, causa y objeto. Dicha institución se encuentra regulada por los artículos 162 a 165 de nuestra legislación procesal civil, éste ultimo articulo dispone “Salvado el caso de la prescripción las sentencias dictadas en otra clase de procesos podrán ser discutidas en vía ordinaria o abreviada según corresponda,,(...)”² es definitivo entonces que también tenemos regulado la cosa juzgada formal, así podemos concluir, exceptuando el caso de la prescripción, que solo las sentencias dictadas en vía ordinaria o abreviada producen la autoridad de cosa juzgada material a excepción de que en alguno de estos procesos se resuelva sobre la guarda, crianza y educación de los hijos, según lo dispone los numerales 56 y 139 del Código de familia. La parte en un proceso ordinario o abreviado según corresponda, persiguen obtener del juez una declaración para la cual se decida definitivamente el punto en controversia, con la institución de la cosa juzgada material, se persigue que esa sentencia dictada en esa clase de procesos no solo no pueda ser discutida de nuevo en el mismo proceso, sino en ningún otro futuro y que en el caso de contener una condena pueda ser ejecutada sin nuevas revisiones.

La cosa juzgada material tiene dos consecuencias practicas: la primera de ellas es que la parte que ha salido vencido no pueda en un nuevo proceso discutir lo ya decidido, la doctrina llama a esto el efecto negativo, la segunda es referente a la parte cuyo derecho ha sido reconocido en el por tanto de la sentencia, para que pueda ejecutar ese fallo, para que se cumpla sin restricción y a ningún

juez le es permitido negarse al cumplimiento del mismo, esto es el efecto positivo. El profesor Hugo Alsina en su obra derecho procesal Civil y Comercial en tomo IV pagina 124 hace la diferencia entre la cosa juzgada material y la cosa juzgada formal de la siguiente manera: “Es necesario distinguir entre Cosa juzgada formal y cosa juzgada material. La primera se refiere a la imposibilidad de reabrir la discusión en el mismo proceso, sea porque las partes han consentido el pronunciamiento de primera instancia, sea por haberse agotado los recursos ordinarios cuando ellos procedan, pero sin que obste a su revisión en un juicio posterior. La segunda, en cambio, se produce cuando a la irrecurribilidad de la sentencia se agrega la inmutabilidad de la decisión. Puede así haber cosa juzgada formal sin cosa juzgada material, pero no a la inversa, porque la cosa juzgada material tiene como presupuesto la cosa juzgada formal. Por ejemplo, la sentencia dictada en juicio ejecutivo tiene fuerza de cosa juzgada formal y permite su ejecución, pero carece de fuerza juzgada material, porque queda a salvo al vencido el derecho de promover juicio ordinario para obtener su modificación, (...) y lo mismo ocurre en los juicios sumarios en general (alimentos, apremios, etc.). Por el contrario la sentencia dictada en un juicio ordinario produce cosa juzgada material, porque supone la in admisibilidad de todo recurso, y tiene como consecuencia la imposibilidad de modificar la decisión”¹²

5- LÍMITES SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DE LA COSA JUZGADA

Los límites subjetivos y objetivos son los presupuestos que la doctrina señala como necesarios para que se opere la cosa juzgada en un proceso dado.

El artículo 163 del Código Procesal Civil nos dice “ para que la sentencia produzca cosa juzgada material en relación con otro proceso

¹² Código Procesal Civil, artículo 163.

será necesario que en ambos casos sean iguales las partes, el objeto y la causa”.¹³

Lo que señala la norma son los límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada esta es lo referente a los sujetos, el objeto y la causa. En otras palabras no cualquier sentencia tiene valor de cosa juzgada material, para la normativa citada debe existir identidad de partes, sujetos y objetos y además deberá darse dentro de un proceso ordinario o abreviado. Salvo las excepciones que señala la ley como veremos más adelante.

LÍMITES SUBJETIVOS DE LA COSA JUZGADA

Para poder explicar cuales son los límites subjetivos debemos ahondar en el tema referente a las partes o sujetos a los cuales les afecta una determinada resolución jurídica.

En principio diremos que la regla es que las resoluciones judiciales solo afectan a las partes que han participado o intervenido en el proceso.

Para entender este principio debemos definir que se entiende por parte.

“El concepto de parte es, pues procesal y nace dentro del proceso. Por tanto, no se identifica con la titularidad de los derechos y las obligaciones materiales que son causa del mismo, ya que se pueden iniciar un proceso mediante el ejercicio de una acción por quien afirme un derecho que realmente no le pertenece o seguirse contra quien no sea obligado por derecho material; e igualmente el proceso puede ser incoado y seguido por personas a quienes la ley atribuye la facultad de ejercer en el una titularidad’ jurídico-material ajena, y entonces solo son partes en sentido formal. La parte en el proceso es pues simplemente el dominus litis.”¹⁴

“Esto conduce a comprender entre las partes no solo a los particulares o conjunto de ellos que demandan o son demandados, o que querellan o son querellados, sino también a los órganos públicos instituidos para que mediante ellos se manifieste la actividad persecutoria o de control del Estado para el ejercicio oficial de la acción (penal o civil), o para el resguardo de las instituciones de interés social que puedan estar comprometidas en el proceso; en el primer caso actúa el órgano público como parte activa y en el segundo su posición podrá ser activa o pasiva conforme lo imponga el interés controlado, más en todo caso ha de ser imparcial.

También son captados por el concepto de partes los llamados “terceros intervinientes” que se introducen con posterioridad a la demanda en virtud de un interés que incide directamente en el objeto procesa”¹⁵

Las partes “Se trata de aquellos sujetos que intervienen en el proceso y entre ellos se traba la relación jurídica procesal ”.¹⁶

Jorge Claria Olmedo sobre el particular nos aclara “En su referencia al proceso judicial, el concepto de parte fue considerado por la corriente clásica en función de la postura monista conforme se concebía la acción y la excepción.

Entendida la primera (y para-lemente la segunda) en cuanto elemento del derecho subjetivo (...) y caracterizada como la reacción ante la violación de ese derecho para hacerla cesar, se considero parte en el proceso a quien fuera titular de la relación jurídica sustantiva; se identifica al actor con el acreedor de la prestación y al demandado con el deudor de esta (obligado).

A poco que se analice, esta identificación resulta inaceptable. Para ello basta observar

¹³ Prieto Castro Fernández, op. cit. P. 285.

¹⁴ Claria Olmedo Jorge. Derecho Procesal. Editorial De Palma, Buenos Aires 1983, p. 51.

¹⁵ Sala Primera. Corte Suprema de Justicia, Resolución dictada al ser las diecisiete horas diez minutos del cuatro de setiembre de 2002.

¹⁶ Parajeles Vindas Gerardo. Curso de Derecho Procesal Civil, Vol I, Editorial Investigaciones Jurídicas S. A, San José, tercera edición, 2000, p. 58.

que la invocada relación jurídica sustantiva puede faltar, no obstante haberse tramitado todo un proceso válido con intervención de las partes, precisamente para obtener una declaración sobre su existencia o inexistencia, alegada esta última por el demandado (Chioyenda).

Esa declaración de inexistencia (o de invalidez) proveniente del órgano jurisdiccional requiere una afirmación del vínculo al fundamentar la pretensión a lo que tácita o expresamente contradice el perseguido pretendiendo con fundamento opuesto o sea sosteniendo la inexistencia (o invalidez) del invocado vínculo jurídico sustancial.

Esto condujo a la doctrina a orientarse por la corriente de la autonomía de la acción frente al derecho subjetivo, con el cual el concepto de parte queda definitivamente desvinculado de la relación jurídica sustantiva que constituye el tema de decisión en el proceso judicial. Es posible ser parte en este con abstracción de que se sea o no acreedor o deudor conforme se pretende con la demanda. De esta manera el problema queda ya enfocado desde el punto de vista procesal. Parte resulta ser el que demanda en nombre propio- o en cuyo nombre se demanda -una actuación de la ley y aquel frente a quien ésta es demandada (Chioyenda).

La noción surge del concepto mismo del proceso, y no de elementos extraños a él aunque constituyan su objeto (Alsina, Jofre).

En concreto –y esto es rescatable provechosamente para el concepto que perseguimos–, el enfoque debe hacerse en función de las relaciones o situaciones jurídicas surgidas por imperio o disposición de las normas procesales, y no de las sustantivas que regulan el caso litigioso. Sin embargo no podemos desentendernos de este porque, al integrar el fundamento de las pretensiones de

las partes, determina la posición de éstas y se proyecta hacia la futura cosa juzgada en lo que respecta a su alcance”¹⁷.

Sobre el límite subjetivo de la cosa juzgada *La Sala primera de la Corte Suprema de Justicia en resolución dictada al ser las diecisiete horas diez minutos del cuatro de setiembre de 2002 señaló*” El límite subjetivo o identidad de parte se refiere a los sujetos del proceso, partes en sentido formal, demandantes, demandados, y terceros intervinientes y debe tenerse en cuenta que los causahabientes de las partes a título universal o singular están obligados por la sentencia, como si se tratara de ellas. Al respecto, lo importante es la identidad jurídica de las partes no su identidad física”¹⁸.

Sobre el límite subjetivo de la cosa juzgada *La Sala primera de la Corte Suprema de Justicia en resolución dictada al ser las diecisiete horas diez minutos del cuatro de setiembre de 2002 señaló*” El límite subjetivo o identidad de parte se refiere a los sujetos del proceso, partes en sentido formal, demandantes, demandados, y terceros intervinientes y debe tenerse en cuenta que los causahabientes de las partes a título universal o singular están obligados por la sentencia, como si se tratara de ellas. Al respecto, importante es la identidad jurídica de las partes no su identidad física.”

Se entiende la identidad de partes a 10 que alude la sentencia de la Sala a las partes actor y demandado pues son los protagonistas principales alrededor del cual gira las pretensiones, sin embargo no nos aclara que se entiende por terceros intervinientes.

El próximo título trata de ahondar en el concepto de tercero interviniente o la intervención de terceros dentro del proceso ya se trate esta intervención espontánea o forzosa *por ahora basta con concluir este aparte diciendo que* “el límite subjetivo de la cosa juzgada se establece al determinar

¹⁷ Sala Primera, Corte Suprema de Justicia, Resolución dictada al ser las diecisiete horas diez minutos del cuatro de setiembre de 2002.
¹⁸ RECURSO DE REVISIÓN Y COSA JUZGADA MARJORIE ARRIETA M. SERGIO ARTAVIA, EDITORIAL SAPIENCIA. PÁG 69.

los sujetos de derecho a quienes el fallo vincula... Ahora bien, el principio de la relatividad de las sentencias, consagrado en diversos ordenamientos determina que la fuerza obligatoria de una sentencia cubre, exclusivamente, a las personas que han intervenido en el proceso en que se dictó.

En ese sentido aquellos que no han sido partes no son afectados por la sentencia.

Sin embargo, con respecto a los terceros dentro del proceso es necesario determinar, cuidadosamente si la cosa juzgada les afecta o no, tomando en cuenta los principios reguladores de su intervención. Se puede predecir que unas veces la cosa juzgada los alcanzara por virtud de un nexo con las personas tal y como sucede con los sucesores de esta, o por el nexo con las cosas. En algunas otras circunstancias, la trascendencia de la cosa juzgada se dirige a los terceros como resultado de un mandato legal que por razones de orden publico ha sido impuesto. Cuando exista una relación jurídica múltiple y la normativa permita el ejercicio jurisdiccional individual en la causa tendremos como resultante, que la cosa juzgada provoca resultados negativos o positivos a todos los sujetos involucrados.¹⁹

INTERVENCIÓN DE TERCEROS

En síntesis el término parte no se delimita únicamente con el concepto de actor (aquel que acciona) o de demandado (quien opone una excepción) actualmente en buena doctrina el termino de parte evoca un concepto mas amplio que la concebida por la posición clásica o tradicional.

Actualmente es mas correcto hablar de parte en el sentido de aquel centro de interés que pretende se le otorgue una determinada pretensión o derecho a través del proceso

llámese actor, demandado, interviniente, tercero,coadyuvante, litis consorte etc.

Esta última idea evoca la necesidad de referirse a otros sujetos que no son en esencia actor o demandado quienes normalmente inician la relación jurídica procesal, existen otros sujetos que buscan una pretensión a través del proceso cuya intervención puede ser forzosa o puede ser voluntaria o espontánea.

Sobre el particular *Ugo Rocco nos indica: "de manera que además de los sujetos que están jurídicamente autorizados para accionar o para contradecir en sentido estricto es decir para iniciar el juicio, dándole existencia a la demanda judicial, hay otra categoría de sujetos que también estan autorizados jurídicamente por la Ley Procesal para tomar parte en un juicio pendiente entre otros sujetos y por tanto; pueden, a voluntad o por requerimiento de los sujetos inicialmente en litis unirse al proceso pendiente. hay también otros sujetos que estan jurídicamente obligados a participar en el desenvolvimiento de un determinado proceso y que por consiguiente pueden intervenir voluntariamente en la litis, o en su defecto deben ser llamados a que comparezcan en el litigio pendiente, por obra de las partes en causa o por obra de los órganos Jjurisdiccionales."*²⁰

El autor citado nos indica la existencia de varios tipos de intervenciones que pueden resultar de la participación de terceros en un proceso.

- 1- Intervención voluntaria y una intervención coactiva o necesaria
- 2- Una intervención principal o adexcludendum o una intervención adherente
- 3- Una intervención litisconsorcial.

¹⁹ Rocco Ugo. Opc cit., p. 296.
²⁰ Rocco Ugo, Ibid, 296.

INTERVENCIÓN VOLUNTARIA

“La intervención voluntaria, en líneas generales, se da cuando el sujeto que se une a la litis pendiente entre otros sujetos, se presenta voluntariamente en el juicio, es decir sin ser llamado por alguna de las partes, o por el juez, a intervenir en el juicio. Aquel que interviene voluntariamente realiza dicha intervención por voluntad espontánea, no bien haya tenido conocimiento de la existencia de una litis pendiente entre otros sujetos.”²¹

Según lo expresa el autor para que se de este tipo de intervención es necesario que el sujeto haya permanecido ajeno al proceso iniciado entre dos personas, que además este pendiente un proceso entre dos sujetos y finalmente que existe relación con el derecho que se discute es decir que se encuentre legitimado para accionar. Suficiente con que afirme ser titular del derecho que se discute con exclusión de los demás en la litis.

INTERVENCIÓN PRINCIPAL

En la intervención principal el interviniente es titular de una acción que se ejerce en el proceso iniciado por dos o más sujetos. Estarían igualmente legitimados para iniciar individualmente y separadamente una acción propia y autónoma contra el uno o contra el otro o contra las dos partes originariamente en litis y desde este punto de vista parece legitimado para accionar respecto de la realización de la relación jurídica controvertida entre los otros.

Sobre el particular Parajeles nos indica sobre la intervención principal excluyente: “Regulada en el artículo 108 del código procesal civil y se traduce en una hipótesis de un tercero que llega al proceso y se convierte en parte. Primero que todo debe aclararse que la palabra excluyente es propia de este instituto razón por la cual debe dejar de aplicarse y por

ende confundirse con la tercería de dominio, antes denominada excluyente de dominio.”²² (el resaltado no es del original)

INTERVENCIÓN POR ADHESIÓN

“La segunda forma de intervención (...) es la intervención por adhesión, o, como suele decirse, ad adiuvandum, en el cual (...) un sujeto interviene en la litis pendiente entre otros, “ a fin de sostener los derechos de alguna de las partes”, si “tiene en ella un interés propio”²³

Los presupuestos de la intervención por adhesión que ha señalado la doctrina son los siguientes

- 1- Que el sujeto no este presente en el proceso que esta pendiente entre otros sujetos.
- 2- Necesidad de un proceso pendiente.
- 3- Que el sujeto que intervenga tenga un legitimación para accionar.

Intervención adhesiva. “Se trata de una intervención de un tercero en forma voluntaria, con la característica de que se apersona al proceso a coadyuvar a los intereses de alguna de las partes, sin que pueda constituirse parte porque no puede ejercer ningún derecho en lo personal ”²⁴.

INTERVENCIÓN LITISCONSORCIAL

“Si hubiérase ejercicio de una acción única por parte de sujetos contra todos los sujetos pasivamente legitimados con un solo y único acto y en un solo y único momento se vendría a constituir el proceso que tendría por objeto el ejercicio de una acción con varios sujetos legitimados para accionar o para contradecir y se tendría desde el origen un litisconsorcio activo pasivo o mixto.”²⁵ (El resaltado es propio)

21 Parajeles Vindas. Op. Cit., p. 64.

22 Rocco Ugo, Op. Cit., p 298.

23 Parajeles Vindas. Op. Cit. P.66.

24 Rocco Ugo, Op. Cit., p. 299.

25 Parajeles Vindas. Op. Cit., p. 65.

Los presupuestos que podemos mencionar para que se de este tipo de intervención son:

1. Que en una relación jurídica sustancial con pluralidad de sujetos todos estén legitimados para accionar o contradecir.
- 2- Que existe un proceso pendiente solo entre alguno de los varios sujetos de la relación procesal.

La intervención litis consorcial tiene por objetivo el que se amplíe la cantidad de sujetos que deben intervenir dentro de un proceso pues se encuentran vinculados entre si en relación a la relación procesal.

INTERVENCIÓN COACTIVA

Al contrario de lo que sucede con la intervención espontánea en la cual el sujeto es libre de intervenir dentro del proceso o no según le convenga, en la intervención coactiva tal y como lo indica la palabra deberá intervenir forzosamente a participar dentro del proceso pendiente.

La intervención coactiva puede ser pedida por una de las partes del proceso dirigida al Juez para que un tercero ajeno al proceso participe dentro de el o puede darse que dicha participación sea ordenada por el mismo Juez cuando se da cuenta de la necesidad de que un tercero debe participar dentro del proceso.

Ejemplos de este tipo de intervención lo tenemos con la llamada al garante o la situación del poseedor mediato regulado en el artículo 109 del Código Procesal Civil.

“LLAMADA AL GARANTE Y AL POSEEDOR MEDIATO”

Son dos formas de que terceros, no demandados desde un inicio, puedan asumir

esa condición, al ser llamados por petición del demandado.²⁶

En síntesis podemos afirmar que interviniente será todo aquel sujeto que en forma voluntaria o coactiva participa dentro de un proceso solicitando se declare a su favor o de una de las partes, un determinado derecho, la extinción de una obligación o la práctica de determinada actuación judicial teniendo relación con el proceso judicial dentro del cual se solicita encontrándose legitimado para hacerlo.

LÍMITES OBJETIVOS DE LA COSA JUZGADA

Para ilustrar mejor cuales son los límites objetivos de la cosa juzgada basta con hacer mención que sobre el particular ha indicado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia *en sentencia supra*.

“La cosa juzgada esta sujeta a dos límites: el objetivo en razón del objeto sobre el cual verso el proceso al igual que la causa o título del cual se dedujo la pretensión y el subjetivo en razón de las personas que han sido partes en el proceso. El objeto de la pretensión esta referido a lo reconocido o negado en la sentencia ejecutoriada, sea a la cosa o relación jurídica sobre la cual se aplica su fuerza vinculante. El objeto del proceso lo constituye el derecho reconocido declarado o modificado en la sentencia en relación con una cosa o varias cosas determinadas o la relación jurídica declarada según el caso. Además la cosa juzgada en cuanto a objeto se refiere se extiende a aquellos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión jurisdiccional, por consecuencia necesaria o por depender indispensablemente de tal decisión resultan resueltos tácitamente. Así cuando una sentencia ha decidido sobre un todo del cual forma parte la cosa objeto de la nueva demanda, existirá sin duda identidad de objeto. El segundo aspecto del límite objetivo es la identidad de la causa petendi sea, el

²⁶ Sala Primera, Corte Suprema de Justicia, Resolución dictada al ser las diecisiete horas diez minutos del cuatro de setiembre de dos mil dos.

fundamento o razón alegada por el demandante para obtener el objeto de la pretensión contenida en la demanda. La causa petendi debe ser buscada exclusivamente dentro del marco de la demanda con un criterio amplio el cual conduzca a su interpretación lógica... Ella configura la razón de hecho enunciada en la demanda como fundamento de la pretensión, esta formada por el conjunto de hechos alegados como base de la demanda”.²⁷

La doctrina por su parte ha entendido los límites objetivos de la cosa juzgada de la siguiente manera

“El límite objetivo de la cosa juzgada comprende dos elementos: en primera instancia, el Objeto decidido y en segunda instancia la causa invocada para lograr la decisión, ambos aspectos se encuentran íntimamente relacionados, pero responden a dos cuestiones diferentes, el asunto sobre el que se litiga y el porque se litiga. En otras palabras, el límite objetivo esta dado por la materia, el contenido de la condena o de la absolucón reunidos en la disposición de la sentencia. El límite objetivo esta fundado, a su vez, en dos condiciones la primera se basa en la razón de ser y la existencia de la labor jurisdiccional, evitar la producción de sentencias contradictorias y el alargamiento ilógico de los litigios y la segunda, basada en la necesidad de incorporar en el patrimonio del absuelto o ganador en la litis, del correspondiente reconocimiento del crédito “... De acuerdo con este elemento objetivo, la esencia de la cosa juzgada postula que no es posible que el juez pueda desconocer o disminuir el bien reconocido en la sentencia precedente, en un proceso posterior. Y debemos añadir que cuando se habla de objeto en la cosa juzgada se alude al bien jurídico disputado en el proceso anterior. No al derecho en el reclamado. Por ejemplo en la

acción reivindicatoria en la que la restitución del bien es lo que se pida y no el derecho de propiedad. Y si se trata de determinar cual es el bien garantizado por la ley, los elementos objetivos de la acción se desdoblán en la cosa o el objeto en si mismo considerado y la causa o razón jurídica de lo pedido. “

Se entiende como objeto normalmente el bien corporal o incorporeal que se reclama en juicio valga decir, el hábeas en las acciones que se refieran a bienes corporales, el estado civil, los atributos morales, es decir el bien que se ansia, en las acciones que versan sobre derechos incorporales.”.

“la causa de pedir se entiende como el fundamento, el título de la pretensión o el motivo jurídico, del cual una parte deriva, de forma inmediata su pretensión deducida en el litigio. La doctrina apunta que no puede confundirse con las argumentaciones que el litigante pone a su servicio, ni con los medios de prueba que son aducidos, es el fundamento, hecho jurídico o razón alegada por el actor.”²⁸

Brenes Córdoba en tratado de las obligaciones página 93, nos dice sobre los límites objetivos lo siguiente: “El objeto con relación a la cosa juzgada, viene a ser aquello que constituyó la materia del primer juicio, bien fuera o no una cosa material. Pero será improcedente la excepción aunque se relacione con la misma cosa acerca de la cual versó el anterior litigio, si el derecho que en el nuevo se ejercita fuere distinto. Así, perdida la acción reivindicatoria de la propiedad y posesión de un inmueble, es admisible otra acción en que se reclame un derecho de usufructo o de servidumbre sobre el propio fundo; porque siendo, como es, diferente el primero este último derecho, no existe identidad en cuanto a la materia u objeto de la contienda”.²⁹

27 Marjorie Arrieta, op. Cit, p. 76.
28 Brenes Córdoba, op. Ci, P. 93.
29 Brenes Córdoba, op. Cit. P.37.

Por su parte sobre la causa nos indica lo siguiente" Al hablarse de causa en punto a la demanda se distingue con ese nombre, el hecho jurídico que sirve de base al reclamo, así en la acción por daños y perjuicios la causa en el hecho positivo o negativo que los ha producido, en la de divorcio, el acto o actos culposos del cónyuge demandado en la reclamación de salarios el servicio prestado y así en lo demás."...

7- CRITICA AL CONCEPTO TRADICIONAL DE LA COSA JUZGADA

RELATIVIDAD DEL PRINCIPIO IDENTIDAD DE PARTES

SOBRE LA IDENTIDAD DE PARTES.

El principio que se ha expuesto en líneas anteriores en el sentido de que para que exista COSA JUZGADA DEBE EXISTIR IDENTIDAD EN LOS SUJETOS O Partes NO ES TAN EXACTA COMO VEREMOS MÁS ADELANTE.

Según la posición tradicional vista por la doctrina, una sentencia dictada dentro de un proceso judicial en el que son partes PEDRO Y JUAN solo tendrá valor de cosa juzgada únicamente entre Pedro Y Juan y nunca contra María u otra persona que no haya intervenido en el proceso.

Este principio que establece el fundamento del límite subjetivo de la cosa Juzgada tiene en la práctica múltiples variables que nos hacen dudar de la regla en cuestión.

Para que una regla o principio jurídico sea reconocido como valido para todos los supuestos que regule debe tener consistencia y fuerza jurídica de tal manera que solo en casos de excepción admite su inaplicabilidad siendo la excepción la comprobación de la regla .No obstante a continuación se expondrán una seria innumerables de casos en los cuales a pesar de no existir la identidad de partes no obstante, la resolución judicial que se dicte en un proceso afectara con la

fuerza y vinculación suficiente como para que afecte a terceras personas que no actuaron dentro del proceso.

Al final concluiremos y probaremos que el concepto de cosa juzgada tradicional de la necesaria identidad de sujetos objeto y causa es relativo y no puede tenerse como una regla a aplicarse sin mas debiéndose realizar un análisis jurídico profundo de cada caso en particular.

En resumen hay que rescatar la posición de *Ugo Rocco* pues dicho autor critica como vemos el principio básico que señala los limites subjetivos de la sentencia cual es que los efectos de la sentencia solo afecta a las partes que intervienen dentro del proceso Aduce como vemos para plantear la critica en el hecho evidente de que existirán casos en los cuales la sentencia afectara a terceros que no han sido partes dentro del proceso.

De tal manera que no se puede sentar la premisa de la relatividad de la sentencia *solo* a las partes que participaron dentro del proceso como una premisa valida y *universal* a aplicarse siempre, si tenemos situaciones que no caerían dentro de dicha premisa como veremos de tal forma que seria una premisa que no tendría un carácter absoluto y por lo tanto no podría sentarse como un regla a aplicarse siempre.

Veremos a continuación innumerables situaciones jurídicas en las cuales a pesar de no darse la identidad de las partes los efectos de la cosa juzgada, se manifiestan y afectan a personas que no fueran partes dentro de un proceso pero que se encuentran vinculadas jurídicamente por el objeto o por la causa definido por la misma.

A- OBLIGACIONES SOLIDARIAS E INDIVISIBLES

Sobre LA SOLIDARIDAD pasiva la doctrina de éste modo "se designa un estado de derecho conforme al cual, en una

obligación conjunta, cada deudor se halla comprometido directamente al pago de toda la deuda. (...) ³⁰ Lo que propiamente constituye la solidaridad no es que pueda reclamarse de un coaligado la prestación total, pues esto también ocurre en las obligaciones indivisibles, sino la circunstancia de hallarse directamente respondiendo “por el todo y como deudor del todo” que es el sentido de la frase latina *intantum et totaliter* que suele emplearse para caracterizar el compromiso solidario.” ³¹

En relación a las obligaciones indivisibles la obligación se tiene como tal aquella que tiene por objeto una cosa o un hecho que por su condición física o jurídica no admite división material o intelectual. El Objeto no admite división material cuando su fraccionamiento produciría su destrucción o deterioro en términos de hacerlo inadecuado para los fines que se persiguen. Ejemplos un animal vivo, un navío una estatua. Y no admite división intelectual cuando conforme a la naturaleza de la prestación sea inconcebible pueda ser cumplida fraccionariamente, cual se observa en la obligación de transportar un objeto a cierto lugar, de no ejercitar una servidumbre, cosas todas que para ser cumplida requieren de ejecución total o abstinencia absoluta de partes de todos los obligados.” ³²

En ambos tipos de obligaciones tanto las solidarias como las indivisibles por la naturaleza de cada obligación, la sentencia que venga a recaer en un proceso judicial vendrían necesariamente y como lógica consecuencia a afectar a los demás deudores que no fueron demandados dentro del proceso. En las obligaciones solidarias dicha consecuencia jurídica deriva del hecho del vínculo existente entre los codeudores de tal manera que la sentencia que venga a darse contra un codeudor en virtud la cual se le obliga a pagar la totalidad de la obligación vinculara necesariamente a los demás deudores dentro

de la relación interna con respecto al deudor que fue demandado primero.

En las obligaciones indivisibles la sentencia afectara a los demás codeudores aunque no hayan sido partes pero en este caso no lo serán por el vínculo existente entre los deudores sino por la naturaleza indivisible de la prestación ya sea concebida su indivisibilidad desde un punto de vista material o intelectual. Así por ejemplo la obligación de entregar una cosa cierta y determinada que se determine en sentencia afectara a todos aquellos sujetos que se encuentren obligados frente al acreedor a entregar dicho objeto aunque no hayan sido parte todos los sujetos dentro del proceso.

En relación a lo anterior podemos mencionar también a manera de ejemplo la situación jurídica que regula el artículo 790 del Código Civil referente al pago con subrogación, en su inciso tercero determina que existirá la subrogación a favor de aquel sujeto que paga y que se encuentre obligado con otros o por otros. Es decir si una sentencia obliga a unos de los sujetos cumplir la obligación necesariamente se opera un efecto inmediato de la sentencia que afectara a otros sujetos deudores también, aunque no hayan sido parte en el proceso. Por ejemplo si el sujeto deudor demandado debe cumplir entregando la cosa cierta y determinada dicho sujeto tiene el derecho de cobrar la parte, proporcional de los demás codeudores lo mismo sucede con las obligaciones solidarias. Aquí es evidente el efecto de la sentencia sobre las otras partes aunque estas no hayan intervenido en el proceso.

Sobre el particular es interesante el análisis que hace Brenes Córdoba a continuación esbozo dicho comentario el cual se transcribe textual por su especial interés.” El punto que antecede, que tan sencillo parece, ha sido y es objeto de controversia entre los expertos de Derecho. Tres corrientes de opinión se

³⁰ Brenes Córdoba, op. Cit. P. 38.
³¹ Brenes Córdoba, op. Cit. P. 73.
³² Brenes Córdoba, op. Cit., P. 79

han manifestado unos escritores entre los que cuentan Toullier, Proudhon, y Larombiere piensan que los efectos de la cosa juzgada se extienden a todos los deudores, doctrina que tiene la ventaja de cerrar la puerta a toda ulterior discusión sobre el mismo punto, pero en el fondo es injusta porque daría margen a la lesión de personas no oídas ni convencidas en juicio. Otros como Bonnier, Comet de Santerre, Laurent y Giorgi son del parecer contrario, no admiten que la cosa juzgada pueda perjudicar a quienes no han sido partes en la contienda: Nuestro código (Art. 673) sigue ese parecer que esta muy de acuerdo con el ceñimiento de justicia y con los principios que rigen la cosa juzgada Mas presenta una seria dificultad hace posible que se produzcan fallos contradictorios respecto de la misma cosa, puesto que cada interesado conserva el derecho de discutir separadamente la misma cuestión ventilada con otro u otros de sus compañeros, para el caso en que el conflicto se produzca porque un deudor quede liberado por la sentencia y otro por sentencia distinta resulte condenado por el todo, advierte Giorgi que es preciso que el acreedor rebaje ,al deudor que haya sido condenado a pagar la deuda, el equivalente en dinero, de aquella porción porque respondía el deudor absuelto.”³³

B- Causahabientes

Lo dictado en una resolución de fondo en cuando a un sujeto determinado afectara necesariamente a sus causahabientes. Ejemplo En un proceso judicial reivindicatoria entre A y B en el cual existe sentencia favorable para B en el sentido de que la cosa debe ser restituida a él vendrá necesariamente a afectar a C heredero de A en cuanto a que la Cosa le pertenece a B y no ha a su pariente. Esto tiene su lógica consecuencia del principio de que nadie puede transmitir a otro un derecho que no se tiene. Además del hecho de que las disputas jurídicas no se pueden eternizar

indefinidamente. Y un tercer argumento lo es la vinculación de las partes por el objeto fallado, la relación jurídica que tienen todos los sujetos con la cosa.

C- Sobre el estado civil de las personas

El fallo dictado en un proceso de familia en el que la resolución determina la disolución del Vínculo matrimonial afectara no solo a las partes intervinientes sino que la sentencia tendría efectos erga omnes es decir para todo el mundo, la relación matrimonial entre A y B se encuentra disuelto y ello es valido para toda la sociedad.

Lo mismo puede decirse cuando una sentencia declara la paternidad de una persona. Si una sentencia determina que A es hijo de B ello hará que A cuando B muera tendrá derecho heredar en igualdad de oportunidades que los demás herederos, observen que en este caso la sentencia que declara la filiación afecta necesariamente a los demás herederos sin haber sido estos partes en el proceso de filiación.

D- La sentencia que se dicta dentro de un proceso Contencioso administrativo contra el Estado

La sentencia judicial en el que se declare la existencia por parte del Estado de violaciones a intereses públicos que afectan a la comunidad tendrá dicha resolución efectos erga omnes, pues beneficiaria a todos los habitantes del país sin haber sido estos partes dentro del proceso, y eventualmente podrá perjudicar a una minoría precisamente por el interés publico de por medio.

Lo mismo puede decirse de las sentencia dadas por la Sala Cuarta Constitucional que se dicten contra las actuaciones del Estado en relación con la comunidad existiendo un interés publico de por medio.

³³ Ver PROCESO PENAL COMENTADO LLOBET RODRÍGUEZ JAVIER, PÁGINA 218.

E- En Materia de Nulidades

La sentencia que declare nulo un testamento tendrá efectos para todos los herederos aun aquellos que no fueron parte del proceso. Dicha nulidad afectara a todas aquellas personas que se encuentran beneficiadas con la disposición de última voluntad. Es ilógico pensar que un documento sea valido para unas partes y no valido para otras. Si el documento por ejemplo es nulo por falta de consentimiento del testador es nulo para todas las personas. Lo mismo puede decirse de la sentencia dictada en la cual se anula una obligación jurídica o un contrato. Ésta nulidad afectara o beneficiaria a terceros como por ejemplo el fiador del deudor incluso sin haber sido parte del proceso. También perjudicara o beneficiara según sea el caso a aquellos sujetos vinculados al mismo incluso, sin haber sido partes dentro del proceso de nulidad.

El contrato celebrado entre A y B que se reputa nulo es nulo también frente a D, E Y F aunque estos no hayan participado dentro del proceso y esto es así por la vinculación existente entre la causa y el objeto. Aunque no se de la identidad de sujetos.

F- Eficacia de las sentencia penales en la vía Civil

Las sentencias penales en las cuales se decide sobre los extremos civiles afectaran necesariamente con valor de cosa juzgada a todos los terceros que tengan relación con los hechos conocidos por el Tribunal Penal siempre y cuando haya intervenido dentro del proceso el damnificado.

A este respecto véase el artículo 164 del Código procesal Civil. El cual reza Artículo 164 sentencias penales las sentencia penales de los tribunales penales producen cosa juzgada material para o contra toda persona, indistintamente y de una manera absoluta cuando decidan:

- 1) Si la persona a quien se le imputan hechos que constituyen una infracción penales es o no el autor de ellos.
- 2) Si esos hechos le son imputables desde el punto de vista de la ley penal.
- 3) Si ellos presentan los caracteres requeridos para la aplicación de tal o cual disposición de aquella ley.
- 4) Los demás pronunciamientos de una sentencia dada por un tribunal penal que no se encuentren comprendidos en uno de los tres incisos anteriores, no producirán cosa juzgada material, ante un Tribunal Civil, a menos que en el proceso penal hubiera intervenido el damnificado.”

Sobre el concepto de damnificado ver votos de la Sala tercera 421-F-97,267-F _91 ,69-f- 94. “Damnificado es aquel que sufrió el daño (damnificar significa dañar) Se diferencia de dicho concepto del de sujeto pasivo del delito y del de víctima.³⁴

Arias en su libro La Cosa Juzgada Penal y su eficacia sobre lo Civil ahonda con brillantez este tema.

Dicho autor nos ilustra sobre el particular en la siguiente cita: “Pero el juicio penal, dada su naturaleza y el fin de su institución debe tener una eficacia absoluta y es así que el Juez civil no puede desconocer su pronunciamiento en todo lo que se refiere a la declaración de culpabilidad. Por esta vía y en la medida en que existen “cuestiones comunes” entre la acción penal y la civil la cosa juzgada penal surte efectos sobre la acción civil.

A esta idea se agrega en los continuadores de Aubry y Rau el principio de la prejudicialidad de la acción penal sobre la acción civil. Este principio se encuentra en perfecta armonía con la dualidad entre la acción penal y acción civil -presupuesto de la prejudicialidad- y con la preeminencia de la jurisdicción penal.³⁵

³⁴ Arias, Op. Cit. P. 112.

³⁵ Arias, op. Cit P. 113.

“La doctrina moderna francesa sigue sosteniendo la eficacia de la cosa juzgada penal. Sobre la acción civil emergente del delito. Pero ya no la funda en la prejudicialidad de la acción penal (...) ni en la noción de distribución de competencias. Como punto de partida reconoce la nítida distinción entre acción penal y acción civil en cuanto ambas tienen como fundamento un mismo hecho material pero considerado en una como un delito penal y la otra como un delito o un cuasidelito civil. Pero frente a esa reconocida diferencia se eleva un principio fundamental: el de la autoridad de la decisión penal. Los autores modernos han sentado la necesidad de proteger la integral eficacia de la decisión penal teniendo en cuenta las mayores garantías de verdad que ofrece el proceso en que ella se forma y su preponderancia de los intereses que en él están en juego. Consideran, en virtud de estas razones, que se atentaría contra el orden público si esa decisión pudiera ser contradicha en el juicio civil.”³⁶

En nuestro derecho existe preeminencia del penal sobre lo civil, por ejemplo el artículo 202 del Código Procesal Civil regula la prejudicialidad al establecer el Artículo 202 suspensión: “El Juez decretará la suspensión del proceso:...2) Cuando iniciado un proceso penal, la decisión de este influya necesariamente en la decisión del civil. Esta suspensión no podrá durar más de dos años al cabo de los cuales se reanudara el proceso.”(...).

Desarrolla el principio doctrinario que lo penal tiene en espera a lo civil. Es decir existencia de un proceso penal que incidirá necesariamente dentro de un proceso civil, este se paralizara hasta que el proceso penal sea resuelto, ello sucede sobre todo en casos en que se discuta la falsedad de un documento ver en ese sentido el artículo 397 del Código procesal Civil.. Otra razón para determinar que en nuestro derecho la sentencia dictada dentro de un proceso penal afectara necesariamente

lo civil es la posibilidad para el damnificado de ejercer dentro del proceso penal la acción civil resarcitoria.

Además de lo anterior es preciso indicar que existirá cosa juzgada dentro de un proceso penal que afectara necesariamente un proceso civil si el damnificado se hizo presente dentro del proceso civil. Esto quiere decir que la sentencia penal que decide aspectos civiles tendrá prevalencia sobre un proceso civil abierto posteriormente al cual se le podrá oponer la excepción de Cosa juzgada esto es así por varios motivos:

- 1- Interés público que revisten las sentencias penales pues afecta interés de la comunidad que deberán ser resguardados a través del derecho punitivo ,tales valores son la propiedad, la vida, la integridad física ,el honor, la libertad etc.
- 2- Posibilidad que se tiene dentro de un proceso penal de tener medios idóneos para averiguar con una mayor exactitud la verdad real, que los que existen en la vía civil.
- 3- La situación de prejudicialidad que se presenta en nuestro sistema jurídico tal y como lo señala el artículo 202 del Código Procesal Civil, que se conoce como el principio de que lo penal tiene en espera a lo civil.
- 4- La posibilidad de ejercer dentro del proceso penal la acción civil nacida de delito esto es del ejercicio de ambas acciones dentro de un proceso penal.

Es interesante además hacer notar las ideas del Dr. Enrique Castillo especialista en la materia quien desde su punto de vista nos indica que lo resuelto en la vía penal produce cosa juzgada material dentro de la jurisdicción civil dicho autor señala: “En esta materia de las relaciones entre la acción civil y la penal

³⁶ Castillo Barrantes Enrique Ensayos de Derecho Procesal Penal, pag. 180.

acabamos de ver que dichas acciones guardan entre sí una relativa pero notable independencia. Ello no impide que el actor civil pegue su acción a la penal, para que ambas sean conocidas en el mismo proceso penal, miradas las cosas desde el punto de vista del actor el escogimiento de la vía procesal penal representa notables ventajas. Pero la opción de la vía civil no es ventajosa solamente para el ofendido, lo es también para la sociedad, porque el damnificado por el delito, al llevar su acción al proceso penal, contribuye al esclarecimiento del hecho y a la determinación de las responsabilidades resultantes. El particular ofendido se convierte en un verdadero colaborador de la justicia penal, porque así como el puede sacar provecho para su tesis con las pruebas recogidas por la policía judicial, por el ministerio Público y por el tribunal recíprocamente la tarea de estos últimos se vera aliviada por las contribuciones del particular que diligentemente busca ofrece y presenta sus pruebas y alegatos. Finalmente la propia administración de Justicia obtiene un beneficio de la escogencia de la vía penal, porque ello implica una indudable economía procesal al conocerse la acción penal y la civil en un mismo proceso, se evita otro, el civil, que es precisamente el más lento y costosos.

Sobre el principio de que “Le penal tient le civil en état” y sobre la prejudicialidad el citado autor nos aclara” El tribunal civil puede admitir la demanda y darle curso pero el pronunciamiento de la sentencia debe suspenderse hasta que la causa penal haya sido resuelta a fin de que el Juez Civil conozca la decisión penal y pueda atenerse a ella para los efectos de la cosa juzgada. Puesto que lo penal debe prevalecer sobre lo civil. La causa civil debe suspenderse hasta que sobrevenga el fallo penal (CF. Art. 202 inciso 2 CPC vigentes) Esta idea es la que corresponde a la regla Le penal tient le civil en état, cuyo significado es el de que lo penal mantiene a lo civil en estado de espera.

Esta misma regla se ha de aplicar aun cuando la acción resarcitoria *hubiéese sido*

promovida en la vía ordinaria antes de que comenzara el proceso penal y no ha sido todavía resuelta. iniciado este a instancias del Ministerio Público. El pronunciamiento de la sentencia civil debe suspenderse para que el fallo pueda revertirse de la autoridad de la cosa juzgada”³⁷

SITUACIÓN DE LA COSA JUZGADA EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO PROCESAL GENERAL

En el proyecto del Código Procesal General el artículo 49.2 señala lo siguiente: “Cosa Juzgada Salvado el caso de la declaratoria con lugar de la prescripción del principal, las sentencias dictadas en procesos ordinarios y a las que la ley les atribuye ese efecto producen la autoridad y eficacia de la cosa juzgada material. Sean estimatorias o desestimatorias excluirá un ulterior proceso aun cuando se pretenda en otra sede jurisdiccional o se readecuen los hechos a otra pretensión u objeto. Los efectos alcanzan a las pretensiones de la demanda y reconvencción.

Los efectos de la cosa juzgada material se limitan a lo resolutivo de la sentencia y no a sus fundamentos *siendo indiscutible, en otro proceso, la existencia o la no existencia de la relación jurídica declarada por ella no obstante no producirá cosa juzgada el pronunciamiento sobre alimentos, patria potestad, guarda, crianza y educación de los hijos menores y los demás casos previstos en la ley. La sentencia firme produce cosa juzgada material en relación con otro proceso, si en ambos casos son iguales el objeto y la causa o por lo menos esta última y aunque se a toro en objeto, se refiera a los mismos hechos que lo roginas y se trate de las mismas partes o sus sucesores por cualquier título. Se exceptúa lo señalado para las sentencias de interés de grupo.*

La cosa juzgada será apreciada de oficio por los jueces. (El subrayado es nuestro).

³⁷ Castillo Barrantes Enrique Op. Cit. P. 180.

Es interesante destacar que el proyecto recoge en la norma mencionada las ideas doctrinarias más avanzadas sobre la concepción de la cosa juzgada sobre todo en cuanto a la vinculación necesaria entre el límite subjetivo y la vinculación objetiva, objeto y causa.

Según la norma en cuestión es interesante destacar que será suficiente para que se de la cosa juzgada la identidad en cuanto al objeto o en cuanto a la causa, no refiere la necesidad de la identidad subjetiva.

REFLEXIONES FINALES

El principio de la necesaria triple identidad sujetos, objeto y causa para que se de la cosa juzgada, no se presenta en una serie de situaciones jurídicas como hemos visto antes, ya que tenemos un gran número de casos en los cuales se producen los efectos de la cosa juzgada sin que necesariamente actúen los tres elementos o se manifiesten en un proceso dado. Esta situación se presenta por el hecho de que los límites subjetivos de la cosa juzgada en el fondo tienen íntima relación con los límites objetivos, esto es así dado que si en un proceso se discute una determinada relación jurídica en relación con un objeto determinado la sentencia que recaiga afectará necesariamente a todas las personas que tengan una relación con dicho objeto por ejemplo si en un proceso penal se discute la existencia de un delito de usurpación en la cual el propietario reclama la cosa, la sentencia que determine que A es el titular de la cosa y por ello tiene derecho a ser restituido de la misma, por ser o tratarse de un derecho real de propiedad, lo que se decida en dicho proceso afectará necesariamente a todos aquellos que pretendan tener un derecho de propiedad sobre la cosa con exclusión del verdadero propietario.

Como puede verse en tal situación el límite subjetivo no se presenta pues habrá terceros que aunque no fueron partes dentro del proceso siempre la sentencia les vendría afectar y les afectarla por el aspecto de los límites objetivos dada la conexión de todos

los sujetos con el objeto debatido. En otras palabras los límites subjetivos de la cosa juzgada quedarán subsumidos en los límites objetivos de la misma.

Sobre este aspecto en particular Arias nos explica lo siguiente; sobre los límites subjetivos de la cosa juzgada.

“Se produce un movimiento doctrinario que conduce a extender los límites de la cosa juzgada replanteando el problema del límite subjetivo de la sentencia. El primer paso es dado por Chiovenda quien después de afirmar que la cosa juzgada solo es obligatoria para las partes agrega como acto jurídico relativo a las partes entre las que intervienen, la sentencia existe y vale respecto a todos, así como el contrato entre A y B vale respecto a todos, como contrato entre A y B así la sentencia entre A y B vale respecto a todos en cuanto sentencia entre A y B.

Este es el punto de partida de una fecunda distinción entre efectos directos y efectos reflejos de la sentencia, que culminara con el maestro Carnelutti y la primera brecha en el clásico criterio de la relatividad de la cosa juzgada civil.

...Después de determinar las razones en cuya virtud una relación jurídica extraña al proceso puede ser influida por la sentencia, BETTI establece la clásica distinción entre terceros indiferentes y terceros interesados. Son terceros indiferentes aquellos titulares de derechos que se ven afectados de hecho por la sentencia dictada en un juicio en que no ha sido partes, aunque no queden sujetos jurídicamente a ella. Es lo que ocurre con el acreedor de una de las partes venida en el juicio. Para ese acreedor tiene trascendencia económica que su deudor vea disminuido su patrimonio o resulte desposeído de un bien. Pero el perjuicio que sufre es meramente de hecho, porque su crédito queda intacto pese a la sentencia y no es perjudicado por ella.

Es tercero interesado en cambio aquel titular de una relación jurídica que se encuentra

afectado jurídicamente por el contenido de la sentencia, así por ejemplo la sentencia que “declara prescrita una obligación vale frente al tercero fiador de esa misma abdicación, así también la sentencia que declara nulo un testamento frente a un heredero vale frente a los demás herederos que no han sido parte en el juicio. En estos casos la sentencia surte efectos jurídicos conexos con la deducida en juicio, determinando su existencia o inexistencia.....Arlas Jose Op. Cit., p 112

Queda así superado el problema del límite subjetivo de la cosa juzgada. La sentencia produce dos grupos de efectos: efectos directos que se refieren a la contienda y que se limita a los partes porque están son una de los elementos de la contienda. Efectos reflejos que se producen frente a cualquier titular parte a tercero de una relación jurídica en determinada conexión (de prejudicialidad o de concurrencia) con la ventilada en juicio normal es que estos efectos reflejos se producen frente a cualquiera -orga omnes- y lo excepcional es que se limita a las partes del juicio. En esta forma el problema, de los límites subjetivos de la cosa juzgada queda subsumida en la cuestión de sus límites objetivos.”...El subrayado es nuestro.

El concepto de Cosa juzgada tal y como lo ha señalado la doctrina tradicional esto es de la triple identidad que debe existir entre sujetos objeto y causa ha sido cuestionada últimamente hasta el punto de que autores de la talla de *Ugo Rocco* y *Arlas* llegan a mostrarnos que dicho concepto desde su perfil tradicional se encuentra dubitado.

Las sentencias judiciales también pueden afectar a terceras personas que no han sido partes dentro de un proceso o aquellos terceros que pudieron ser partes de un proceso y no participaron dentro del mismo sin justificación.

En el fondo el concepto de Cosa Juzgada vista desde un punto de vista mas elaborado y mas evolucionado a la luz de la doctrina

moderna a la cual me uno nos indica que lo decidido en una resolución su contenido su objeto afectara por el principio lógico de congruencia de las resoluciones judiciales y los principios de lógica jurídica a todas aquellas situaciones jurídicas que necesariamente se relacionen con el contenido u objeto de dicha resolución incluso a terceras personas que no fueron parte del proceso pero que serán afectados por la resolución judicial por cuanto se encuentren en una situación jurídica que tiene relación directa con el contenido de lo fallado (objeto o causa).

Estas ideas dichas de esta manera critican el principio doctrinario según el cual para que se den los efectos de la Cosa Juzgada material deberá necesariamente existir identidad de partes objeto y causa, dentro de un proceso judicial determinado, como vemos tal principio ha sido bastante criticado y a través de la presente investigación se ha comprobado que en muchas situaciones el principio no se aplica.

Existen innumerables situaciones jurídicas en que las resoluciones judiciales afectaran necesariamente a terceras personas que no fueron parte dentro del proceso judicial precisamente por el vinculo jurídico que los liga con el objeto o la causa del proceso judicial fallado tal y como quedo explicado antes o por el interés público que existe de por medio. Resulta muy interesante sobre el particular comentar las ideas de *Ugo Rocco* dicho autor considera que los efectos de la cosa juzgada en relación a los terceros ha sido analizados erróneamente bajo la regla de la necesaria identidad de partes para que puedan darse los efectos de la cosa juzgada y estos efectos no podrán darse frente a terceros que no han sido partes dentro del proceso. *Ugo Rocco* considera erróneo dicho análisis pues existirán terceros que pudieron accionar pues se encontraban legitimados para hacerlo y para obtener una resolución a su favor pero que no lo hicieron. A estos les afectara necesariamente la decisión judicial por cuanto en el fondo no son tales terceros por la relación íntima con el objeto debatido,

en cambio a aquellos terceros que no tenían la legitimación para accionar no les afectara pues en realidad no podían de todas formas pretender una determinada pretensión pues no se encontraban legitimados. Desde esa perspectiva los terceros legitimados para accionar *en realidad no son terceros ni tampoco son ajenos a la resolución final pues sus efectos le afectarán.*

Sobre el particular el autor manifiesta "Si, adoptando un criterio estrictamente formal, se quiere considerar terceros a aquellos que no participaron en el juicio instaurado para la declaración de certeza de determinada relación jurídica, la pretendida eficacia frente a los llamados terceros parece sumamente dudosa. Pues si bien se observa en todos los pretendidos casos de extensión de la cosa juzgada, los llamados terceros, se consideran como tales únicamente, por el hecho de no haber participado en el juicio. Pero dichos sujetos, aunque en realidad no hayan tomado parte en el juicio, siempre y en todo caso por lo menos virtualmente, habrían podido participar en el, ya que habrían estado siempre legitimados para accionar o por lo menos para intervenir en el juicio. En efecto como la cosa juzgada no es otra cosa que el fenómeno de la extinción del derecho de acción y contradicción, siendo el derecho de acción un derecho a la prestación de la actividad jurisdiccional, esa prestación debe tenerse por realizada cuando se haya ejercido la acción. La eficacia extintiva de la autoridad de la cosa juzgada deberá verificarse, por tanto en relación con todos los sujetos titulares del derecho de acción o de contradicción, es decir frente a todos los sujetos legitimados para accionar

El problema de los límites subjetivos de la cosa juzgada no es más que el problema de la individualización de los sujetos legitimados para accionar o para contradecir en sentido amplio.

La eficacia extintiva de la acción producida por el fenómeno de la cosa juzgada se verifica por tanto en relación con todos los sujetos

legitimados para accionar o para contradecir, sin que importe si tales sujetos han estado realmente presentes en el juicio asumiendo el carácter a la figura procesal de actores o demandados"...Ugo Rocco Op. Cit., p 439

El enunciado de la triple identidad (*objeto, sujeto y causa*) para que se den los efectos de la cosa juzgada se presenta bajo una de regla jurídica claramente vulnerable si lo analizamos más profundamente.

Si nos preguntáramos porque motivo la doctrina tradicional señala como necesaria la triple identidad de elementos (*objeto, sujeto y causa*) para que se de la Cosa Juzgada, nos daremos cuenta que dicho principio se establece en primer término por economía procesal estos es que no se den procesos idénticos uno posterior al otro desgastando al sistema, pues el punto ya fue discutido y no sería necesario discutirlo nuevamente. , ello desde el punto de vista de la cosa juzgada material Otro argumento es que se quiere evitar la situación gravosa y desacreditante para el sistema jurídico de dos sentencias con un mismo rango jurídico *contradictorias entre sí, solo piénsese en lo engorroso que sería ejecutarlas. además se quiere evitar la violación al debido proceso esto es que una persona salga condenada o sentenciada dentro de un proceso en el que no fue parte y en el que no pudo presentarse a defender sus derechos ofrecer pruebas e impugnar resoluciones, sin tener oportunidad de hacerlo por cuanto no se entero de la existencia del proceso o porque le fue imposible para el presentarse dentro del proceso a ejercer su defensa.*

Ahora bien porque motivo y a pesar de todos estos argumentos existen casos como los señalados en la presente investigación en que a pesar de no darse la triple identidad referida, (sobre todo identidad de los sujetos) tenemos los efectos de la cosa juzgada material?

La respuesta es que existirán resoluciones judiciales que afectaran a terceros no intervinientes debido al interés jurídico

que revisten y la protección de los valores fundamentales que tales resoluciones aspiran, además de la vinculación lógica entre el objeto y la causa del proceso ya fallado en relación con otro proceso donde se discute el mismo objeto y en relación además con todos los sujetos que se encuentran vinculados al objeto y a la causa del proceso mismo.

En otras palabras no tendría sentido discutir, el objeto o la causa en un proceso nuevo lo que se discutió ya en otro proceso aunque sean distintas las partes intervinientes. (El elemento subjetivo(los sujetos o partes) queda subsumido en el elemento objetivo, objeto o causa)

VINCULACIÓN DE LOS SUJETOS AL OBJETO y LA CAUSA

Consideramos que todos los casos analizados a lo largo de esta investigación nos demuestran que la cosa juzgada material puede producirse aun en situación jurídicas de casos judiciales en los cuales no existe la identidad subjetiva es decir, se manifiesta el efecto de la cosa juzgada material aun sin darse la triple identidad de elementos. Y ello es así por cuanto, según nuestra posición, es encuentran presentes en dichas situaciones las siguientes características:

Existencia de un interés público tutelado por la naturaleza de la resolución judicial dictada. La conexión lógica jurídica que existe entre la sentencia y todos los sujetos a los cuales dicha resolución les afecta como lógica consecuencia. En el sentido de que no podría aunque se de una sentencia posterior contradecir lo fallado pues lo fallado es incompatible con la idea de ser cuestionado posteriormente en otro proceso, por la necesaria vinculación que la resolución establece, una vez dictada, en relación con todas las personas legitimadas o ligadas con

el asunto o cuestión, *es decir vinculación objetiva (causa y objeto)*. Pero sobre todo por cuanto tenemos que la sentencia dictada tiene una presunción de verdad es decir que lo fallado es la realidad jurídica, la verdad establecida y esto tiene íntima relación con uno de los principios de la lógica jurídica y es que A no puede ser A y ser B al mismo tiempo, una cosa no puede ser de una manera y ser su contradictorio al mismo tiempo.

El límite subjetivo queda subsumido en el límite objetivo. Es decir una vez que la sentencia resuelve el objeto debatido y la causa pretendí, ésta afectara a otros sujetos(no partes dentro del proceso) como lógica consecuencia del vínculo existente de todos los sujetos con los hechos que fueron parte del proceso y la razón jurídica de pedir. Si la resolución judicial tiene una presunción de verdad, sería completamente ilógico e incongruente que dos sentencias de un mismo rango judicial resuelven dos procesos judiciales en los cuales el objeto debatido y la causa jurídica sean la misma con la posibilidad gravosa de tener dos sentencias contradictorias.

En conclusión es evidente que el principio de la necesaria triple identidad de elementos no puede existir como regla o dogma incuestionable e indubitable sin primero analizar cada caso en concreto si se esta ante una resolución que reviste un interés público por los valores fundamentales y el interés público tutelado o por la consecuencia lógica de vinculación que se dará entre los sujetos en virtud del objeto (objeto y causa) presentes en la resolución y por la conexión que existe entre estos (vinculación objetiva de los sujetos). Fundamentándose esto en el hecho de que la realidad jurídica contenida en la sentencia es la única realidad y así debe tenerse el fallo como la verdad imperante para todos. Es decir la hipótesis comprobada.

BIBLIOGRAFÍA

Abdenour Granados Rosa María. La Responsabilidad Civil derivada del hecho punible, Editorial Juricentro.

Alessandri Arturo. Curso de Derecho Civil. Editorial Nacimiento, Santiago Chile, tercera edición, 1964.

Arlas José A. La Cosa Juzgada Penal y su eficacia sobre la Materia Civil, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo, 1950.

Artavia Sergio y Marjorie Arrieta. Recurso de Revisión y Cosa Juzgada editorial Sapiencia 1999.

Brenes Córdoba Alberto. Tratado de las Obligaciones, Editorial Juricentro, San José, setima edición, 1998.

Carnelutti Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal, Colección Clásicos del Derecho. Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1994.

Casal López Yuri. Compendio de Jurisprudencia Civil, Investigaciones Jurídicas S.A.

Castillo Barrantes Enrique. Ensayos de Derecho Procesal Penal.

Claria Olmedo Jorge. Derecho Procesal. Editorial De Palma, Buenos Aires, 1983.

Gutiérrez Carlos José. Lecciones de Filosofía del Derecho, Publicaciones de la universidad de Costa Rica

Llobet Rodríguez Javier. Proceso Penal Comentado Imprenta y Litografía Mundo 1998.

Pacheco Máximo G. Introducción al Derecho, Editorial Jurídica de Chile.

Parajeles Vindas Gerardo. Curso de Derecho Procesal Civil, Vol. 11, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, tercera edición, 2000.

Prieto Castro Fernandez. Derecho Procesal Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972.

Rocco Alfredo. La sentencia Civil, Editorial Cárdenas, Tijuana, 1985.

Rocco Ugo. Derecho Procesal Civil, Vol. 1, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001.

Código Civil de Costa Rica y Jurisprudencia, Evelyn Salas Murillo, Biblioteca Jurídica 2002.

LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Lic. Ronaldo Hernández H.

ÍNDICE

I. Introducción.....	95
II. Los Contratos de la Administración.....	95
Generalidades	95
La Doctrina	96
La Legislación	97
Jurisprudencia	97
III. Características del Contrato Administrativo	98
De acuerdo a la Jurisprudencia Constitucional	98
Elementos del Contrato Administrativo.....	99
Caracteres del Contrato Administrativo	99
IV. Cláusulas exorbitantes como prerrogativas de la administración.....	99
Significación y contenido de las cláusulas exorbitantes.....	100
Preeminencia de la noción de servicio público sobre las cláusulas exorbitantes como elemento identificador del contrato administrativo.....	101
V. Formación del Contrato Administrativo	103
VI. Ejecución de los Contratos Administrativos.....	103
Dirección y control del contrato	103
Ius Variandi.....	104
Interpretación del Contrato.....	105
Extinción Unilateral.....	105
VII. Derechos del contratista	106
Principio de Riesgo y Ventura	106
Inflación, Teoría de la Imprevisión y cláusulas de valor	110
Inaplicabilidad de la excepción non adimpleti contractus.....	110
VIII. Conclusiones.....	111
IX. Bibliografía	112

I.- INTRODUCCIÓN

Toda actividad de la Administración propende a la satisfacción de los intereses de la colectividad. El cumplimiento de este objetivo puede llevarla a requerir a los administrados la realización de actividades personales o la entrega de bienes patrimoniales. Tales prestaciones de los particulares, en ocasiones, cuando tienen carácter obligatorio, se encuentran configuradas constitucional y legalmente como deberes públicos, de manera que el Estado puede imponer su cumplimiento en forma coactiva. Otras veces, el Estado carece de ese poder coactivo, bien porque el sujeto llamado a colaborar es otro ente estatal o porque tratándose de un particular, no existe el deber de soportar las prestaciones pretendidas por la Administración. En ambos casos, la colaboración se debe obtener en forma voluntaria y la Administración puede acudir a la figura del contrato. El contrato se convierte así en instrumento para la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas entre dos entes estatales, o entre el Estado y los particulares.

El contrato administrativo se caracteriza, precisamente porque la actividad de la Administración se encuentra asociada a la noción de interés público. Por ello el contrato administrativo puede definirse como aquel que celebra, directa o indirectamente, la Administración pública, en cualquiera de sus manifestaciones, central y descentralizada, territorial o funcionalmente con otro sujeto de derecho público o privado para satisfacer una finalidad pública y gobernado fundamentalmente por normas de derecho administrativo, tanto en la etapa previa a su formación, licitación, concurso, subasta como en su ejecución, cláusulas exorbitantes y revisión, jurisdicción contencioso administrativa.

Precisamente, las cláusulas exorbitantes, instrumentadas como prerrogativas, se presentan como una potestad, como un privilegio de la Administración sobre sus

cocontratantes. Estas prerrogativas se dan en todas las etapas de la contratación, en la fase de preparación u otorgamiento o en la fase de ejecución donde se dan la mayoría. El privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria y el *ius Variandi* son las prerrogativas por excelencia de la Administración y sus alcances son extendidos a todas sus necesidades, tales como el poder de dirección, inspección y control, el poder de interpretación unilateral y un régimen amplio de sanciones. Pero como todo privilegio, también tiene sus límites, como el equilibrio de la ecuación financiera, constituyendo ese régimen extraordinario o exorbitante del derecho común, junto con una serie de derechos del cocontratante que le brindan una gama de garantías que le asistirían en la contratación con otro particular, garantías que no son precisamente el objeto de este estudio.

LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

II. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

1.- GENERALIDADES

Es importante destacar ante todo, la relevancia de los contratos de la administración y su incidencia en la sociedad en general. Mucho se ha hablado sobre la capacidad de la Administración Pública para contratar, pero ya no nos caben dudas de la misma. Al respecto hubo quienes sostenían lo contrario, por lo cual surgen con gran importancia para el análisis, las teorías positivas y negativas.

TEORÍAS NEGATIVAS

La doctrina Alemana, llevada adelante por Otto Mayer, sostiene que no existen actos bilaterales de la Administración Pública, o sea que los actos que de ella emanan son unilaterales. La relación entre administración y particulares se daría con actos unilaterales que son aceptados por los

particulares, lo que no configuraría un contrato, ya que no existe un plano de igualdad entre las partes.

TEORÍAS POSITIVAS

Sostienen la existencia de un contrato de sustancia diferente al contrato de Derecho Privado.

RELACION DE SUBORDINACIÓN

En los contratos administrativo el ente público goza de privilegios y potestades aceptadas voluntariamente por el cocontratante particular. Es de gran importancia destacar que existe una clara diferencia entre el espectro de los contratos privados y el de los públicos. El campo de los contratos privados se caracteriza por ser el campo de las relaciones de coordinación, y el campo de los contratos públicos se caracteriza por ser el campo de las relaciones de subordinación.

CONCEPTO

No es fácil llegar a un concepto claro y único de los contratos administrativos, pero de la doctrina y fallos jurisprudenciales podemos extraer el siguiente: "Los contratos administrativos son una especie dentro del género de los contratos, con características especiales, tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto es un fin público y que llevan insertas cláusulas exorbitantes del derecho privado". Son cláusulas exorbitantes las que otorgan a la Administración derechos sobre su cocontratante que serían nulos o ilícitos dentro del derecho privado. También lo son las que otorgan al cocontratante particular poderes sobre otros terceros.

2.- LA DOCTRINA

La doctrina en su mayoría acepta la existencia de los contratos administrativos como categoría contractual distinta de los convenios de derecho común.

En ese sentido, Farías Mata, señala que los rasgos característicos del régimen de los contratos administrativos aparecen fundamentalmente concretados, en dos direcciones: «de una parte, el atentado que dicho régimen supone contra los principios básicos de la técnica contractual del derecho privado, el de la «libertad contractual» y el de la «igualdad de las partes», el último tan tradicional como el primero, pero que la mentalidad jusprivatista juzgó con criterio menos dogmático, una vez que fue puesto en crisis por la innegable realidad (que los llamados contratos de adhesión pusieron en evidencia) de las profundas diferencias existentes entre los contratistas, desigualdad que en la práctica somete a uno de ellos a la voluntad del otro. Esto de una parte, y de la otra -simultánea y hasta, en principio, paradójicamente- la fidelidad que el contrato administrativo guarda, sin embargo, hacia los principios de derecho privado, reflejada, sobre todo, en la salvaguarda de los derechos y ventajas (especialmente económicas) que en el contrato se establece a favor del particular cocontratante.¹

Para HILDEGARD Rondón de Sansó la noción de contrato administrativo comprende ciertos negocios jurídicos bilaterales que poseen las siguientes características:

- a. Que son celebrados por una Administración Pública, esto es, aquellos en los cuales por lo menos una de las partes sea una Administración Pública;

¹ Farías Mata, Luis H., La Teoría del Contrato Administrativo en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Venezolanas, en Libro Homenaje a Antonio Moles Caubet, Caracas. Págs. 935-971.

- b. El objeto es la prestación directa de un servicio público;
- c. Los contratos administrativos, por estar vinculados a la prestación de un servicio público, incluyen cláusulas exorbitantes, esto es, cláusulas que exceden de las facultades de contratación de los particulares.²

Armando Rodríguez, por su parte, considera que los contratos administrativos revisten cualidades o condiciones especiales o excepcionales y por ello constituyen una categoría jurídica específica y singular, exorbitante de la cualidad genérica de contrato, propio del Derecho Civil, y en la cual entrarían las otras fórmulas de contratación empleadas por la Administración. Sin embargo, en opinión del autor, la nota propia del contrato administrativo no es la noción de servicio público, sino el «conjunto de prerrogativas que en su contenido ofrecen a la Administración, a los efectos de su manejo general, y en especial en cuanto a la ejecución de su objeto».³

La noción de contrato administrativo que puede deducirse de la legislación y jurisprudencia costarricense se encuentra en un todo de conformidad con la definición elaborada por la doctrina argentina –Marienhoff–, conforme a la cual el contrato administrativo es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, y otro órgano administrativo o un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas. A pesar de ello, existe un sector de la doctrina –Pérez Luciani y Melich Orsini– que niega la existencia de los contratos administrativos.⁴

3. LA LEGISLACIÓN

En el ámbito de la legislación, cabe decir que nuestro ordenamiento jurídico regula

y define de modo uniforme la contratación administrativa, según Ley N° 7494 del 2 de mayo de 1995, cual deriva de los principios residenciados en el numeral 182 de la Carta Magna. Con respecto a las prerrogativas de la Administración, éstas se encuentran en el Capítulo III de dicha ley.

4.- LA JURISPRUDENCIA

La Sala Constitucional ha considerado al Contrato Administrativo como una especie diferente al contrato civil, ello según su sentencia 6432-98 de las 10:30 horas del 4 de setiembre de 1998. Veamos: "...Antes de abordar el examen de la figura jurídica de los reajustes de precios, resulta imprescindible destacar algunos rasgos característicos de la contratación administrativa, a los efectos de ubicar correctamente el tema de la acción, para lo cual se debe acudir a la doctrina del Derecho administrativo, de cuyo estudio resulta: primero, que es conclusión generalizada tratar la figura del contrato administrativo como distinto del contrato civil, regulado por algunas instituciones que difieren de la sola voluntad de las partes; su naturaleza responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la Administración, destinado a satisfacer las exigencias de funciones esenciales del Estado –tanto en lo que respecta a la prestación de un servicio, como a la realización de una obra–, es decir, de fines públicos, razón por la que lo esencial del contrato se desplaza de la armonía de intereses entre las partes involucradas, a la consecución del fin de interés público que se persigue; segundo, que es esencial a la diferenciación sustantiva del contrato administrativo, que la Administración goza de prerrogativas que se concretan en facultades (dirección, modificación, resolución, ejecución, etc.), llamadas cláusulas exorbitantes y que se fundan en el interés público; tercero, del concepto mismo de contrato se deriva la idea

2 Rondón de Sansó, Hildegard. El otro lado de la razón. Caracas, 1994. P. 87-88.

3 Rondón de Sansó, Hildegard. El otro lado de la razón. Caracas, 1994. P. 87-88.

4 La Responsabilidad Contractual de la Administración, en Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos. Ediciones de la Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1991. Pp. 225-247.

de equilibrio de los intereses contrapuestos, por lo que es natural pensar que el vínculo que une a las partes se nutre del principio de justicia conmutativa en cuanto se recibe alguna prestación que debe compensarse con cierta igualdad, o lo que es lo mismo, debe existir reciprocidad de intereses; por ello, y como regla general, el contrato administrativo responde al tipo de los contratos que son onerosos (concepto de financiamiento por medio del gasto público), pero a la vez conmutativos (contraprestaciones equivalentes); cuarto, la doctrina reconoce que las prestaciones deben ser equilibradas por dos razones: porque la Administración financia el contrato con gasto público, que tiene un orden especial de origen constitucional (principios de la Hacienda Pública), de manera que la obligación debe ser respaldada, necesariamente, con la existencia de fondos suficientes para enfrentarla; y en segundo lugar, porque la formalización del contrato reconoce un valor subjetivo que para cada una de las partes, tiene la prestación de la otra, valor que debe ser íntegramente respetado, sin que sean posibles alteraciones futuras, a menos que medie un nuevo acuerdo entre las partes; quinto, el contrato está sujeto a riesgos y a la aparición de circunstancias no tomadas en cuenta por las partes al momento de su formalización, que afectan, desde luego, el nivel económico originalmente establecido por las partes al acordar las prestaciones, dependiendo el grado de incidencia, usualmente, de la complejidad de la relación y de su permanencia en el tiempo; sexto, es vital examinar el origen de las alteraciones que modifiquen la economía del contrato, para definir el tipo de reacción que la Administración deba adoptar para restituir ese nivel, puesto que es jurídicamente posible que se den varias modalidades.

Así, cuando las modificaciones corresponden a la acción unilateral de la Administración (hecho del príncipe) o responde a un acto contractual derivado de su facultad modificadora de la relación, es la Administración la que deberá asumir, íntegramente y plenamente, los efectos de sus propias

decisiones; cuando las modificaciones en la ejecución contractual surgen de los llamados riesgos comerciales, principalmente por los errores cometidos por el contratista al formular su propuesta, esa conducta no da origen a ninguna indemnización, salvo que haya sido inducido al error por la contraparte, como por ejemplo lo serían la equivocada información suministrada en los documentos del pliego de condiciones (cartel) o un error en el diseño en la obra a construir; y por último, cuando las modificaciones son externas a la voluntad de las partes, como por ejemplo por alteraciones de las condiciones económicas, que signifiquen incrementos de los precios y del costo de la mano de obra, y en términos generales a incrementos en los precios que incidan en los costos que integran el valor de la oferta propuesta, debe la Administración asumir el mayor costo; sétimo, el contratante al celebrar el contrato persigue un beneficio, una utilidad, que se calcula, normalmente, no solo sobre la prestación que deberá realizar (suministro, obra o transportes, por ejemplo), sino también sobre el capital que ha de invertir en ello, de manera que al formalizarse la relación, este acto le asegura la obtención del beneficio proyectado y si por razones sobrevinientes o imprevisibles, ese beneficio sufre un menoscabo, el contratista tiene el derecho a que el beneficio previsto sea restablecido, para que pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse con el contrato en las condiciones originarias...”

III. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1.- DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Según la jurisprudencia citada, los elementos que distinguen a los contratos administrativos de los contratos de derecho privado celebrados por la Administración, son los siguientes

Una de las partes contratantes es una persona jurídica estatal;

Su objeto está relacionado con la consecución del fin de interés público que se persigue;

Contiene cláusulas exorbitantes que le otorgan potestades a la Administración contratante que rebasan el régimen propio de los contratos que se rigen por el derecho privado (i.e. cláusulas exorbitantes).

Debe existir un equilibrio de los intereses contrapuestos, dimensionado por la justicia conmutativa,

El contrato debe estar respaldado con la existencia de fondos suficientes.

Contrato sujeto a riesgos inesperados no tomados en cuenta al momento de la formalización,

Potestad para examinar las alteraciones contractuales en orden de indemnizar al perjudicado

Proyección de beneficio del con-tratante debidamente asegurado por razones sobrevinientes o imprevisibles.

2.- ELEMENTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Al igual que los contratos civiles y comerciales los elementos fundamentales son: sujeto, consentimiento, objeto, causa, forma y finalidad. Estos elementos se presentan con algunas particularidades.

SUJETO: En el Contrato Administrativo siempre una de las partes es un ente público.

CONSENTIMIENTO: Es éste un elemento esencial sin el cual no existe el contrato.

OBJETO: El objeto es la prestación, que podrá consistir en una obligación de dar, de hacer o de no hacer.

CAUSA: En el caso particular de los contratos administrativos, la causa esta constituida por

la satisfacción de una necesidad colectiva muy concreta.

FORMA: La forma de los contratos administrativos, será determinada por la Ley para cada caso concreto.

FINALIDAD: Es el interés público.

3.- CARACTERES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

FORMALISMO.- La administración no es libre para contratar porque no tiene la libertad de elegir con quien contrata, ni de que forma contrata, todo ello le viene impuesto por la norma legal que habilitó su facultad de celebrar el acto. La norma legal le define el procedimiento mediante el cual deberá determinar con quien contratar, también le definirá con total claridad que forma deberá adoptar la celebración del acto y con que finalidad se realiza.

DESIGUALDAD JURÍDICA.- Es clara la existencia de una desigualdad jurídica en los contratos administrativos. Esa desigualdad se manifiesta en:

IUS VARIANDI: Es la facultad que tiene la administración de variar o modificar el objeto de la prestación del contrato en forma unilateral.

EJECUCIÓN FORZADA: Es la facultad del ente público de hacer ejecutar el contrato por un tercero o hacerlo el mismo en cualquier momento.

RESCISIÓN UNILATERAL: Se puede fundar en un incumplimiento del cocon-tratante o bien en interés público.

IV.-CLÁUSULAS EXORBITANTES COMO PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN

La presencia de cláusulas exorbitantes en el contrato es otro de los criterios que se han invocado en la jurisprudencia para

distinguir los contratos administrativos y los de derecho común. Esta figura tiene su origen en Francia donde se las define como estipulaciones «cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales» o «cláusulas que por su naturaleza, difieren de aquellas que pueden insertarse en un contrato análogo de Derecho civil»⁵. En Costa Rica, las cláusulas exorbitantes han sido definidas por la jurisprudencia como potestades de la Administración. En este sentido se pronuncia el voto de la Sala Constitucional N° 530-96 de las 14:02 horas del 28 de noviembre de 1996: "...Efectivamente, en razón de que una de las partes es precisamente la Administración, la contratación administrativa se rige por principios diferentes de los que regulan la contratación civil. Así tales contratos son preparados en forma unilateral por la Administración, y el concesionario, si tiene ventajas, no las discute, solo las acepta; el contrato debe interpretarse en el sentido del interés general y no del particular o del contratante, y por último y lo más importante, la Administración tiene poderes especiales en la ejecución de los contratos administrativos que dimanen de sus prerrogativas como tal. De esta manera, la Administración tiene un privilegio especial, la decisión unilateral – ejecutiva y previa- en mérito de la cual puede intervenir en la ejecución del contrato. Tal intervención comporta la existencia de determinados poderes, los cuales habrán de aplicarse a la ejecución del contrato. Estos se refieren al control y dirección del contrato administrativo, luego, a las sanciones que pueden imponerse por la vía de la ejecución defectuosa del mismo y por último, a las modificaciones impuestas por el cambio de circunstancias..."

De lo señalado, podemos entender que las cláusulas exorbitantes son aquellas

que constituyen expresiones de potestades o prerrogativas que le corresponden a la Administración en cuanto ella ejercita su capacidad para actuar en el campo del Derecho Público, para la satisfacción del interés público, se trata de cláusulas que insertas en un contrato de derecho común, resultarían inusuales o ilícitas por contrariar la libertad contractual.

1.- SIGNIFICACIÓN Y CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

Dentro de los criterios utilizados para conceptualizar el contrato administrativo y distinguirlo de los contratos de derecho privado que celebra la Administración se encuentra en la Teoría de las Cláusulas Exorbitantes que como su nombre lo indica, alude a las estipulaciones creadoras de privilegios de la Administración que rompen el principio de igualdad de las partes en la contratación, de tal naturaleza que de figurar en un contrato de derecho privado estarían afectadas de nulidad e incluso incidirían en el mismo sentido sobre la totalidad del contrato. El motivo por el cual se incluyen y justifican dichas cláusulas radica en la necesidad de la Administración de ejercer su potestad de supremacía en una relación contractual específica para así tutelar mejor los intereses públicos que le han sido asignados.

Ahora bien, debe aclararse que no siempre las cláusulas exorbitantes del derecho común se traducen en beneficios para la Administración, pues las mismas podrían estar reconocidas a favor del particular contratante, si ello es requerido para la satisfacción del objeto del contrato. Sin embargo, por lo general, las cláusulas exorbitantes contienen ventajas a favor de la Administración. La doctrina y jurisprudencia han considerado como cláusulas exorbitantes típicas de los contratos administrativos, las siguientes prerrogativas que se otorgan a la Administración Pública: El poder de revocación unilateral por motivos

⁵ Sentencias del Consejo de Estado Francés del 20 de octubre de 1950. Arret Stein y 19 de junio de 1952 Arret Société des Combustibles et Carburants nationaux. Apud. Vedel George. Derecho Administrativo. Ediciones Aguilar. Madrid, 1980. Pág. 191.

de orden público; La potestad de rescisión unilateral sin intervención del órgano judicial, fundada en el poder disciplinario que la Administración ejerce; el ius variandi o derecho de la Administración a modificar unilateralmente el contrato; y el poder de interpretar unilateralmente el sentido y alcance de las cláusulas del contrato.

2.-PREEMINENCIA DE LA NOCIÓN DE INTERES PÚBLICO SOBRE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES COMO ELEMENTO IDENTIFICADOR DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

La teoría de las cláusulas exorbitantes es inexacta e insuficiente. Somos de la opinión que este elemento más que causa debe considerarse efecto de la condición administrativa del contrato, en primer término, por su naturaleza extracontractual y segundo, la existencia de tales cláusulas lo que hace es revelar que el contrato se ha celebrado con criterio de interés público.

Decimos que es inexacta porque dichas cláusulas no son la causa, sino el efecto de que un contrato sea administrativo. Ciertamente, los contratos celebrados por la Administración Pública, que contienen cláusulas exorbitantes del derecho común, no se vuelven administrativos por ese hecho. Al contrario, la existencia de tales cláusulas lo que hace es revelar o poner en evidencia que el contrato se ha celebrado con criterio de interés público y que, por lo tanto, se trata de un contrato administrativo. En otras palabras, el contrato es administrativo porque tiene por objeto una prestación de servicio público o de utilidad pública y las cláusulas exorbitantes sólo ponen de manifiesto tal circunstancia.

Así lo ha advertido reiteradamente la Sala Constitucional, en sus votos N° 998-98 a las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho y N° 2633-93 de las dieciséis horas tres minutos del nueve de junio de mil novecientos noventa y tres: “El procedimiento de licitación

pública a que ese artículo se refiere -artículo 182 constitucional-, encuentra su razón de ser, no sólo en relación con el interés del Estado, sino además, en relación con el de los administrados. En términos generales, es posible afirmar que en lo que atañe al Estado, se busca conseguir mayores posibilidades de acierto en el cumplimiento del servicio público, en la calidad de la prestación que se brinda a los usuarios, y, según la naturaleza de cada caso, de las condiciones económicas, tanto definir la economía de la operación que realiza el contratista, como también el costo que implica para los usuarios. [...] Es por lo expuesto que puede afirmarse que la licitación pública es un «procedimiento de garantía» para el interés público.”

Estas sentencias no hacen otra cosa que revelar con su existencia la noción siempre presente en el contrato administrativo del interés general o colectivo que el servicio público entraña. Si bien importantes para identificar al contrato administrativo, ausente éste de cláusulas exorbitantes, recobra la noción de interés público.

De la característica anterior surge también la insuficiencia de las cláusulas exorbitantes como elemento discriminador entre contratos administrativos y de derecho privado. En efecto, es principio admitido doctrinaria y jurisprudencialmente que los contratos en los cuales no aparece incorporada en forma expresa ninguna cláusula exorbitante, adquieren carácter administrativo cuando su objeto se relaciona con un servicio público.

Respecto de estas convenciones, rigen igualmente las potestades unilaterales de dirección, interpretación, incumplimiento, sanción y extinción de la relación contractual, facultades éstas que detenta la Administración como consecuencia del Principio de Autotutela Administrativa, por lo que no requieren estar previstas en el texto del contrato. Esta es la posición asumida por nuestra jurisprudencia en la que, a diferencia del derecho Francés, se evidencia la preeminencia de la noción de

servicio público como criterio determinante para calificar un contrato como administrativo. Así, en el voto 998-98, de cita, se dijo: "...toda la actividad contractual del Estado, sin importar las distintas modalidades, o tipos contractuales que la administración utilice para lograr su fin, sea la satisfacción del interés público..."

De esta manera, la presencia de las cláusulas exorbitantes; en un contrato celebrado por la Administración Pública solo evidencia la existencia de un contrato administrativo, éstas no hacen más que revelar la noción de interés general o colectivo que el servicio público tiene y, por tanto, la ausencia de éstas en una negociación pública no significa que el contrato no sea administrativo, en virtud que la especialidad de éstos contratos radica en el objeto, que es precisamente la prestación de un servicio público, y por ende, el interés general que envuelven.

En nuestro entorno, la Contraloría General de la República, en reiterada jurisprudencia administrativa ha establecido como conclusiones de la potestad modificadora contractual que tiene la Administración de la siguiente manera: "... Después de realizar el análisis de la normativa que da origen y regula actualmente el derecho de modificación unilateral, arribamos a las siguientes conclusiones:

- 1.- El derecho de modificación unilateral de los contratos administrativos, es una de las facultades que tiene el Estado sobre los particulares con los que contrata, basada en el principio constitucional de mutabilidad de los contratos administrativos, y que solo es aplicable en la fase de ejecución de un contrato.
- 2.- El ejercicio de esta potestad, recae dentro de la esfera de decisión de la Administración interesada.
- 3.- Para el ejercicio de este derecho, la Administración Pública debe demostrar que existen circunstancias de interés público que ameritan la modificación.
- 4.- Únicamente se puede modificar un contrato administrativo cuando la causa que la motiva es de naturaleza imprevisible.
- 5.- La modificación se puede dar tanto en forma cualitativa (variación del objeto del contrato), como cuantitativa (aumento o disminución del objeto pactado originalmente).
- 6.- La variación del objeto del contrato queda supeditada al cumplimiento de tres requisitos por parte de la Administración: a) que la variación al objeto no sea sustancial; b) que no se modifique el precio pactado; y c) que exista un evidente beneficio para la Administración.
- 7.- En cuanto al aumento o disminución de la prestación objeto del contrato, la Administración se ve limitada en la aplicación de este derecho, en que no puede aumentar o disminuir más del 50% de las cantidades y el monto originalmente pactado.
- 8.- Ligado al punto anterior, en ningún caso se permite que, el monto del contrato original, más la suma de la modificación efectuada, sobrepase el límite económico establecido para el tipo de procedimiento que se llevó a cabo.
- 9.- Esta Contraloría General de la República no tiene competencia para autorizar, en ningún caso, modificaciones que no excedan los límites previstos legal y jurisprudencialmente.
- 10.- Por ser un derecho atinente a todos los contratos administrativos, el derecho de modificación unilateral es aplicable a las contrataciones que se tramiten mediante el procedimiento de contratación directa, independientemente del supuesto de excepción en el que se haya fundamentado la Administración.
- 11.- El ejercicio de esta facultad, por parte del Estado, puede perjudicar al contratista. Sin embargo, con fundamento en los principios

constitucionales de equilibrio de intereses e intangibilidad patrimonial, el perjudicado puede solicitar una indemnización.

12.-El derecho de modificación unilateral es diferente a lo establecido en el artículo 14.5 del Reglamento General de Contratación Administrativa, disposición que permite a la Administración Pública que, basada en un contrato anterior recién ejecutado, pueda realizar un nuevo contrato que le permita adquirir servicios o suministros adicionales de igual naturaleza.

La gran diferencia entre los dos supuestos mencionados en el punto anterior, se refiere a que en el caso del derecho de modificación, la Administración no requiere de la voluntad del contratista para poder ejercerlo, mientras que para aplicar la facultad del 14.5 citado, requiere de la "aquiescencia" del contratista...". DGCA-1086-99, del 10 de setiembre de 1999.

V.-FORMACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Un índice revelador de que el contrato es de naturaleza administrativa es que su formación se realice a través de un procedimiento administrativo. Así entonces la voluntad administrativa se expresa a través de un acto administrativo. En efecto, en la mayoría de los contratos administrativos el legislador impone a la Administración la obligación de cumplir un procedimiento administrativo -licitación pública, subasta, concurso- para seleccionar al contratista.

VI.-EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De los variados aspectos de la contratación administrativa, es la ejecución del contrato donde más claramente queda puesta en evidencia la «violación de algunos de los

principios de derecho privado» a que alude la jurisprudencia, toda vez que para asegurar la vigencia y cumplimiento del contrato administrativo, así como para satisfacer el propósito de servicio público que le dio origen, se reconoce que la Administración goza de una serie de derechos y prerrogativas.

De este modo se admite que la Administración contratante goza de facultad para:

- controlar y dirigir el contrato;
- introducir modificaciones unilaterales al contrato (ius variandi);
- interpretar unilateralmente las cláusulas del mismo; y
- extinguirlo anticipadamente.

Tales poderes constituyen «cláusulas exorbitantes virtuales o implícitas»⁶ y, por tanto, se entienden incorporadas –tácitamente– en todos los contratos administrativos.

1. DIRECCIÓN Y CONTROL DEL CONTRATO

La prerrogativa de la Administración de dirigir y controlar el exacto y fiel cumplimiento del contrato se traduce en la posibilidad de dictar instrucciones, órdenes y sanciones en la ejecución del contrato y encuentra su justificación, en palabras de García de Enterría y Fernández, en el hecho evidente de que la Administración no puede legalmente desentenderse de la marcha de las actividades que son de su competencia [...] A la Administración contratista interesa, ante todo, el fin último del contrato, la correcta ejecución de la obra y la buena prestación del servicio público más que la percepción de una indemnización por las deficiencias o demoras en la ejecución, que nada resuelve en orden a la satisfacción del interés general.⁷

⁶ Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-A. Abeledo Perrot. Tercera Edición. Buenos Aires, 1983. Págs. 80-81.

⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Décima Edición. Civitas. Madrid, 2000. Págs. 691-692.

Por lo general, las potestades de dirección y control del contrato administrativo se aprecian con facilidad en los contratos de concesión de servicios públicos, en los cuales la Administración concedente mantiene la competencia para organizar el servicio, supervisar la gestión del concesionario, e intervenir la concesión en caso de prestación deficiente. El ente concedente podrá disponer en todo momento las medidas de inspección, vigilancia y control necesarias para asegurar el cumplimiento del contrato, y en particular, para verificar el adecuado desempeño del concesionario y comprobar la conformidad existente entre el proyecto o la obra ejecutados y las condiciones de calidad y demás especificaciones técnicas fijadas en el pliego de condiciones, en el contrato, y en su caso, las que se desprendan de las instrucciones emanadas del ente concedente. Este aspecto se encuentra regulado en el numeral 13 de la Ley de Contratación Administrativa, al disponer que la Administración tiene el poder fiscalizador sobre todo el proceso de ejecución.

2. IUS VARIANDI

En los contratos de derecho privado rige el principio de intangibilidad, de manera que ninguna de las partes puede incorporar unilateralmente modificaciones a lo convenido. En los contratos administrativos, en cambio, se reconoce que la Administración puede modificar las condiciones pactadas, para la mejor y más eficiente satisfacción de las necesidades públicas. La facultad de modificación unilateral del contrato ha sido reconocida también en el ámbito legislativo. Lo anterior no significa, sin embargo, que dicha potestad sólo pueda ser utilizada respecto de los contratos de concesiones y de obra pública. Por el contrario, el poder de modificar unilateralmente el contrato es una potestad natural a todo contrato administrativo, de manera que no hace falta que exista una disposición legal ni contractual expresa que la contemple, dado que la Administración Pública en general puede alterar los contratos administrativos

cuando ello convenga a la satisfacción del interés público. Veamos al respecto lo que señala el voto N° 998-98: "...la administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar..."

LÍMITES DEL IUS VARIANDI

Ahora bien, debe tenerse presente que esta potestad exorbitante de la Administración está sometida a ciertos límites: en primer lugar, la Administración está obligada a conservar la naturaleza del contrato celebrado; en segundo término, la modificación debe estar dirigida a satisfacer los intereses y necesidades públicas; en tercer lugar, la modificación debe efectuarse de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento; y, finalmente, debe destacarse que si las modificaciones incorporadas por la Administración al contrato originan un trastorno en la ecuación económico-financiera del cocontratante, éste tiene derecho a ser indemnizado.

Al respecto nuestra jurisprudencia constitucional ha señalado que: "...la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólme el nivel económico originalmente pactado (reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato..." Voto N° 998-98.

3.- INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

La Administración Pública tiene la facultad de interpretar, mediante actos unilaterales y ejecutorios, los contratos administrativos por ella celebrados.

Este poder de interpretación unilateral encuentra justificación en el principio de continuidad de la prestación del servicio, pues debe en todo momento quedar garantizada la ejecución del contrato, evitándose la posibilidad de su paralización por posibles diferencias entre las partes en cuanto al sentido o alcance de algunas de sus cláusulas. Ahora bien, esta facultad debe ser ejercida, como toda potestad, en el marco de la legalidad que limita y presupuesta el ejercicio del Poder Público. Los actos de interpretación de los contratos administrativos constituyen decisiones ejecutivas; (actos administrativos) de la Administración, es por ello que este acto de interpretación debe estar precedido de un procedimiento administrativo en el que el particular pueda expresar su criterio acerca de la interpretación de la cláusula, a modo de que la Administración en su decisión lo tenga presente. Y es que el principio de legalidad que sujeta a la Administración en cuanto a la emisión de esa actividad de naturaleza administrativa y unilateral, rige, en el derecho administrativo contemporáneo, también respecto del procedimiento administrativo previo.

La facultad de interpretación unilateral en materia de contratos administrativos encuentra igualmente justificación en la naturaleza longi temporis; que a los principales tipos de ellos usualmente caracteriza (vg. contrato de concesión). En efecto, la facultad de interpretación en estas contrataciones destinadas a regir largos períodos de tiempo constituye mecanismo de fácil adaptación a los cambios de la realidad económica y social cuya satisfacción se persigue.

4.- EXTINCIÓN UNILATERAL

La privilegiada situación de la Administración le otorga también facultades para extinguir unilateralmente el contrato administrativo, dotando de efecto ejecutorio su decisión. Por ello, además de los supuestos de terminación normal, el contrato administrativo puede terminarse anticipadamente cuando la Administración contratante hace uso de esta potestad. La extinción unilateral del contrato administrativo puede estar fundamentada en diversas causas, a saber: razones de mérito, oportunidad y conveniencia; nulidad absoluta de la contratación por razones de ilegalidad e incumplimiento del contratista.

1.- El rescate, que tiene lugar cuando la Administración invoca razones de mérito, oportunidad y conveniencia para dar por terminado el contrato administrativo, ya sea para asumir la prestación del servicio en forma directa, o para poner final al servicio por estimar que de éste no se desprende beneficio alguno para la colectividad.

Como quiera que la extinción del contrato por esta vía constituye una facultad discrecional, desvinculada de la conducta del contratista o de vicios en la contratación, su ejercicio supone la íntegra indemnización del lucro dejado de percibir por el cocontratante. La indemnización se impone, entonces, como garantía de la inviolabilidad de la propiedad; y en cuanto a su extensión, hay que establecer que debe ser integral y comprender, en consecuencia, tanto el daño emergente como el lucro cesante.⁸

2.- La revocación por razones de ilegalidad es el supuesto de extinción unilateral que ocurre cuando la Administración reconoce la ilegalidad del contrato administrativo. La Administración puede extinguir unilateralmente el contrato cuando los actos administrativos que contienen la voluntad de contratar se

⁸ Diez, Manuel María. Derecho Administrativo. Tomo III. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires, 1979. Pág. 451.

encuentran afectados de nulidad. En ese supuesto, como consecuencia de la nulidad del acto administrativo que contiene la declaración de voluntad de la Administración, se produce la extinción del contrato mismo, pues deja de existir uno de los elementos necesarios para su validez. Siendo que en esta materia se aplican las mismas reglas que regulan la revisión oficiosa de los actos administrativos y habida cuenta de que el contrato genera derechos subjetivos para el cocontratante, preciso es concluir que su ilegalidad sólo puede declararse, en sede administrativa, cuando el vicio que afecte la contratación sea de nulidad absoluta.

3.- La caducidad o rescisión unilateral puede definirse de manera general como la decisión de terminar anticipadamente el contrato administrativo, adoptada por la Administración contratante en forma unilateral con efectos ejecutorios, y que se produce como consecuencia de un incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por el cocontratante.

La rescisión unilateral o caducidad tiene un carácter sancionatorio, pues supone una inobservancia grave y sistemática de las obligaciones del cocontratante. La jurisprudencia ha establecido, con base en el principio del paralelismo de las formas, que la declaratoria de rescisión de un contrato administrativo debe ser adoptada por el mismo órgano y con las mismas formalidades que se han cumplido para otorgar el contrato y dotarlo de plenos efectos.

Ahora bien, antes de declarar la rescisión o caducidad del contrato administrativo es necesario iniciar y tramitar un procedimiento administrativo en el que se recojan los elementos de juicio que van a servir de fundamento a la decisión, se califique la gravedad de la falta del concesionario y, finalmente, en caso de estimarse que se trata de un incumplimiento que amerite la rescisión del contrato, se imponga la sanción correspondiente. La ausencia total y absoluta

de procedimiento sería lesivo del derecho a la defensa, pues al dictarse el acto sin sustanciación se impediría su ejercicio .

VI.- DERECHOS DEL CONTRATISTA

1.- PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA

En toda contratación rige el llamado principio de riesgo y ventura, conforme al cual el contratista tiene la obligación de soportar los riesgos de pérdida, destrucción o deterioro de la obra hasta tanto ésta no sea entregada a la Administración. Sin embargo, este principio, en materia de contratos administrativos por virtud del principio del equilibrio económico, está sujeto a límites precisos. En ese sentido, son dos los límites impuestos a esta teoría: la fuerza mayor, caso fortuito y la revisión de precios.

1.- Así, en caso de fuerza mayor la Administración no podrá invocar en su favor la teoría del riesgo y ventura y nace el derecho del contratista a ser indemnizado a fin de favorecer la ejecución de las obras, los intereses de la Colectividad.

2.- Es necesario precisar que esta teoría sólo tiene plena aplicación en aquellos supuestos en los que la otra parte cumpla con lo contractualmente pactado y no puede ser invocada en aquellos casos en los que la onerosidad contractual deriva de una conducta o incumplimiento culposo de la parte. Los particulares contratantes quedan, a su vez, protegidos gracias a la intangibilidad de la ecuación económica del contrato, en virtud de la cual una lesión a su patrimonio derivada del incumplimiento por la administración de las cláusulas convenidas (rescisión por motivos supervinientes; Hecho del Príncipe, circunstancias imprevisibles, fuerza mayor) es compensada con la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios que pudieren habersele ocasionado.

El principio de preservación del equilibrio económico financiero ha sido consagrado jurisprudencialmente como principio cons-

titucional, derivado del artículo 182 de la Carta Magna. La máxima de que los contratos deben ejecutarse de buena fe no es exclusiva del derecho privado, es un principio general y, por tanto, aplicable también a los contratos administrativos. De ahí deriva que las potestades excepcionales que posee la Administración para adecuar la ejecución de los contratos a los intereses públicos, no pueden significar el desconocimiento de los derechos de quienes han contratado con ella. Y una de las formas de lograrlo es, precisamente, protegiendo el resultado económico que perseguía el contratante.

El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: de una parte, se afirma la existencia a favor de la Administración de prerrogativas exorbitantes del derecho común de los contratos, y de otra, se reconoce al contratista el respeto del equilibrio económico-financiero del contrato. Estas dos ideas son principios de la contratación administrativa, en consecuencia, no es necesaria su consagración a texto expreso. Cuando el beneficio que concierne al contratista, sea por causas imputables a la Administración Pública o por causas que no conciernen a ésta, sobrevivientes e imprevisibles en el momento de contratar, y que reúnan determinadas características-sufre un menoscabo, el cocontratante tiene derecho a que el beneficio previsto sea restablecido, o que los perjuicios ocasionados sean atenuados, esto es lo que se denomina derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato o restablecimiento de la ecuación financiera.

El equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un cúmulo de obligaciones de éste, consideradas equivalentes y equitativas. Mantener el equilibrio económico financiero del contrato es obligación que tiene la Administración, por cuanto a ella le está asignada la responsabilidad de garantizar el interés público y es lo cierto

que si se produce la ruptura del equilibrio económico del contrato se pone en peligro su eficiente y continua prestación.

El fundamento jurídico de este derecho reconocido al contratista de la Administración en materia de contratos administrativos se encuentra en los fines de interés público que dan lugar a la contratación administrativa, y el rol que en ella tiene aquél al constituirse en un colaborador activo para el logro de dichos fines, de allí que resulte justo que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable, de modo que el particular no sea indebidamente sacrificado en aras de una finalidad cuya atención corresponde prioritariamente a la Administración Pública.

El equilibrio económico-financiero del contrato puede sufrir menoscabo por tres circunstancias fundamentales:

- 1.- Las imputables a la Administración, en cuanto ésta no cumpla con las obligaciones específicas o haga uso del *ius variandi*;
- 2.- Por causa imputable al Estado, inclusive, obviamente, a la Administración Pública, sea ésta o no la misma persona que intervino en la celebración de contrato; y
- 3.- Por trastornos de la economía en general del contrato, debido a circunstancias externas, no imputables al Estado, y que inciden en el contrato por vía refleja.

El primer supuesto se refiere a las causas imputables a la Administración: incumplimiento y *ius variandi*; el segundo, concierne al Hecho del Príncipe y el último atañe a la Teoría de la Imprevisión

1.- Por causas imputables a la Administración Pública. Incumplimiento y el *ius variandi*

La doctrina ha sido unánime en reconocer que cuando la Administración Pública no cumple

con las obligaciones que el contrato pone a su cargo, alterando por esa vía el equilibrio económico financiero del mismo, se produce un supuesto de responsabilidad contractual del Estado, en razón del principio de la intangibilidad patrimonial del contratista, sin embargo, en materia de contratos administrativos es necesario que el incumplimiento de la Administración sea grave.

Por lo que se refiere a *ius variandi*, es decir, el poder de la Administración de modificar unilateralmente el contrato, si la modificación del contrato por parte de la Administración altera la ecuación económica del mismo traerá aparejada para el contratante una indemnización.

2.- El Hecho del Príncipe

En sentido general y amplio la expresión. Hecho del Príncipe, designa toda intervención de los poderes públicos que tenga por resultado la afectación de cualquier manera de las condiciones jurídicas o solamente las condiciones de hecho en las cuales el contratante de la Administración pública ejecute su contrato.

En primer lugar ese amplio concepto debe precisarse, sobre todo por lo que se refiere a qué debe entenderse por poder o autoridad pública. En ese sentido, parte importante de la doctrina estima que el hecho príncipe debe ser siempre una decisión o una conducta que puede imputarse a la misma autoridad pública que celebró el contrato, Vedel, Rivero, Labaudere, Diez. Posición contraria es la sostenida por Marienhoff para quien la responsabilidad estatal por el Hecho del Príncipe puede resultar del hecho o acto de cualquier órgano del Estado con la sola limitación de que pertenezca a un mismo orden jurídico al de la autoridad que celebró el contrato. Pensamos que ningún principio de derecho se opone a ello; más aún, los fundamentos que soportan la Teoría del Hecho del Príncipe no hacen ni permiten hacer distinción alguna entre hechos y actos procedentes de la propia autoridad

pública que intervino en la celebración del contrato o de otra autoridad estatal. Así, tratándose de un contrato celebrado por la República o cualquiera de sus entes, la medida lesiva puede emanar de cualquier órgano dependiente de ella misma; lo mismo puede decirse respecto de los distintos órganos que existen en el Poder Estatal y en el Municipal. Reconocemos, sin embargo, que el contrato administrativo puede resultar alterado o vulnerado por una disposición emitida por una autoridad perteneciente a un orden jurídico distinto. Así un contrato celebrado por la Administración Central puede verse afectado por una decisión proveniente de la autoridad municipal. En tales supuestos, cuando el respectivo contrato resulta afectado o vulnerado por un hecho o acto ajeno o extraño a la autoridad central que lo celebró, es decir, de un ámbito territorial distinto, sería aplicable la Teoría de la Imprevisión, quedando regido por ésta el acto lesivo del contrato.

Tal distinción es en extremo importante, pues la responsabilidad del Estado por hecho del príncipe permite que el cocontratante pueda requerir una reparación integral. Precisaremos posteriormente que en la Teoría de la Imprevisión la reparación que recibe el cocontratante no es integral y no es imputable específicamente al Estado.

Asimismo conviene observar que el agravio al derecho del cocontratante puede resultar de una medida o actitud estatal negativa, ello ha permitido que un sector de la doctrina hable del Hecho del Príncipe negativo.

3.- Teoría de la Imprevisión

La Teoría de la Imprevisión es una creación de la jurisprudencia del Consejo del Estado Francés y la sintetiza JEZE de la siguiente manera: Si a pesar de las circunstancias excepcionales, imprevisibles o independientes de la voluntad de las partes, que trastornan la economía del contrato, el contratante no interrumpe su colaboración con el servicio público y hace

lo posible para proseguir dicha colaboración en las condiciones previstas en el contrato, tiene derecho a exigir, de la Administración, cierta participación en las pérdidas de la explotación.

De manera que podemos señalar que la Teoría de la Imprevisión; o riesgo imprevisible o lesión sobreviviente es el medio que la ciencia jurídica proporciona para que, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles posteriores a la celebración del contrato- pero temporales y transitorias, que alteran la ecuación económica financiera del contrato, deteriorando dicha ecuación en perjuicio del cocontratante, éste pueda requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación y poder así, cumplir o seguir cumpliendo el contrato. Obviamente, tales circunstancias han de ser ajenas a la voluntad del cocontratante. Dentro de la rúbrica genérica de la Teoría de la Imprevisión; la doctrina francesa incluye, de una parte, aquellos supuestos en que la ejecución de un contrato de obra pública ofrece ciertas dificultades materiales que no pueden preverse en el momento de su conclusión y, de la otra, los supuestos en que un cambio general de las circunstancias de orden económico altera a tal punto las bases del contrato que determina la procedencia de una indemnización a favor del contratista.

En relación con el primero de los supuestos sólo es aplicable, desde luego, cuando las dificultades materiales de ejecución del contrato presenten un carácter anormal, y es incluso invocable por el contratista frente a una determinación expresa en contra de las cláusulas contractuales. La segunda, como lo explica muy bien el fallo del Consejo de Estado Francés, vino impuesta por una realidad que siguió a las dos últimas guerras mundiales, que convirtió algunos contratos a largo plazo celebrados con la Administración en extraordinariamente onerosos para el contratista: la solución de equidad que arbitró la jurisprudencia, fue la de, admitiendo la obligación del contratista de seguir prestando

el servicio, decretar que el déficit de la explotación se repartiera entre la administración y aquél.

Los dos supuestos a que hemos hecho referencia anteriormente nos obligan a diferenciar entre las dificultades materiales imprevisas e imprevisión en strictu sensu. Las dificultades materiales imprevisas cuya ocurrencia es particularmente tangible en los contratos de obra, se explica en que en la ejecución de los contratos puede acontecer un evento de la naturaleza totalmente imprevisible e imprevisto que la dificulte en forma extraordinaria haciéndola muy onerosa. Producida la dificultad material imprevista, el cocontratante tiene derecho a ser indemnizado mediante el pago de la mayor onerosidad resultante en la ejecución, es decir, a un precio distinto del acordado en el contrato, conforme a las erogaciones realmente hechas para superar el obstáculo.

Esta indemnización encuentra soporte en que la realización de la obra o de la provisión a un costo mayor del previsto en el contrato sólo puede aceptarse a cargo del Estado que se beneficia por el cumplimiento del cocontratante de la prestación pactada, previo el pago de una indemnización, lo contrario implicaría un enriquecimiento sin causa.

Tenemos presente que la teoría de la fuerza mayor también se refiere a los acontecimientos de la naturaleza para explicar su fundamentación, sin embargo, producida la fuerza mayor o el caso fortuito, la rescisión del contrato libera al cocontratante de toda responsabilidad por incumplimiento del plazo. Se trata entonces de un evento de tal entidad que impide la ejecución del contrato, en tanto que la circunstancia material imprevista sólo lo hace más oneroso, sin que esté vedada su ejecución.

Es el interés público como señala ESCOLA, el que da basamento jurídico a la Teoría de la Imprevisión. El contrato administrativo persigue un fin de interés público y el

cocontratante particular llega a él en busca de un interés propio, privado, pero se convierte, pese a su particular interés, en un colaborador de la Administración Pública en el logro de aquel fin. Ese colaborador ha aceptado la relación contractual teniendo en cuenta una relación económico-financiera- tangible en el momento en que se inicia la relación contractual y si ella llegase a quebrantarse, creándose un desequilibrio, no sería justo que el cocontratante cargara con sus efectos, cuando él está colaborando con el logro de un fin de interés general. En este caso la Administración debe concurrir en su ayuda, para restablecer el alea normal del contrato, tanto más cuanto que el cocontratante ha sido ajeno a aquella situación que lo perjudica.

La Teoría de la Imprevisión, como se ha expuesto, no se traduce en una compensación completa, integral, sino la que sea necesaria otorgar para asegurar la ejecución del contrato; sin embargo, estimamos que debe producirse una evolución hacia la indemnización integral, desde que la satisfacción del interés público que el contrato administrativo persigue es competencia obligación de la Administración contratante y ella debe soportar las cargas que tal satisfacción involucra. Traspasar el soporte de las mismas, en cualquier medida al cocontratante implica una ruptura del principio de igualdad de las cargas públicas.

2.- INFLACIÓN, TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y CLÁUSULAS DE VALOR

La experiencia de vivir en un país con economía inestable, marcada con constante inflación, ha hecho que la Administración Pública y su cocontratante, puedan prever tales cambios económicos y, consecuentemente, puedan incorporar en el contrato cláusulas de valor destinadas, precisamente, a establecer mecanismos de ajustes de precios para

contrarrestar el desequilibrio económico que podrían originarse en tal eventualidad.

3.- INAPLICABILIDAD DE LA EXCEPCIÓN NON ADIMPLETI CONTRACTUS

La doctrina y jurisprudencia señalan que en materia de contratos administrativos, el cocontratante no puede ampararse en el incumplimiento de las obligaciones asumidas por la Administración, para dejar de cumplir las suyas.

El fundamento de la inaplicabilidad de tal excepción, se encuentra a juicio de la doctrina, en el carácter de subordinación de la actividad del Contratista, al supremo interés del servicio sino también partiendo de un nuevo concepto de la causa en los contratos bilaterales cuando se trata de contratos administrativos.

La doctrina moderna admite, sin embargo, que este principio no es absoluto. Si bien es cierto que en obsequio de la continuidad del servicio público el cocontratante debe mantenerse ejecutando el contrato a pesar del retardo en el cumplimiento por parte de la Administración, y que no puede negarse a esa continuación por el solo hecho de que se produzca tal retardo, es verdad también que en los supuestos en los cuales el incumplimiento de la Administración sobrepasa los límites razonables, el contratista queda facultado para dejar de cumplir el contrato e incluso pedir su resolución por incumplimiento de la Administración Pública.⁹

Se afirma, por lo tanto, con absoluta razón, que si el incumplimiento de la Administración es de tal magnitud que práctica y razonablemente imposibilita a su cocontratante el cumplimiento de sus obligaciones, el incumplimiento del contrato por parte del cocontratante debe considerarse como un derecho de éste. La conducta omisiva de la Administración se asimila en este caso a la fuerza mayor.¹⁰

⁹ Bercaitz, Miguel Angel. Teoría General del Contrato Administrativo. 2ª Edición. Depalma. Buenos Aires, 1979.

¹⁰ Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-A. Abeledo Perrot. Tercera Edición. Buenos Aires, 1983 pág. 381.

VIII.- CONCLUSIÓN

Los contratos administrativos tienen dos particularidades importantes -entre otras- que los hacen diferentes a los contratos que se rigen por normas de derecho privado: la primera se refiere a que uno de los sujetos que forma parte de la relación contractual es el Estado (en sentido amplio), que a diferencia de los particulares, tiene prerrogativas de las que éstos no gozan, también llamadas "potestades de imperio". La segunda es que el Estado, al contratar, persigue con el objeto mismo del contrato, la satisfacción de un interés público.

La finalidad de interés público de los contratos administrativos será siempre su nota esencial y caracterizante, el núcleo del cual surgen y se derivan sus restantes características diferenciativas, y la que afirma su singularidad, distinguiéndolos como contratos de derecho público de los que son propios del derecho común; y que las especiales prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos, en encuentran su razón de ser en la circunstancia de que esos contratos se celebran para lograr y satisfacer un interés público, finalidad que debe alcanzarse efectivamente, aún cuando para ello haya que variar los términos originales del contrato, claro está que sin perjuicio patrimonial para el sujeto particular. "Escola".

El principio de mutabilidad, lo que hace es reconocer que el contrato administrativo -por su propia naturaleza- es mutable, ya que el interés público que la Administración desea satisfacer por su medio es cambiante -no estático-. Esto puede suceder, entre otras cosas, por el largo período de tiempo en el que normalmente se desarrollan las relaciones contractuales de la Administración Pública, o por los cambios en el entorno, que provocan que lo contratado sufra un desajuste con el fin público que se pretende satisfacer. En razón de lo expuesto y desde el punto de vista jurídico, es necesario que se permita al

Estado modificar, sus relaciones contractuales en curso de ejecución.

La Administración Pública cuenta con una Potestad de Imperio de Modificación Unilateral de los Contratos. Esta Potestad se encuentra positivizada en los artículos 5 de la Ley General de Administración Pública, 12 de la Ley de Contratación Administrativa y 14 de su Reglamento. Es esta potestad, —lo que Don Eduardo Ortiz, llamaría una Cláusula Exorbitante del Derecho Común— lo que le permite precisamente a la Administración, unilateralmente, rescindir parcial o totalmente los contratos; sin que ello signifique que no corresponda en su oportunidad la debida indemnización. Al respecto ha indicado el Lic. Ortiz: "La contrapartida necesaria del poder de modificación está, en la obligación de indemnizar el co-contratante perjudicado. Como afirma la Doctrina, esta solución es necesaria no sólo porque de lo contrario nadie contrataría con el Estado, sino, sobre todo, porque ello significaría una violación de la igualdad ante la ley, consistente en hacer sufrir a una persona un daño en beneficio de toda la colectividad, sin imponer a ésta sacrificio correlativo alguno. Todo cambio introducido en el contrato por la Administración origina un derecho del particular a ser reparado por los daños y perjuicios que el mismo le cause."(Ortiz Ortiz, Eduardo. Tesis N° 22. Los Contratos Administrativos).

El equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un cúmulo de obligaciones de éste, consideradas equivalentes y equitativas. Mantener el equilibrio económico financiero del contrato es obligación que tiene la Administración, por cuanto a ella le está asignada la responsabilidad de garantizar el servicio y es lo cierto que si se produce la ruptura del equilibrio económico del contrato se pone en peligro su eficiente y continua prestación

IX- BIBLIOGRAFIA

Bercaitz, Miguel Angel. Teoría General del Contrato Administrativo. 2° Edición. Depalma. Buenos Aires, 1979.

Diez, Manuel María. Derecho Administrativo. Tomo III. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires, 1979.

Escola, Hector Jorge. El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo. Págs, 161 y 164.

Farías Mata, Luis H., La Teoría del Contrato Administrativo en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Venezolanas, en Libro Homenaje a Antonio Moles Caubet, Caracas.

García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Décima Edición. Civitas. Madrid, 2000.

Garrido Falla Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II. Tecnos Madrid, 1989.

Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-A. Abeledo Perrot. Tercera Edición. Buenos Aires, 1983.

Orsini, Melich. La Responsabilidad Contractual de la Administración, en Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos. Ediciones de la Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1991. pp. 225-247.

Ortiz Ortiz, Eduardo. Tesis N° 22. Los Contratos Administrativos

Parada, Ramón. Derecho Administrativo. Tomo I. Marcial Pons. Madrid, 1996.

Rodríguez García, Armando. Ejecución del Contrato Administrativo: Potestades de la Administración y Derecho de los Contratistas, en Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos. Ediciones de la Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1991.

Rondón de Sansó, Hildegard. El otro lado de la razón. Caracas, 1994.

Romero Pérez Jorge Enrique. Contratación Administrativa. Instructivo del Curso de Contratación Administrativa, en Maestría en Derecho Público. UCR 2002

Vedel George. Derecho Administrativo. Ediciones Aguilar. Madrid, 1980.

Votos de la Sala Constitucional:

N° 6432-98 de las 10:30 horas del 4 de setiembre de 1998.

N° 530-96 de las 14:02 horas del 28 de noviembre de 1996

N° 998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998

N° 2633-93 de las 16:03 horas del 09 de junio de 1993

Oficios de la Dirección General de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República, números: 1512-98, 1086-99, 234-99, 14550-01, 2860-00, 3235-01, 14136-01, 4506-00, 10795-01, 6321-99.

SIGLAS & ABREVIATURAS DEL COMERCIO INTERNACIONAL

Lic. Jaime López Moya

PRÓLOGO

A medida que crece la globalización del comercio, más necesario resulta que las empresas y los comerciantes, e incluso no comerciantes conozcan y dominen las siglas-abreviaturas del comercio internacional. Esto significa comprender primeramente en que consisten las palabras claves del comercio internacional, para así saber como emplear en la práctica las respectivas definiciones.

Como se verá en el presente trabajo existe una gran cantidad de siglas-abreviaturas que difieren en gran medida de las siglas-abreviaturas que se utilizan a nivel de comercio interno. En el comercio internacional pueden verse problemas en cuanto los tipos de Derecho, usos comerciales, idiomas, tipos de moneda transadas que las partes utilizan en función del negocio internacional, entre otras situaciones.

Quizá, hoy más que nunca, se puede observar que el comercio internacional ha crecido en gran medida. Hoy, desde la casa de habitación se puede configurar un contrato de compraventa internacional (a través de internet), en donde se dan una serie de términos comerciales que deben conocer tanto el comprador, como el vendedor.

Como bien se sabe internet ha significado una revolución en cuanto a ahorro de tiempo, de procedimientos, así como de documentos. De ahí que resulte necesario comprender con exactitud las siglas-abreviaturas del comercio internacional de hoy día, ya que el internet (por ejemplo) es una red de acceso para toda clase de persona a nivel no sólo local, sino también a nivel internacional.

Esta publicación está enfocada para ayudar a comprender una parte de ese vasto mundo del comercio internacional (enfocado en cuanto a las siglas-abreviaturas). No se pretende de ninguna manera agotar el tema con el presente trabajo, por el contrario el comercio internacional (incluyendo sus siglas-abreviaturas) se desarrolla día con día.

SIGLAS & ABREVIATURAS DEL COMERCIO INTERNACIONAL

Números y símbolos

... = Falta datos.

0 = cantidad nula o anulada por redondeo.

- = no aplicable.

¢ = Colón. Símbolo de la moneda costarricense.

\$ = dólares de los Estados Unidos.

€ = Euro. Moneda europea.

£ = Libras Esterlinas. Moneda de Inglaterra.

3PL = Third Party Logistics Provider
(Logística Tercerizada, o proveedor de servicios de logística para terceros).

A

AAA = American Arbitration Association
(Asociación Americana de Arbitraje).

AADT = annual average daily traffic.

AAP= Acuerdo de Alcance Parcial.

AAR= against all risks (contra todo riesgo).

AAR= Acuerdo de Alcance Regional.

AB = responsabilidad limitada.

ABA = American Bankers Association.

ABC= Activity Based Costing (Costo Basado en la Actividad).

ABEDA = Arab Bank for Economic Development in Africa. Ver www.badea.org

ABLA=Aceptación Bancaria Latinoamericana.

ABM= Activity Based Management
(Administración Basada en la Actividad).

ABM = Siglas de la Asociación de Banqueros de México.

AC = Siglas de Asociación Civil.

ACCT = Agence de Coopération Culturelle et Technique.

ACDRS = accelerated cost recovery system.

ACE = Amex Commodities Exchange.

ACH = automated clearing house (sistema de compensación automatizado).

ACP = Asia-Caribe Pacífico, Países pertenecientes a la Convención de Lomé.

ACP = African, Caribbean and Pacific Countries (Grupo de Naciones de África, el Caribe y el Pacífico).

ACT = Air Cargo Tariff (Manual de Tarifas de Carga Aérea).

AD = antidumping.

ADB = African Development Bank (Banco Africano de Desarrollo). Ver www.afdb.org

ADB = Asian Development Bank (Banco Asiático de Desarrollo, ver www.adb.org).

ADB = adjusted debit balance.

ADC = Automatic Data Capture (Captura Automática de Datos).

Adefas = adeudos de ejercicios fiscales anteriores.

ADELA = Adela Investment Company
(Compañía de Inversiones Adela).

ADO = Siglas de Autobuses de Oriente.

ADP = Asian Development Bank (Banco Asiático de Desarrollo).

ADPIC = Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

ADR = European Agreement Concerning the International Carriage of Dangerous Goods by road (Acuerdo Europeo relativo al Transporte Internacional de Artículos Peligrosos por carretera).

ADR = american deposit receipts.

ADRS = asset depreciation range system.

ADT = average daily traffic.

Ad-v = ad valorem.

AE = account executive.

AEC= Arancel Externo Común.

AEF = Africa Enterprise Fund. Ver www.ifc.org/abn/aef/aefhtm

AELC = Asociación Europea de Libre Comercio. Ver www.efta.int

AELE = Asociación Europea de Libre Intercambio.

AFD = Agence Francaise de Développement. Ver www.afd.fr

AFI = Siglas de la Agencia Federal de Investigación.

AFREXIMBANK = African Export Import Bank. Ver www.afreximbank.com

AG = Australia Group (Grupo de Australia).

AGB = Alliance for Global Business. Ver www.intg.net/agb/

AGCS = Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

AHA=American Hospital Association (Asociación de Hospitales Norteamericanos)

AI= Application Identifier (Identificador de Aplicación)

AIAG= Automotive Industry Action Group (Grupo de Acción de la Industria Automotriz).

AIB = Arab International Bank.

AIB = Association for International Business (Asociación para Negocios Internacionales). Ver www.AIBCenter.com

AID = Agency for International Development (Agencia para el Desarrollo Internacional).

AIDC= Automatic Identification and Data Capture (Identificación y Captura de Datos Automática).

AIF = Asociación Internacional de Fomento.

AIM Internacional= Automatic Identification Manufacturers (Productores de Identificación Automática).

AIMU = American Institute of Marine Underwriters (Instituto Estadounidense de Aseguradores Marítimos).

ALADI = Asociación Latinoamericana de Integración. (Latin American Integration Association). Ver www.aladi.org

ALADLC = Asociación Latinoamericana de Libre Comercio.

ALAF = Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles.

ALAMAR = Asociación Latinoamericana de Armadores.

ALC = acuerdo de libre comercio.

ALDF = Siglas de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. México.

ALIDE = Latin American Association of Development Financing Institutions (Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el Desarrollo). Ver www.alide.org.pe

AMC = Siglas de la Asociación Mexicana de Ciencias.

AME = Acuerdo Monetario Europeo.

AMEP = Siglas de la Asociación Mexicana de Estudios Parlamentarios.

AMEX = American Stock Exchange (Estados Unidos).

AMF = Arab Monetary Fund.

AMLO = Siglas para referirse al jefe de gobierno de la ciudad de México (2000-2003), Andrés Manuel López Obrador, del Partido de la Revolución Democrática (PRD).

AMPI = Siglas de la Asociación Mexicana de Profesionales Inmobiliarios.

AMSCO = African Management Services Company. Ver www.ifc.org

AN = arrival notice (aviso de llegada).

ANA = Administración Nacional de Aduanas.

ANDA = Siglas de la Asociación Nacional de Actores.

ANDTP = Siglas de la Alianza Nacional Democrática de Trabajadores Petroleros.

APDF = African Project Development Facility.

APEC = Asia-Pacific Economic Cooperation. Ver www.apecsec.org.sg

ANSI= American National Standards Institute (Instituto Norteamericano de Estándares Nacionales).

A/P = additional premium (suplemento de prima).

AP = antonim aiket (responsabilidad limitada).

APDF = African Project Development Facility

AR = arrival (llegada).

AR = all risks (a todo riesgo).

ARDF = Siglas de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal.

ARM = Acuerdos de Reconocimiento Mutuo.

ARSO = African Regional Organization for Standardization). Ver www.arso-oran.org

A/S = responsabilidad limitada.

AS = at sights (a la vista, o bien puede significar responsabilidad limitada).

ASA = aeropuertos y servicios auxiliares.

AS1= Applicability Statement 1 (Declaración de Aplicabilidad 1)

AS2= Applicability Statement 2 (Declaración de Aplicabilidad 2)

ASA = American Standard Association (Centro Americano de Normas).

ASC = Accredited Standards Comité (Comité de Estándares Acreditados).

ASEAN = Association of Southeast Asian Nations (Asociación de Países del Sudeste Asiático). Ver www.asean.or.id

ASH = chelín austriaco.
 ASHMM= American Society for Healthcare Materials Management (Administración de Materiales de Salud para la Sociedad Norteamericana).
 Asop. = asistencia operacional.
 ASP = application service provider (proveedor de servicios de aplicaciones).
 ASN= Advance Ship Notice(Aviso de Despacho Anticipado).
 ASTD = American Society for Training and Development (Sociedad Americana de Capacitación y Desarrollo).
 ATA = Temporary Admission (Admisión temporal).
 ATC = Textiles and Clothing (Acuerdo sobre Textiles y el Vestido).
 AU = austral argentino.
 A/V = Ad valorem.
 A/W = Actual weight (peso actual).
 AWB = Airway bill (guía aérea, o conocimiento de embarque aéreo).

B

B2B = Business to Business (Negocio a Negocio).
 B2C = Business to Consumer (Negocio a Consumidor).
 B2G = Business to government (Comercio electrónico de empresa a Administración).
 BACAT = Barge Aboard Catamaran (Barcaza sobre Catamarán).
 BACK-LOG = contratos de obras por licitar en concurso de costos.
 BAF = Bunker Adjustment Factor (recargo por combustible) (factor de ajuste por combustible).
 BAIB = Banco de Ajustes Internacionales de Basilea.
 BANAMEX = Abreviatura del Banco Nacional de México.
 BANCOMER = Abreviatura del Banco de Comercio.
 BANSTA= Banking Status (Situación Bancaria).
 BANRURAL = Abreviatura del Banco de Crédito Rural.
 Bbl = barril.

BBS = bulletin board system (sistema de tablón de anuncios electrónicos).
 BC = Abreviatura del estado de Baja California.
 BCE = Banco Central Europeo. Ver www.ecb.int
 BCEAO = Central Bank of West African States. Ver www.bceao.com
 BCRA = Banco Central de la República Argentina.
 b/d = barriles diarios.
 BDEAC = Central African Status Development Bank (Banco de Desarrollo de los Estados Centrafricanos).
 BDI = Both dates included (ambas fechas incluidas).
 BEAC = Bank of Central African States.
 BEI = Banco Europeo de Inversiones. Ver www.eib.org
 BENELUX = Agrupación Económica integrada por Bélgica, Holanda y Luxemburgo.
 BERD = Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo. Ver www.ebrd.com
 BEUC = European Consumers Organization (Organización Europea de Asociaciones de Consumidores).
 BEUG = European Consumer's Organization (Organización Europea de Asociaciones de Consumidores).
 BFCE = Banque Francaise du Comerse Extérieur (Agencia perteneciente al gobierno francés que presta créditos oficiales a tipos de interés preferenciales).
 BHTA = British Healthcare Trades Association (Asociación Británica para el Comercio del Sector Salud).
 BIAC, or, BIAS = Business and Industry Advisory Committee to the OECD (al respecto consultar OECD, y la página www.icao.org).
 BIC = International Container Bureau.
 BID = Banco Interamericano de Desarrollo.
 BIE = Bureau International des Expositions (organización que regula el funcionamiento y el calendario de las exposiciones internacionales no comerciales, a las que se invita oficialmente a los diferentes países para que participen. Ver www.bie-paris.org).

BIMCO = Consejo marítimo Internacional y del Báltico (Baltic and International Maritime Council).

BIHP = Bringing Improvements in Healthcare Process (Brindando Mejoras al Proceso del Cuidado de la Salud).

BIRF = Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial).

BIS = Banco Internacional de Pagos. Ver www.bis.org

BIT = Bilateral investment treaty (Tratado de inversión bilateral).

BKO = Booking office (Oficina de Reserva de pasajes).

B/L = Bill of Lading (Conocimiento de Embarque).

BLADEX = Banco Latinoamericano de Exportaciones. Ver www.blx.com

BMS = Business Message Standard (Estándar de Mensaje Comercial).

BMV = Siglas de la Bolsa Mexicana de Valores.

BNA = Banco de la Nación Argentina.

BPR = Business Process Redesign (Rediseño de Procesos de Negocio).

BPSS = Business Process Specification Schema (Esquema de Especificación del Proceso Comercial).

BO = Bolívar venezolano.

BOAK = British Overseas Airways Corporation (Aerolíneas Internacionales Británicas).

BOAD = Banco de Desarrollo de África Occidental.

Bolero = Organización privada dedicada a la automatización de las transacciones comerciales internacionales. Se trata de una empresa conjunta de <SWIFT> y de la aseguradora londinense TT Club. Cuenta con el apoyo de varios bancos internacionales de importancia. Ver www.bolero.net

Bondes = bonos de desarrollo.

BoP = balanza de pagos.

BoT = balanza comercial.

BOX CLUB = colloquial name for I.C.C.O.

BPI = Banco de Pagos Internacionales.

BR = British Railways (Ferrocarriles Británicos).

BRD = Business Requirement Document (Documento de Requerimiento Comercial).

BRG = Business Requirement Group (Grupo de Requerimiento Comercial).

BRW = Business Requirement Worksheet (Planilla de Requerimiento Comercial).

BS = Bunker surcharge (factor de ajuste por combustible).

BT = responsabilidad limitada.

BTN = nomenclatura arancelaria de Bruselas.

BV = Besloten Vennooschap (responsabilidad limitada).

BWR = Bar Width Reduction (Reducción del Ancho de Barras).

B-UML = Business Unified Modelling Language (Lenguaje Unificado Modelado de Negocios).

C

CA = certificado de autoridad (certificate of authority).

CABEI = Banco Centroamericano de Integración Económica. Ver www.bcie.org

CAC-40 = Bolsa de París.

CAC/CODEX = Currency adjustment charge. Ver www.codexalimentarius.net

CACE = Consejo Asesor de Comercio Exterior.

CACM = Mercado Común Centroamericano.

CAD = cash against documents (pago contra documentos).

CAF = Corporación Andina de Fomento.

CAF = Currency Adjustment Factor (recargo por diferencia de cambio).

CAGR = Compound Annual Growth Rate (Tasa Anual de Crecimiento Compuesto).

CALEX = Servicio de Calidad de Exportación.

CALS = Continuous Acquisition and Life Cycle Support (Adquisición Continua y Soporte del Ciclo de Vida).

CAN. DL. = Dólar canadiense.

CANACO = Abreviatura de la Cámara Nacional de Comercio.

CAO = Computer Assisted Ordering (Pedido Asistido por Computadora).

Caps = certificado de aportación patrimonial.

CAPAT = Comisión Asesora Permanente de Admisión Temporal.

CARICOM = Caribbean Community

(Comunidad del Caribe). Ver www.caricom.org

Carnet ATA = carnet de admisión temporaire/
temporary admisión.

CAUCE = Convenio de Cooperación
Económica Argentino-Uruguayo.

CBD = Cash before Delivery (pago antes
de entrega).

CBD = Caribbean Development Bank. Ver
www.caribank.org

CBL = Combined transport bill of landing
(documento de transporte combinado).

CBM = Metro cúbico.

CBR = Commodity Box Rate (Tarifa por
mercadería específica, por contenedor).

CC = Composite Component (Componente
Compuesto).

CCA = Consejo de Cooperación Aduanera.

CCAO = West African Clearing House
(Cámara de Compensación de África
Occidental).

CCC = Canadian Commercial Corporation.

CCC = Commodity Credit Corporation
(Corporación de Créditos sobre mercaderías).

CCCE = Customs Cooperation Council
(Organización Mundial de Aduanas).

CCI = Cámara de Comercio Internacional.

Ver www.iccwbo.org

CCI UNCTAD/GATT = Centro de Comercio
Internacional UNCTAD/GATT.

CCVI= Contrato de compraventa
internacional.

CCE = Comunidad Económica Europea.

CCEWeb = Organismo dedicado a
automatizar las operaciones empresariales
internacionales. Ver www.cceweb.com

CCF = Compensatory and Contingency
Financing Facility (Servicio de Financiación
Compensatoria y para Contingencias
(SFCC)).

CD = certificado de depósito.

CDV = countervailing duty (derechos
compensatorios).

CE = Catálogo Electrónico

CE = Conformité Européene (Conformidad
Europea, marca CE).

CE Mark = Conformidad Europea.

CEA = Comisión Económica para África.

CEAO = Comisión Económica para Asia
Occidental.

CEAO = West Africa Economic Community

(Comunidad Económica de África
Occidental).

CECA = Comunidad Europea del Carbón y
del Acero.

CECR = Comité ECR de Argentina

CECRAL = Comité ECR de América Latina

CED = Committee of Economic development
(Comité de Desarrollo Económico).

CEE = Comunidad Económica Europea.

CEEAC = Comunidad Económica de

los Estados Centrafricanos (Economic

Community of Central African Status). Ver

www.un.org/Depts/dpko/training/region3.htm

CEI = Comunidad de Estados Independientes
(ex-URSS) (Commonwealth of Independent
Status).

CEMAI = Consejo Empresarial Mexicano
para Asuntos Internacionales.

CEMLA = Centro de Estudios Monetarios
Latinoamericanos.

CEN = European Standards Comité (Comité
de Estándares Europeo).

CEN/MITL = European Standards Committee
/ Multi Industry Transport Label (Etiqueta
de Transporte Multi-industria del Comité de
Estándares Europeo)

CENELEC = Comité Europeo de

Normalización Eléctrica. Ver www.cenelec.org

CENSA = Council of European and Japanese
National Shipowners Association (Consejo
de la Asociación de armadores nacionales
Japoneses y Europeos).

CEPAL = Comisión Económica para América
Latina y el Caribe.

CEPE = Comisión Económica para Europa.

CEPGL = Comunidad Económica de los
países de los Grandes Lagos (Economic
Community of the Great Lakes Countries).

Ceprofits = certificado de promoción fiscal.

CER = Australia-New Zeland Closer
Economic Relations Agreement.

CES = Consejo Económico y Social.

CESAP = Comisión Económica para Asia y el
Pacífico.

CET, CEXT = common external tariff (arancel
exterior común).

Cetes = certificados de tesorería de la
federación.

CFI = Corporación Financiera Internacional.

CFMG = Comité sobre Faltantes de Mercadería en Góndolas
 CFR = Coste y Flete... puerto de destino convenido.
 CFS = container freight station (terminal de carga contenedorizada).
 CGEY = Cap Gemini Ernest & Young (Cap Gemini Ernest & Young).
 C&I = Coste y seguro (cost & insurance).
 CIAP = Consejo Interamericano de la Alianza para el Progreso.
 CIDA = Canadian International Development Agency. Ver www.acdi-cida.gc.ca/index.htm
 CICYP = Consejo Interamericano del Comercio y la Producción.
 CIF = Coste, Seguro y Flete... puerto de destino convenido.
 CIF&C = Coste, Seguro, Flete y Comisión (Cost, Insurance, Freight and Commission).
 CIM = Convención Internacional para el Transporte de Mercaderías por Ferrocarril.
 CIMO = European Association of Fresh Produce Importers (Asociación Europea de Importadores de Productos Frescos).
 CIP = Carriage and Insurance Paid to... (Transporte y seguro pagados hasta...)
 CIPE = Centro Interamericano de Promoción de Exportaciones.
 CIS = Commonwealth of Independent Status (Comunidad de Estados Independientes).
 CISG = United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías).
 CITEL = Comisión Interamericana de Telecomunicaciones. Ver www.citel.oas.org
 CKD = Completely Knocked Down (desarmado completamente).
 CL = Conference Line (Asociación de Armadores).
 CLITRAVI = Liaison Center of the Meat Processing Industry in the Europe (Centro de Coordinación de la Industria del Procesamiento de la Carne en Europa).
 C/L = Container Load (carga del contenedor).
 CMI = Co-Managed Inventory (Inventario Co-Administrado).
 CMIC = Siglas de la Cámara Mexicana de la Industria de la Construcción.

CMR = Convención Internacional para el transporte de Mercaderías por Carretera.
 CMTI = Cellular Mobile Telephone Identifier (Identificador de Teléfono Celular Móvil).
 CN = Credit note (nota de crédito).
 CNUDMI = Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Ver www.uncitral.org
 CO = Central Operations (Operaciones Centrales).
 COACSU = Commercial Account Summary (Resumen de Cuenta Comercial).
 COD = Cash on Delivery (Pago contra entrega).
 COD = Change of Destination (Cambio de destino).
 COFACE = Compagnie Francaise d'Assurance pour le Comerce Extérieur. Ver www.coface.com
 UK COGSA = Carriage of Goods by Sea Act (Ley sobre el transporte de mercancías por mar (Inglaterra)).
 US COGSA = Carriage of Goods by Sea Act (Ley sobre el transporte de mercancías por mar (Estados Unidos)).
 COMBI = Avión combinado pasajeros-carga.
 COMBIDOC = Documento Combinado de transporte.
 COMCE = Abreviatura del Consejo Mexicano de Comercio Exterior.
 COMDIS = Commercial Dispute (Disputa Comercial).
 COMECON = Consejo para la ayuda económica mutua.
 COMESA = Mercado Común del África Oriental y Meridional.
 COMT = Central Operations Management Team (Equipo de Administración Central de Operaciones).
 CONTRL = Syntax and Service Report Message (Informe de Sintaxis y Servicio).
 COPANT = Pan American Standards Commission (Comisión Panamericana de Normas Técnicas). Ver www.copant.org
 CORATES = Specific Commodity Rates used in air freight (Tarifas de Mercancía Específica usadas en Flete Aéreo).
 CORDIS = Community Research and Development Information Service (Servicio de

Información sobre Investigación y Desarrollo Comunitarios).

Corp. = Corporation (responsabilidad limitada).

COS = Cash on Shipment (pago contra embarque).

COTIF = Convención Internacional de Transporte por Ferrocarril.

COTS = Comercial Off- The- Shelf (Productos Comerciales fuera de Góndola).

CP = Siglas de Contador Público.

CPA = Collaboration Agreement Specification (Especificación de Acuerdo de Colaboración).

CPG = Consumer Packaged Goods (Mercadería de Consumo Empaquetada).

CPFR = Collaborative Planning Forecasting and Replenishment (Planeamiento, Previsión y Reaprovisionamiento Colaborativo).

CPG = Consumer Packaged Goods (Mercadería Envasada para el Consumidor).

CPP = Collaboration Protocol Profile (Perfil de Protocolo de Colaboración).

CPT = Carriage paid to... (Transporte pagado hasta...).

CPU = Central Purchasing Unit (Unidad de Compra Central).

CQI = Continuous Quality Improvement (Mejora de Calidad Continua).

CR = credit (crédito).

CR = Change Request (Requerimiento de Cambio).

CR = Cruzeiro brasileño.

CREMUL = Multiple Credit Advine (Aviso de Crédito Multiple).

CRM = Customer Relationship Management (Administración de la Relación con el Cliente).

CRP = Continuous Replenishment Program (Programa de Reaprovisionamiento Continuo).

CS = Composite Simbology (Simbología Compuesta).

CS = Corona sueca.

C/P = Charter Party (póliza de fletamento).

CSC = Container Service Charges (Cargas por Servicios a contenedores).

CSP = Container Service Port (puerto de servicios a contenedores). Al respecto consultar www.iccwbo.org/home/guidec/guidec.asp

CSP = proveedor de servicios de certificación.

CST = Container Service Tariff (Tarifa por servicios a contenedores).

CT = Calidad Total (Total Quality).

CT = Conference Terms (Cláusulas o Términos de la Conferencia).

CT = Comercio de compensación.

CTB = Combined Transport bill of lading (conocimiento de embarque de transporte combinado o mixto).

CTD = documento de transporte combinado (combined transport document).

Cu = cúbico.

Cuaderno TIR = transport international routier.

CUCI = Clasificación Uniforme para el Comercio Internacional de Naciones Unidas.

CVD = derechos compensatorios.

CWO = cash with order (pago con el pedido).

CXT = arancel exterior común.

CY = almacén de contenedores.

D

D/A = Documents against acceptance (documentos contra aceptación).

DAF = Entrega en frontera... lugar convenido.

DANIDA = South Group, Danish Ministry of Foreign Affairs.

DATA.COD® = Catálogo Electrónico para la alineación de datos exclusivo para los afiliados de EAN Argentina - CODIGO

DAX = Índice de Bolsa de Francfort.

DBA = Data Base Alignment (Alineación de Base de Datos).

DBMS = DataBase Management System (Sistema de Administración de Base de Datos).

DBO = demanda bioquímica de oxígeno.

DDU = Entrega derechos no pagados... lugar de destino convenido.

DDP = Entrega derechos pagados.

DE= Derecho de Exportación.

DEA = Drug Enforcement Administration (Administración para la Aplicación de Drogas).

DEBMUL = Multiple Debit Advine (Aviso de Débito Multiple).

DEG = Special drawing rights (Derechos especiales de giro).

DEG = German Financing Company for investments in Developing Countries.
 DELFOR = Delivery Schedule (Programa de Entregas).
 DEQ = Entrega en muelle... puerto de destino convenido.
 DES = Entrega en buque... puerto de destino convenido.
 DESADV= Despatch Advise (Aviso de Despacho).
 DFI = Distribución Física Internacional.
 DGR = Dangerous Goods Request (Solicitud de Mercaderías Peligrosas).
 DI = Derecho de Importación.
 DICONSA = Abreviatura de la Distribuidora e Impulsora Comercial Conasupo.
 DIEM= Derecho de Importación específico mínimo.
 DISA = Data Interchange Standards Association (Asociación de Estándares para el Intercambio de Datos).
 DIMWT = dimensional weight (peso dimensional).
 DJNI= Declaración Jurada de Necesidades de Importación.
 DNS = Domain Name Service (Servicio de Denominación de Dominio).
 D/O = Delivery order (orden de entrega).
 DO = Diario Oficial.
 D/P; o; SD/DP = Documentos contra pago.
 DPP = Direct Product Profitability (Rentabilidad Directa del Producto).
 Dr = deudor.
 DREE = Direction des Relations Economiques Extérieures.
 DRG = Diagnostic Related Groups (Grupos de Diagnósticos Relacionados).
 DRI = digital receipt infrastructure (infraestructura de recibo digital).
 DRIP = dividend reinvestment plan. Muchas compañías han adoptado un plan que le permite a un pequeño inversionista comprar únicamente una acción de la compañía. Con los dividendos recibidos el inversionista compra fracciones de acciones y la compañía no cobra comisiones por estas operaciones o por transacciones de compra de acciones.
 DRP = Distribution Resource Planning (Planeamiento de Recursos de Distribución).

DSD = Direct Store Delivery (Distribución Directa del Local).
 DSU = Dispute Settlement, WTO Understanding on Rules and Procedures (Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias).
 DTA = Declaración de Tránsito Aduanero.
 DTD = Document Type Definition (Definición del Tipo de Documento).
 DUN = Despatch Unit Number (Número de Unidad de Despacho).
 DUNS number = número DUNS.

E

EOE, o, E&OE = Salvo error u omisión.
 EO = Errors & omissions insurance (Seguro de responsabilidad profesional).
 EAB = Expert Advisory Board (Consejo de Asesores Expertos).
 EACHH = European Association of Organizations for Homecare and Help at Home (Asociación Europea de Organizaciones para el Cuidado y la Ayuda en el Hogar).
 EADB = East African Development Bank.
 EAHM = European Association of Hospital Managers (Asociación Europea de Administradores de Hospitales).
 EAN = European Article Numbering (Numeración de Artículo Europeo).
 EANCOM® = Subset of UN/EDIFACT messages (Subconjunto de mensajes UN/EDIFACT).
 EAN HO = EAN International Head Office (Oficina Central de EAN Internacional).
 EAN MO = EAN Member Organization (Organización Miembro EAN).
 EAS = Electronic Article Surveillance (Sistema de Vigilancia Electrónica de Artículos) (Sistemas de protección antihurtos).
 EBES = European Board for EDI Standardization (Consejo Europeo para la Estandarización de EDI).
 EBRD = European Bank for Reconstruction and Development (Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo).
 ebTWG = Electronic Business Transition WorkGroup (Grupo de Trabajo de Transición al Comercio Electrónico).

ebXML = Electronic Business eXtensible Markup Language (Lenguaje Extendido de Marcado para el Comercio Electrónico).
 EC = Electronic Commerce (Comercio Electrónico).
 ECA = United Nations Economic Comisión for Africa (Comisión Económica de las Naciones Unidas para África, ver www.uneca.org).
 ECAFE = Comisión Económica para Asia y Lejano Oriente.
 EC-GIF = Electronic Commerce Global Implementation Forum (Foro Mundial para la Implementación del Comercio Electrónico).
 ECB = European Central Bank (Banco Central Europeo).
 ECCB = Eastern Caribbean Central Bank.
 ECCC = Electronic Commerce Council of Canada (Consejo de Comercio Electrónico de Canadá).
 ECCMA = Electronic Commerce Code Management Association (Asociación para la Administración del Código de Comercio Electrónico).
 ECDC = Cooperación Económica entre Países Desarrollados.
 ECEG = Electronic Commerce Expert Group (Grupo Experto en Comercio Electrónico).
 ECGF = Export Credit Guarantee Fund (Fondo de Garantía para el Crédito a la Exportación).
 ECHOP = European E-Commerce for Hospital Procurement (Comercio Electrónico para el Abastecimiento de Hospitales Europeos).
 ECLAC = United Nations Economic Comisión for Latin America and the Caribbean (Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe). Ver www.eclac.cl
 ECOFIN = Ver Consejo de la Unión Europea.
 ECOSOC = United Nations Economic and Social Council (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas).
 ECOWAS = Comunidad Económica de los Estados de África Occidental. Ver www.ecowas.int
 ECR = Efficient Consumer Response (Respuesta Eficiente al Consumidor).
 ECS = European Shipper's Council (Concejo Europeo de Embarcadores).

ECTA = European Competitive Telecommunications Association (Asociación Europea para las Telecomunicaciones Competitivas). Ver www.ectaportal.com
 ECU = Unidad Monetaria Europea.
 EDB = Electronic Data Base (Base de Datos Electrónica).
 EDF = European Development Fund (Fondo Europeo de Desarrollo).
 EDI = Electronic Data Interchange (Intercambio Electrónico de Datos-Documentos).
 EDIFACT = Electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport (Intercambio Electrónico de Documentos para la Administración, el Comercio y el Transporte).
 EEA = European Economic Area (Espacio Económico Europeo).
 EEE = Espacio Económico Europeo (Economic Area (EEA)).
 EEZ = Exclusive Economic Zone (Zona económica exclusiva).
 EFR = Efficient Foodservice Response (Respuesta Eficiente en el Sector Gastronómico).
 EFT = Electronic Fund Transfer (Transferencia Electrónica de Fondos).
 EFTA = European Free Trade Association (Asociación Europea de Libre Comercio).
 EGM = Extraordinary General Assembly (Asamblea General Extraordinaria EAN).
 EHCR = Efficient Healthcare Consumer Response (Respuesta Eficiente al Consumidor en el Sector Salud).
 EHI = Euro Handels Institute (Instituto Euro Handels).
 EHIBCC = European Health Industries Business Communications Council (Consejo Europeo de Comunicación para la Industria de la Salud).
 EIB = European Investment Bank (Banco Europeo de Inversiones).
 EICTA = European Information and Communications Technology Industry Association (Asociación Europea de la Industria de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones). Ver www.eicta.org

EISA = European Information Technology Services Association (Asociación Europea de Servicios de Tecnología de la Información).

Ver www.eisa.web.org

EITO = European Information Technology Observatory (Observatorio Europeo de las Tecnologías de la Información. Al respecto consultar www.eito.com).

e-mail = electronic mail (correo electrónico).

e-marketplace = electronic marketplace (mercado electrónico).

EMC = export management company (sociedad gestora de exportación).

EMEA = Europe, Middle East and Africa (Europa, Este Medio y África).

EMEDI = European Medical Electronic Data Interchange (Intercambio elec-trónico de Documentos Médicos de Europa).

EMEG = European Meat Expert Group (Grupo Europeo de Expertos en Carnes).

EMT = Executive Management Team (Equipo de Gerenciamiento Ejecutivo).

EOE = Electronic Order Entry (Ingreso de Pedido Electrónico).

EONIA = Tipo de interés efectivo vigente en el mercado interbancario del euro a un día.

EOTC = European Organization Conformity Assessment (Organización Europea para las Pruebas y la Certificación).

EP = Escudo portugués.

EPC = Electronic Product Code (Código Electrónico de Producto).

EQR = Equipment request (Pedido de equipos).

ERP = Enterprise Resource Planning (Planeamiento de los Recursos de la Empresa).

ERS = Evaluated Receipts Settlement (Liquidación de Recibos Evaluados).

ES = Element String (Cadena de Elementos).

ESA = European Space Agency (Agencia Espacial Europea). Ver www.esa.int

ESAF = enhanced structural adjustment facility (servicio reforzado de ajuste estructural).

ESC = European Shipper's Council (Consejo de Expedidores de Europa).

ESCAP = United Nations Economic and Social Commission for Asia and Pacific

(Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico).

Ver www.unescap.org

ESCB = European System of Central Banks (Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC)).

ESCWA = United Nations Economic and Social Comisión for Western Asia (Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia Occidental). Ver www.escwa.org.lb

ESI = European Software Institute (Instituto Europeo de Software).

EST= Estadística.

e-store = electronic store (almacén electrónico).

ETA = Estimated time of arrival (fecha estimada de arribo).

ETC = Export trading company (sociedad comercial de exportación).

ETD = Estimated time of departure (fecha estimada de salida).

ETNO = European Public Telecommunications Network Operators' Association (Asociación Europea de Operadores de Redes Públicas de Telecomunicaciones). Ver www.etno.belbone.be

ETNVT = Clasificación de productos del Consejo de Asistencia Económica Mutua.

ETO = electronic trading opportunity (oportunidad comercial electrónica).

ETSI = European Telecommunications Standards Institute (Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones).

ETUC = European Trade Union Confederation (Confederación Europea de Sindicatos). Ver www.etuc.org

EU = Unión Europea.

EUCOFEL = European Union of Fruit and Vegetable Wholesale, Import and Export Trade (Comercio de Importación y Exportación de Mayoristas de Frutas y Vegetales de la Unión Europea).

EUCOMED = European Confederation of Medical Suppliers Associations (Asociación de Proveedores Médicos de la Confederación Europea).

eUCP = Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios – Suplemento para las presentación electrónica.

EUR-LEX = Portal único de internet para acceder a los textos jurídicos de la Unión Europea. Ver <http://europa.eu.int/eur-lex>
 EURATOM = Comunidad Europea de Energía Atómica.

EUREKA = European Research Coordination Agency (Agencia Europea para la Coordinación de la Investigación).

Ver www3.eureka.be/home

EUREGAP = Euro Retailer Produce Working Group Good Agricultural Practice Assessment (Grupo de Trabajo de Agricultores Minoristas Europeos para la Evaluación de Mejores Prácticas Agrícolas).

EUREP = Euro Retail Produce (Productos Agrícolas Minoristas de Europa).

EURL = sole ownership limited liability company (responsabilidad limitada).

EURIBOR = Tipo de interés al que una entidad de crédito está dispuesta a prestar fondos en euros a otra entidad. Se calcula partiendo de un panel representativo de las principales entidades de crédito.

Euro = moneda que sustituye al ecu en la Comunidad Europea.

EUROCOMMERCE = Retail, Wholesale & International Trade Representation to the EU (Representación del Comercio Minorista y Mayorista Internacional de Europa).

EUROHCS = European Hospitals and Clinics Supply (Proveeduría de Clínicas y Hospitales Europeos).

EVUA = European Virtual Private Network User Association.

EX = desde.

EX-DIV = ex dividendo.

EXEL = Export Credit Enhanced Leverage.

EXIMBANK = Export Import Bank (Banco de Exportación e Importación).

EXQ = Ex quay. Actualmente corresponde al incoterm "entregado en muelle (DEQ).

EXS = Ex ship. Actualmente corresponde al incoterm "entregado sobre buque (DES).

EXW = Ex works (en fábrica... lugar convenido).

F

FAO = Food and Agriculture Organization - United Nations- (Organización de Alimentos y Agricultura -Naciones Unidas u Organización

para el Desarrollo de la Agricultura y Distribución de Alimentos -)

FAC = as fast as the vessel can (tan rápido como lo permita el buque).

FAK = Freight-all-kinds (Fletes de todo tipo, o flete unificado).

FAO = Organización para la Agricultura y la Alimentación.

FAQ = preguntas más frecuentes.

FAS = as fast as the vessel can (tan rápido como lo permita el buque).

FAS = Free Alongside Ship (Franco al Costado del Buque).

FB = Franco belga.

FBL = conocimiento FIATA.

FCA = Free Carrier (Franco transportista... lugar convenido).

FCL = Full Container Load (contenedor completo).

FCN = Freedom, commerce and navigation treaty (Tratado de libertad, comercio y navegación).

FCR = forwarder's certificate of receipt (certificado de recibo del transitario).

FCS = Free of capture and seizure (Riesgo de apresamiento excluido).

FDA = Food & Drug Administration (Administración de Drogas y Comidas).

FED = Fondo Europeo de Desarrollo.

FEU = Forty -Feet equivalent unit (unidad usada para medir la capacidad de buques en términos de contenedores de 40 pies).

FF = Franco francés.

FFS = Fee-for-Service (Tasa por Servicio).

FGA = Free of General Average (Libre de Avería Gruesa).

FH = Florín irlandés.

FHEX = relativo al tiempo de plancha. No se incluye dentro del flete ni los viernes ni los días festivos.

FHINC = relativo al tiempo de plancha. Se incluye dentro del flete tanto los viernes como los días festivos.

FLO/FLO = Float-on/Float-off (Transflotación).

FI = factor de interés.

FIATA = International Federation of Freight Forwarders Association (Federación Internacional de la Asociación de Fleteros).

FIATA FBL = Conocimiento FIATA de transporte multimodal y negociable

(Negotiable Multimodal Transport Bill of Landing).

FIATA FCR = Certificado de recibo del transitario (Forwarders Certificate of Receipt).

FIATA FCTG = Certificado de transporte del transitario (Forwarders Certificate of Transport).

FIATA FFI = Carta de instrucciones del expedidor (forwarding Instructions).

FIATA FWB = Carta de porte multimodal no negociable (Negotiable Multimodal Transport Bill of Landing).

FIATA FWR = Recibo de almacén (Warehouse Receipt).

FIATA SDT = Declaración del expedidor para el transporte de materias peligrosas (Shipper's Declaration for the Transport of Dangerous Goods).

FIATA SIC = Certificado multimodal de pesos del expedidor (Shipper's Intermodal Weight Certificate).

FIFO = first in, first out (primero en entrar, primero en salir).

FILO = first in, last out (primero en entrar, último en salir).

FINCAN = Financial Cancellation (Cancelación Financiera)

FINSTA = Financial Statement (Situación de Cuenta Financiera).

FIO = free in and out (franco de carga y descarga).

FIOST = free in, out, stowed and trimmed (franco de carga, descarga, estiba y arrumazón).

FMA = Floral Marketing Asociación (Asociación del Comercio Floral).

FMCG = Fast Moving Consumer Goods (Mercadería de Consumo de Alta Rotación).

FMG = Faltantes de Mercadería en Góndolas.

FMI = Fondo Monetario Internacional.

FMI = Food Marketing Institute (Instituto del Comercio de Alimentos).

FNC 1 = Function 1 (Función 1).

FNMM = Fondo Nacional de la Marina Mercante.

FNPE = Fondo Nacional de Promoción a las Exportaciones.

FOB/FAS = Opción que permite que la

empresa vendedora asegure la expedición desde el punto de origen hasta el punto en el que el comprador asume la titularidad o el riesgo de la mercadería. O sea Franco a bordo... puerto de carga convenido.

FOC = Flag of convenience (Bandera de Conveniencia).

FOMIN = Fondo Multilateral de Inversiones (Multilateral Investment Fund (MIF).

FONDECO = Abreviatura del Fondo de Desarrollo Económico.

FOR/FOT = Free on Rail/Free on Truck (Incoterms, obsoletos sustituidos por Franco Transportista).

FOREX = cambio exterior.

FPA = free of particular average (franco de avería particular).

FPAD = freight payable at destination (flete pagado en destino).

FPO = For Position Only (De / Para Posición solamente).

FPTP = Fresh Product Traceability Project (Proyecto de Trazabilidad para Productos Frescos).

FS = Franco suizo.

FSRCC = Free of strikes, riots and civil commotions (cláusula libre de huelgas, tumultos, y conmociones civiles).

FTA = acuerdo de zona de libre comercio, o zona de libre comercio.

FTAA = Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Ver www.ftaa-alca.org

FTL = Full Truckload (Camión LLeno de Mercadería).

FTP = file transfer protocol (protocolo de transferencia de ficheros).

FX = foreign exchange (cambio exterior).

G

G-3 = Tratado de libre comercio entre México, Colombia y Venezuela.

G-8 = Grupo de los 8. Son los jefes de estado de las democracias más avanzadas industrialmente.

G-77 = Grupo de los 77. Actualmente son 132 países en vía de desarrollo.

GA = avería gruesa.

GAB = General Arrangement to Borrow (Acuerdo General de Empréstito).

- gal. = gallon (galón).
- GATS = General Arrangement on Trade Services.
- GATT = General Agreement of Tariffs and Trade (Acuerdo General sobre Tarifas Aduaneras y Comercio).
- GBDe = Global Business Dialogue on Electronic Commerce.
- GBM = General Business Model (Modelo General de Negocios).
- GCC = Global Communications Committee (Comité Mundial de Comunicaciones).
- GCI = Global Commerce Initiative (Iniciativa de Comercio Mundial).
- GCIP = Global Commerce Internet Protocol (Protocolo Mundial para el Comercio vía Internet).
- GCP = Global Classification Project (Proyecto Mundial de Clasificación).
- GCTIN = Global Component of a Trade Item Number (Componente Mundial del Número de Artículo Comercial).
- GDAS = Global Data Alignment Service (Servicio Mundial de Alineación de Datos).
- GDD = Global Data Dictionary (Diccionario Mundial de Datos).
- GDP = gross domestic product (producto interior bruto).
- GENERAL = General Message (Mensaje para Propósitos Generales).
- GEPIR = Global EAN Party Information Register (Registro EAN Mundial de Información de Partes).
- GFSI = Global Food Safety Initiative (Iniciativa Mundial sobre Seguridad Alimenticia).
- GHAG = Global Healthcare Application Guideline (Lineamientos Mundiales de Aplicación en el Sector del Cuidado de la Salud).
- GIAI = Global Individual Asset Identifier (Identificador Mundial de Bien Individual).
- GIE = Groupement d'Intérêt Economique (agrupación de interés económico).
- GIF = Global Implementation Forum (Foro Mundial de Implementación).
- GIN = Global Information Network (Red de Información Mundial).
- GIIP = Global Information Infrastructure Comisión.
- GIP = Global Internet Project.
- GLN = Global Location Number (Número Mundial de Localización).
- GLR = Global Logical Registry (Registro Lógico Mundial).
- GMA = Grocery Manufacturers of America (Productores Almaceneros de Norteamérica).
- GMO = Genetically Modified Organisms (Organismos Modificados Genéticamente).
- GMC = Global Marketing Committee (Comité Mundial de Marketing).
- GMT = Greenwich Mean Time (tiempo medio de Greenwich).
- GNL = Gas natural licuado.
- GNP = gross national product (producto nacional bruto).
- GNX = Global Net eXchange (Red de Intercambio Mundial).
- GPA = Government Procurement (Acuerdo sobre Contratación Pública).
- GPC = Global Policy Committee (Comité Mundial sobre Políticas).
- GPL = Gas de Petróleo Licuado.
- GPN = Gross National Product (Producto Bruto Nacional).
- GRAI = Global Returnable Asset Identifier (Identificador Mundial de Bien Retornable).
- gr. wt. = gross weight (peso bruto).
- GRT = Gross register tonnage (tonelaje bruto de registro en metros cúbicos).
- GRTF = Global Retail Technology Forum (Foro Mundial de Tecnología para Minoristas).
- GSAG = Global Systems Advisory Group (Grupo Mundial Asesor de Sistemas).
- GSC = Global Simbology Committee (Comité Mundial de Simbologías).
- GSG = GSMP Steering Group (Grupo de Manejo del GSMP).
- GSMP = Global Standards Management Process (Proceso Mundial para la Administración de Estándares).
- GSP = Generalized System of Preferences (Sistema Generalizado de Preferencias).
- GSRN = Global Service Relation Number (Número Mundial de Relación de Servicio).
- GST = goods and services tax (impuesto sobre el valor añadido).
- GSTP = Global System of Trade Preferences

(Sistema Global de Preferencias Comerciales).
 GT = Gross ton (tonelada bruta).
 GTAG = Global TAG (Etiqueta Mundial (Grupo de Trabajo sobre RFID)).
 GTC = Global Technical Committee (Comité Técnico Mundial).
 GTIN = Global Trade Item Number (Número Mundial de Artículo Comercial).
 GTS = Global Telecommunications Society.
 GTSSTG = Global Technology Strategy Standing Task Group (Grupo Mundial de Trabajo de Soporte de Estrategias de Tecnología).
 GVW = peso bruto del vehículo.
 GUAC = Global User Advisory Council (Consejo Asesor Mundial del Usuario).
 GUIDEC = General Usage for Internacional Digitally Ensured Commerce (Usos generales para el comercio autenticado electrónicamente).
 GUM = Global User Manual (Manual Mundial del Usuario).

H

H&QAP = Harmonisation & Quality Assessment Project (Proyecto de Evaluación de Calidad y Armonización).
 HAB, o, HAWB = house air waybill (conocimiento interno).
 HACCP = Hazard Analysis and Critical Control Points (Análisis de Riesgo y Control de Puntos Críticos).
 HAG = Hardware Action Group (Grupo de Acción de Hardware (Grupo de Trabajo de la Red EPCglobal)).
 Hang-seng = índice de Bolsa de Valores de Hong Kong.
 HANMOV = Cargo/Goods Handing and Movement (Movimiento y Manipulación de Cargas/Mercaderías).
 HAWB = house air waybill (conocimiento interno).
 HAZMAT = hazardous materials (materiales peligrosos).
 HCP = Healthcare Collaboration Project (Proyecto de Colaboración para el Cuidado de la Salud).

HEDIC = Healthcare EDI Coalition (Unión EDI para el Cuidado de la Salud).
 HIBCC = Healthcare Industry Barcode Council (Consejo de Codificación para la Industria de la Salud).
 HIDA = Health Industry Distributors Association (Asociación de Distribuidores de la Industria de la Salud).
 HIGPA = Health Industry Group Purchasing Association (Asociación de Compradores de la Industria de la Salud).
 HIN = Health Industry Number (Número para la Industria de la Salud).
 HL7 = Health Level 7 (Nivel de Salud 7).
 HMOs = Health Maintenance Organizations (Organizaciones del Mantenimiento de la Salud).
 HOPE = Hospitals for Europe (Hospitales de Europa).
 HOST = Healthcare Open Systems Testing (Sistemas Abiertos de Testeos para la Salud).
 HS = harmonized system (sistema armonizado).
 HTML = Hyper Text Markup Language (Lenguaje de Marcado de Hipertexto).
 HTSUS = Harmonized Tariff Schedule of the U.S.A. (Arancel de Aduanas Armonizado).
 HTTP = protocolo de transferencia de hipertexto.
 HTTP-S = protocolo seguro de transferencia de hipertexto.

I

I = interrupción de la comparabilidad en las series estadísticas. Los datos posteriores al signo no forman una serie coherente con los anteriores a él.
 I//E/S = una empresa que proporciona a sus clientes estadísticas sobre diferentes parámetros de acciones en los Estados Unidos y el mundo. Esta empresa diseñó un sistema para resumir numéricamente las recomendaciones de los analistas.
 IA = impuesto activo.
 IAB = Internet Architecture Board.
 IACAC = Inter-American Commercial Arbitration Commission.
 IADB = Banco Interamericano de Desarrollo.
 IAEA = Internacional Atomic Energy Agency

(Organismo Internacional de Energía Atómica). Al respecto consultar www.iaea.org

IAF = International Accreditation Forum.

IAIGC = Inter-Arab Investment Guarantee Corporation.

IAU = International Accounting Unit (Unidad de Cuenta Internacional).

IATA = International Air Transport Association (Asociación Internacional del Transporte Aéreo). Ver www.iata.org

IAU = International Accounting Unit (Unidad de Cuenta Internacional).

IBAN = International Bank Account Number (Número Internacional de Cuenta Bancaria).

IBOR = Interbank offered rate (tasa interbancaria de oferta).

IBRD = International Bank for Reconstruction and Development (Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo). Ver www.worldbank.org/html/extdr/backgrd/ibrd

IC = Integrated Circuit (Circuito Integrado).

ICAC = Industrial / Commercial Advisory Committee (Comité de Consejo Industrial y Comercial).

ICAC = International Confederation for Agricultural Credit (Confederación Internacional para el Crédito Agrícola).

ICANN = Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (Corporación Internet para la Asignación de Nombres y Números).

ICAO = International Civil Aviation Organization (Organización de la Aviación Civil Internacional).

ICC= International Chamber of Commerce (Cámara de Comercio Internacional).

ICCO = International Council of Containership Operators (Consejo Internacional de Operadores de Contenedores).

ICCR = International Confederation of Container Reconditioners.

ICFTU = International Confederation of Free Trade Unions (Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres).

Ver www.icftu.org

ICGB = International Cargo Gear Bureau, Inc.

ICHCA = Asociación Internacional para la Coordinación del Manipuleo de la Carga.

Ver www.ichca.org.uk

ICJ = International Court of Justice (Corte Internacional de Justicia).

ICP = Integrated Programme for Commodities (Programa Integrado para los Productos Básicos).

ICS = International Chamber of Shipping (Cámara Naviera Internacional).

ICSID = International Centre for Settlement of Investment Disputes (Centro Internacional de Arreglo de Discrepancias relativas a Inversores). Ver www.worldbank.org/icsid

ICT = Information and Communication Technology (Tecnología Informática y de Comunicación).

ICTF = intermodal container transfer facility (instalaciones intermodales para la transferencia de contenedores).

IDA = Asociación Internacional de Desarrollo. Ver www.worldbank.org/ida

IDASC = International Data & Application Standards Committee (Comité de Estándares Internacional de Datos y Aplicaciones).

IDB = Banco Interamericano de Desarrollo.

IDC = Implant Data Communications (Comunicaciones de Datos de Implantes).

IDE = Instituto para el Desarrollo Económico.

IDENTRUS = empresa privada que facilita infraestructura para la autenticación, la confidencialidad, la integridad y la aceptación de las operaciones. Al respecto consultar www.identrus.com

IDIT = Instituto de Derecho Internacional del Transporte.

IEC = International Electrotechnical Commission (Comisión Electrónica Internacional). Ver www.iec.ch

IEEE = Institute of Electrical & Electronics Engineers (Instituto de Electricistas e Ingenieros Electrónicos).

IETF = Internet Engineering Task Force (Grupo de Ingeniería de Internet).

IFAD = International Fund for Agricultural Development (Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola).

IFC = International Finance Corporation (Sociedad Financiera Internacional).

IFCSUM = Forwarding and Consolidation Summary (Resumen de Transporte y Consolidación).

IFP = Interim Fuel Participation (Participación de Combustible Provisoria).

IFPC = Internacional Federation of Produce Coding (Federación Internacional de Codificación de Frutas y Hortalizas).

IFR = Instrument flight rules (Reglas de Vuelo por Instrumentos).

IFTMSN = Arrival Notice (Aviso de Llegada de Transporte).

IFTMBC = Booking Confirmation (Confirmación de Reserva de Transporte).

IFTMBF = Firm Booking (Reserva de Firma de Transporte).

IFTMIN = Transport Instruction (Instrucciones de Transporte).

IFTSTA = Transport Status (Informe de Situación de Transporte).

IHO = Integrated Health Organization (Organización Integrada de Salud).

IIC = Inter-American Investment Corporation (Corporación Interamericana de Inversión).

IICL = Institute of International Container Lessors (Instituto Internacional de Arrendadores de Contenedores).

IL = Indicadores Logísticos.

ILA = International Longshoremen's Association (Asociación Internacional de Estibadores).

ILO = International Maritime Organization, or, International Labour Organization.

ILPF = Internet Law and Policy Forum (Foro de Política y Legislación sobre Internet).

ILS = Instrument Landing System (Sistema de Aterrizaje por Instrumentos).

ILU = Institute of London Underwriters (Instituto de Aseguradores de Londres).

IODP = Inter-Operability of Data Pools (Interoperabilidad entre Catálogos de Datos).

IOE = International Organization of Employers (Organización Internacional de Empleadores).

IOU = I owe you (vale/reconocimiento de deuda en papel sin timbrar, sin cláusula a la orden).

IMDG = International Maritime, Dangerous Goods Code (Código Marítimo Internacional para mercaderías peligrosas).

IMF = International Monetary Fund (Fondo Monetario Internacional).

IMO = International Maritime Organization (Organización Marítima Internacional).

IMS = International Meat Secretary (Secretaría Internacional de la Carne).

in = inch (pulgada).

Inc. = incorporated.

INCOTERMS = International Commercial Terms (Términos de Comercio Internacional).

INS = Insulated container (Contenedor insulado).

INSA = International Shipowners Association (Asociación Internacional de Armadores).

INSDDES = Instruction to Despatch (Instrucciones para el Despacho).

INTAL = Instituto para la Integración Latinoamericana.

INTUG = Grupo Internacional de Usuarios de las Telecomunicaciones.

INVOIC = Invoice (Factura).

INVRPT = Inventory Report Informe de Inventario).

IOE = Organización Internacional de Empleadores.

IPC = Integrated Programme for Commodities (Programa Integrado para los Productos Básicos).

IPO = Initial Public Offering.

IPO Date = fecha de la oferta inicial al público.

IPR = intellectual property rights (derechos de propiedad intelectual).

IRA = Individual retirement account (Cuenta de retiro individual).

IRAM = Instituto Argentino de Racionalización de Materiales).

IRAN = Individual retirement annuity (Renta de retiro individual).

IRGIS = Independent Regulators Group Information Sharing.

IRU = International Road Transport Union (Organización Internacional de Transporte Terrestre). Al respecto consultar www.iru.org

ISAN = impuesto sobre autos nuevos.

ISBN = Internatinoal Standard Book Number (Número Estándar Internacional para Libros).

IsDB = Banco Islámico de Desarrollo. Ver www.isdb.org

ISIC = International Standard Industry Code (Código Estándar Internacional de Industria).

ISMN = International Standard Music Number (Número Estándar Internacional para Música).

ISO = International Standard Organization (Organización de Estándares Internacionales u Organización Internacional de Normas).

ISO = Insurance services office (Oficina de servicios de seguro).

ISP = Interantional Standby Practice (Usos internacionales relativos a los créditos contingentes).

ISP = Internet service provider (proveedor de servicios de Internet).

ISR = impuesto sobre la renta.

ISSA = Asociación Internacional de Suministradores de Buques.

Ver www.shipsupply.org

ISSB = Information Systems Standards Board (Consejo de Estándares de Sistemas de Información).

ISSN = International Standard Serial Number (Número Estándar Internacional Seriado).

ISSS = Information Systems Security Standards (Estándares de Seguridad para Sistemas de Información).

IT = Information Technology (Tecnologías de Información)

IT = Inti peruano.

ITA = Acuerdo sobre Tecnología de la Información (OMC).

ITC = Centro de Comercio Internacional. Ver www.intracen.org

ITCF = instalaciones intermodales para la transferencia de contenedores.

ITF = Interleave Two of Five (Intercalado dos de cinco).

ITRE = Institute of Telecom Retailers in Europe, Middle East, India, Asia and Africa.

ITRG = Information Technical Requirement Group (Grupo de Requerimiento Informático).

ITU = International Telecommunications Union (Unión Internacional de Telecomunicaciones).

I-UML = Information Unified Modelling Language (Lenguaje Unificado de Modelado de Información).

IVA = Siglas del Impuesto al Valor Agregado-Añadido.

J

JAT = Justo a tiempo (Just in time).

JBIC = Japan Bank for International Cooperation.

JETRO = Japan External Trade Organization.

JEXIM = Japan Bank for International Cooperation.

JIT = Just in Time (Justo a Tiempo).

JMI = Joint Managed Inventory (Inventario Administrado Conjuntamente).

JTC 1 = Joint Technical Committee (Junta de Comité Técnico).

JUNAC = Junta del Acuerdo de Cartagena.

K

KD = knocked down (mercancía separada).

KFAED = Kuwait Fund for Arab Economic Development.

KFTA = Korea Foreing Trade Association.

KfW = Reconstruction Loan Corporation.

KG = kommanditgesellschaft.

KOOP = Kooperatif.

KOTRA = Korea Trade Promotion Corporation.

KPI = Key Performance Indicator (Llave Indicadora de Performance).

L

L = Libra esterlina.

LAB = libre a bordo.

LAC = Local Assigned Code (Código Local Asignado).

LAES = Sistema Económico Latinoamericano.

LAFTA = Latin American Free Trade Association (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio).

LAIA = Latin American Integration Association (Asociación Latinoamericana de Integración).

Ver www.aladi.org

LAN = Local Area Network (Red de Área Local).

LAP = Libre de avería Particular (Free of particular average).

LASH = Lighter Aboard Ship (Transbordador de Gabarras, o buque porta barcazas).

LATEST = Presentation date (última fecha de presentación), or shipment date (última fecha de embarque).

L/C = letter of credit (carta de crédito).

LCI = Logística Comercial Internacional.
 LCL = Less than container load (contenedor de grupaje).
 LDC = less developed countries (países menos desarrollados).
 LE = Libra egipcia.
 LEs = Large Enterprises (Grandes Empresas).
 LIBID = London Interbank Bid Rate (tasa interbancaria de depósitos de Londres).
 LIBOR = London Interbank Offered Rate (tasa interbancaria de oferta de Londres).
 LIFFE = Bolsa de Futuros Financieros y Opciones de Londres. Ver www.liffe.com
 LIFO = Last in, first out (último en entrar, primero en salir).
 LIMEAN = London Interbank Mean Rate (tasa media interbancaria de Londres).
 LJ = Libra italiana.
 LL = Libra libanesa.
 LOCATEL = Abreviatura de Localización telefónica.
 LOI = carta de indemnidad, o, carta de intenciones (setter of indemnity).
 LT = Libra turca.
 LTL = Less Than Truckload (Menor carga en el Transporte, o, carga parcial del camión).

M

M = Measurement (medida).
 MA = Marcos alemanes.
 MAB, o, MAWB = ver MAWB.
 MAFI = plataforma con ruedas utilizada para colocar la carga no rodada en los buques RO-RO.
 MAGHREB = Argelia, Libia, Mauritania, Marruecos y Túnez.
 MARPOL = International Convention for the Prevention from Ships (Convención Internacional para la prevención de buques).
 MAWB, or, MAB = conocimiento maestro.
 MB = Management Board (Consejo Administrativo).
 Mbdep = millones de barriles diarios de equivalente en petróleo.
 MCCA = Mercado Común Centro Americano.
 MCE = Mercado Común Europeo.
 MDB = bancos de desarrollo multilateral.
 MERCOSUR = Mercado Común del Sur.
 MF = Marcos finlandeses.
 MFN = most favoured nation.
 MHE = Material Handling Equipment (Equipamiento para el Manipuleo de Materiales).
 MIC = Manifiesto Internacional de Cargas.
 MIF = Multilateral development banks (bancos de desarrollo multilateral).
 MIGA = Multilateral Investment Guarantee Agency (Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones). Al respecto consultar www.miga.org
 MIS = Management Information Systems (Sistemas de Administración de Información).
 MIT = Massachusetts Institute of Technology (Instituto de Tecnología de Massachusetts).
 MITI-Japón = Ministerio de Comercio Internacional.
 M&L = Methodologies & Liaisons (Metodología y Coordinación).
 MLA = Meat & Livestock Australia (Carne y Ganadería de Australia).
 MMCF = Multimedia Communications Forum (Foro de Comunicaciones Multimedia).
 MN = moneda nacional.
 MO = Member Organization (Organización Miembro).
 MOMM = Member Organization Managers Meeting (Encuentro de Gerentes de Organizaciones Miembro EAN).
 MPPR = Minimum Protocol Performance Requirements (Requerimientos Mínimos de Desempeño de Protocolo).
 MR = Mate's receipt (Recibo provisorio/recibo sin observaciones/recibo de abordaje).
 MRA = Mutual Recognition Agreements (Acuerdos de Reconocimiento Mutuo).
 MRP = Machine Readable Passport (Pasaporte Legible por Máquina).
 MSCONS = Metered Services Consumption Report (Reporte de Consumo de Servicios Medidos).
 MSCP = Meat Supply Chain Project (Proyecto de Carnes para la Cadena de Suministros).
 MSCTF = Meat Supply Chain Task Force (Fuerza de Trabajo de Carnes para la Cadena de Suministros).
 MSRP = Manufacturer's Suggested Retail Price (Precio Minorista Sugerido por el Fabricante).

MTD = Multimodal Transport Document (Documento de Transporte Multimodal).
 MTO = Multimodal transport operador (Operador de transporte multimodal).
 MTP = micropayment transfer protocol (protocolo de transferencias de micropagos).
 MULTILAF = Acuerdo Heptapartito relativo al transporte ferroviario internacional en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay.
 MVT = Multi Vessel Tank (Buque con varios tanques).

N

na = no se aplica.
 NAB = Nomenclatura Arancelaria de Bruselas.
 NABALADI = Nomenclatura arancelaria para los países integrantes de la ALADI.
 NADBANK = Banco de Desarrollo de América del Norte.
 NADE = Nomenclatura Arancelaria y Derechos de Exportación.
 NADI = Nomenclatura Arancelaria y Derechos de Importación.
 NAFIN = Abreviatura de Nacional Financiera.
 NAFTA = North American Free Trade Agreement (Tratado de Libre Comercio de América del Norte).
 NAI = Freight net-all-in (flete todo incluido).
 NAICS = North American Industry Classification System (Sistema de Clasificación Industrial de América del Norte).
 NASDAQ = National Association of Securities Dealers Automatic Quotation System. (Una de las bolsas de Nueva York, establecida en 1971 y con intercambio de acciones por medio electrónicos).
 NATO = North Atlantic Treaty Organization (Organización del Tratado del Atlántico Norte - OTAN).
 NAUCA = Nomenclatura Arancelaria Uniforme Centro Americana.
 NAV = net asset value.
 NCC = nivel crítico de consumo.
 NCCA = Nomenclatura del Consejo de Cooperación Aduanera.
 NCM = Nomenclatura Común Mercosur.
 NCND = non-circumvention non-disclosure

agreement (acuerdo de falta de elusión u omisión de declaración).
 nd = no disponible.
 NDC = National Drug Code (Código Nacional de Drogas).
 nep = no especificado en otra parte.
 NESOI = not elsewhere specified o indicated (no especificado o incluido en otra partida).
 NF = no funds (sin fondos).
 NGO = Non-government organization (organización no gubernamental).
 NHS = National Health Service –UK- (Servicio Nacional de Salud -Reino Unido-).
 NIB = Nordic Investment Bank.
 Ver www.nibank.org
 NIC = New Industrialized Countries (Nuevos países industrializados).
 NIP = número de identificación personal de tarjeta de retiro.
 nis = no indicado separadamente.
 NMF = nación más favorecida (most favoured nation (MFN)).
 NO (obsoleto) = Numbering Organization (Organización de Numeración).
 NOE = Not otherwise enumerated (no enumerado de otra manera).
 NOR = notice of readiness (carta de aislamiento).
 NORAD = Norwegian Agency for Development.
 NOS = not otherwise specified (no especificado o incluido en otra partida).
 N\$ = Nuevos Pesos mexicanos.
 NSG = Grupo de Proveedores Nucleares.
 NSN = NATO Stock Number (Número de Almacenamiento de la OTAN).
 NTA = Non tariff agreement (acuerdo no tarifario).
 NTB = obstáculos no arancelarios.
 NTR = Non tariff rate (tasa no tarifaria).
 Números DUNS = DUNS number. Sistema de numeración internacional proporcionado por Dun & Bradstreet para identificar a las empresas.
 NV = Naamloze Vennootschap (responsabilidad ilimitada).
 NV = normal value (valor normal).
 NVOCC = Non-Vessel-Operating Common Carrier (Porteador público que no explota buques).

NVO-MTO = Non-Vessel-Operating-MTO (OTM, Operador de Transporte Multimodal que no explota buques).
 NWDA = National Wholesale Druggists Association (Asociación de Droguerías Mayoristas).
 NYSE = New York Stock Exchange (Bolsa de Valores de Nueva York).
 NZ = Dólar de Nueva Zelanda.

O

OAD = Oficial development assistance (ayuda oficial al desarrollo).
 OACI = Organización de Aviación Civil Internacional.
 OAGI = Open Applications Group (Grupo de Aplicaciones Abiertas).
 OAS = Organization of American States (Organización de los Estados Americanos - OEA).
 OASIS = Organization for the Advancement of Structured Information Standards (Organización para la Mejora de Estándares de Información Estructurada).
 OAU = Organization of African Unity (Organización de la Unidad Africana).
 OBO = Oil-Bulk-Ore (buque mineralero/granelero/petrolero).
 OCDE = Organización de Cooperación y Desarrollo Económico.
 OCR = Optical Character Recognition (Reconocimiento de Carácter Óptico).
 OCTI = Oficina Central del Transporte Ferroviario Internacional.
 ODA = Official development assistance (ayuda oficial al desarrollo).
 OEA = Organización de Estados Americanos.
 OECD = Organization for Economic Cooperation and Development (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)).
 OECF = Overseas Economic Cooperation Fund.
 OEEC = Organization for European Economic Corporation (Organización Europea de Cooperación Económica).
 OFSCI = Optimum Foodservice Supply Chain Initiative (Iniciativa de Servicios Gastronómicos Óptimos en la Cadena de Abastecimiento).

OHG = Offene Handelsgesellschaft (Institución cuyos socios responden solidaria e ilimitadamente).
 OIC = Organization of the Islamic Conference (Organización de la Conferencia Islámica).
 OIT = Organización Internacional del Trabajo.
 OMA = orderly marketing agreement (acuerdo de comercialización con contingentes).
 OMC = Organización Mundial del Comercio.
 OMI = Organización Marítima Internacional.
 OMM = Organización Meteorológica Mundial.
 OMS = Organización Mundial de la Salud.
 ONG = Organización No Gubernamental. Non-government Organization (NGO).
 ONS = Object Naming Service (Servicio de Nominación de Objeto).
 ONU = Organización de las Naciones Unidas.
 OOS = Out Of Stock (Producto fuera de Stock - Agotados).
 OPEC = Organization of Petroleum Exporting Countries (Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP)).
 OPIC = Overseas Private Investment Corporation.
 ORDCHG = Purchase Order Change Request (Solicitud de Modificación de Pedido).
 ORDERS = Purchase Order (Pedido).
 ORDRSP = Purchase Order Response (Respuesta al Pedido).
 OSA = Optimal Shelf Availability (Disponibilidad Óptima en Góndolas).
 OSTENQ = Order Status Enquiry (Consulta sobre Situación de Pedido).
 OSTRPT = Order Status Report (Informe sobre Situación de Pedido).
 OT = Open top container (Contenedor descubierto).
 OTAN = Organización del Tratado del Atlántico Norte.
 OTC = Over The Counter (Sin Prescripción Médica (Medicamentos sin receta)).
 OTM = Operador de transporte multimodal.
 OTI = ocean transporting intermediary (intermediario de transporte marítimo).

P

P/A = Power of attorney (poder).
 pa = per annum (por año).
 PAEB = Pan American EDIFACT Board (Consejo EDIFACT Panamericano).

PAR = Preferencia Arancelaria Regional.
 PARTIN = Party Information (Información sobre partes).
 PAYMUL = Multiple Payment Order (Orden de Pago Múltiple).
 PBX = Private Branch Exchange (Intercambio privado de sucursales).
 pc = per cent (por ciento).
 PC = Peso colombiano.
 PCD = Project Contract Document (Documento del Contrato del Proyecto).
 PCH = Peso chileno.
 PCT = Patent Cooperation Treaty (Tratado de Cooperación en materia de Patentes) .
 pd = paid (pagado).
 PDF = Portable Data File (Archivos de Datos Portátiles).
 PDR = Project Development Review (Revisión del Desarrollo del Proyecto).
 P/E Ratio = price-to-earnings-ratio.
 PECC = Pacific Economic Cooperation Council.
 PEFCO = Private Export Funding Corp.
 PEIB = Product Electronic Identification Board (Tabla Electrónica de Identificación de Productos).
 PEMEX = Abreviatura de Petróleos Mexicanos.
 PEU = Permiso de Embarque Urgente.
 PFP = policy framework paper (documento sobre parámetros de política económica (PPE)).
 PH = acidez o alcalinidad de una solución acuosa.
 P&I Club = Club de Protección e Indemnidad.
 PIB = producto interno bruto (gross domestic product (GDP)).
 PIC = Programas de Intercambio Compensado.
 PIER Container = Contenedor "pier" (contenedor llenado en zona portuaria con personal de estiba, por conveniencia del armador o buque).
 PIP = Partner Interface Processes (Procesos de Interfaz entre Socios).
 PKI = public key infrastructure (infraestructura de claves públicas).
 PLOA = Place of acceptance (lugar de aceptación).

PLOD = Place of delivery (lugar de entrega).
 PLOR = Place of receipt (lugar de recepción).
 PLU = Price Look Up (Unidad de Precio Individual).
 PMA = Produce Marketing Association (Asociación para el Mercadeo de Productos).
 PMA = Países menos desarrollados. Least developed countries/less developed countries (LDC).
 PME = Pequeña y mediana empresa.
 PMF = Preguntas más frecuentes (frequently asked questions (FAQ)).
 PMFH = Project Management Framework Handbook (Manual de Referencias para la Administración de Proyectos).
 PML = Physical Markup Language (Lenguaje Físico de Marcado).
 PMM = Project Management Methodology (Metodología para la Administración de Proyectos).
 P/N = Promissory note (Pagaré).
 PNB = gross national product (GNP) (producto nacional bruto)
 POC = Point of Consumption (Punto de Consumo).
 POD = Place of discharge (lugar de descarga).
 POD = Pay on Delivery (pago contra entrega).
 POD = Proof of Delivery (prueba de entrega).
 POS = Point of Sale (Punto de Venta).
 POE = Port of Entry (puerto de entrada).
 POL = Place of loading (lugar de carga).
 PP= Preferencia Porcentual.
 PPE = documentos sobre parámetros de políticas económica (policy framework paper).
 PPD = Project Proposal Document (Documento de la Propuesta del Proyecto).
 PRI = Siglas de Partido Revolucionario Institucional, que gobernó el país durante décadas continuadas hasta el año 2000. México.
 PRICAT = Price Catalogue (Catálogo de Precios).
 PRODAT = Product Data (Datos sobre Productos).
 PROINQ = Product Inquiry (Consulta sobre Producto).
 PS = Peseta española.

PSCP = Packaging Supply Chain Project (Proyecto de Empaque para la Cadena de Abastecimiento).
 PSI = Inspección previa a la expedición. O bien pulgadas por pulgada cuadrada (pounds per square inch).
 PSO = Project Support Office (Oficina de Respaldo de Proyectos).
 PTA = Preferential Trade Area (área de preferencia comercial que incluye varios países del sur de África, en otras palabras, Mercado Común de África Oriental Meridional).
 PTC = Pacific limited company (responsabilidad limitada).
 PTC = Pacific Telecommunications Council.
 PTRG = Physical Technical Requirement Group (Grupo de Requerimiento Físico-Técnico).
 PVO = Private voluntary organizations (organizaciones privadas voluntarias).
 PYME = Pequeña y Mediana empresa.

Q

QUALITY = Quality Test Report (Datos de Calidad).
 QR = Quick Response (Respuesta Rápida).
 QUOTES = Quotation (Oferta).

R

R = Rand sudafricano.
 RA/RA = Rail on/Rail off (Ferrotrans-bordo).
 RA/RO = Rail/Road (Ferrutaje).
 RB = Rublo ruso.
 RCR = Reefer cargo request (pedido de carga refrigerada).
 RECADV = Receiving Advice (Aviso de Recepción).
 REIT = real estate investment trust.
 REMADV = Remittance Advice (Liquidación).
 RENSPA = Registro Nacional Sanitario de Productores Agropecuarios.
 REQOTE = Request for Quotation (Petición de Oferta).
 RETANN = Announcement for Returns (Aviso de Devolución).
 RETINS = Instructions for Returns (Instrucciones de Devolución).
 RF = Reefer container (contenedor refrigerado).

RFP = Request For Proposals (Requerimiento para Propuestas).
 RFID = Radio Frequency Identification (Identificación por Radio Frecuencia).
 RI = Rial árabe.
 RID = International Regulations Concerning the Carriage of Dangerous Goods by Rail (Regulaciones Internacionales relativas al transporte de mercaderías peligrosas por tren).
 RIP = Raster Image Processing (Procesamiento de Imágenes por Raster).
 RMI = Retailer Managed Inventory (Inventario Administrado por el Retailer).

RMOMM = Regional Member Organizations Managers Meeting (Reunión Regional de Gerentes de Organizaciones Miembro EAN).
 RNPA = Registro Nacional de Productos Alimenticios
 ROI = Return On Investment (Reembolso sobre Inversión).
 RORO = buques RORO (roll-on/roll-off).
 ROT = Reserva de dominio.
 Rp = Rupia hindú.
 RPC = Reusable Plastic Containers (Contenedores de Plástico Reutilizables).
 RRUU = Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios.
 RSS = Reduce Space Simbology (Simbología de Espacio Reducido).
 R/T = Revenue ton (Tonelada-flete).
 RTP = Siglas de la Red de Transporte de Pasajeros del Distrito Federal.
 RTI = Reusable Transport Item (Item de Transporte Reutilizable).
 Ry = Railway (ferrocarril).
 RZSC = Retail Zero Suppression Code (Código de Supresión de Ceros Minorista).

S

SA = Sistema Armonizado.
 SA = Sociedad Anónima. Responsabilidad limitada.
 SA de CV = Sociedad Anónima de Capital Variable.
 S&C = shipper's export declaration (declaración de exportación).
 SAARC = South Asian Association for Regional Cooperation (Asociación para la

Cooperación Regional en Asia Meridional). Ver www.saarc-sec.org

SADC = Southern African Development Community. Al respecto consultar www.sadc.int

SACU = Southern African Customs Union (Unión Aduanera del África Austral).

SAG = Software Action Group (Grupo de Acción de Software (Grupo de Trabajo de la Red EPCglobal)).

SAS = Sales Activated Settlement (Liquidación de Ventas).

SASO = Saudi Arabian Standards Organization (Organismo Saudita dedicado a la estandarización).

SBF = salvo buen fin.

SCC = Shipping Container Code (Código Contenedor de Embarque).

SCC = Supply Chain Council (Consejo de la Cadena de Suministro).

SCM = Supply Chain Management (Administración de la Cadena de Suministro).

SCOR = Supply Chain Operations Reference (Referencia de Operaciones de la Cadena de Suministro).

SCQ = Specific Commodity Quotation (Cotización de Mercadería específica).

SD = entrega corta.

SD/DP = sight draft, documents against payment (documentos contra pago).

SDR = special drawing rights (derechos especiales de giro).

SEA = Servicio EANCOM® Argentina.

SEATO = South East Asia Treaty Organization (Organización del Tratado del Sudeste Asiático).

SED = shipper's export declaration (declaración de exportación).

SELA = Sistema Económico Latinoamericano. Latin American Economic System (LAES).

SET = Secure electronic transaction (transacción electrónica segura). Al respecto consultar www.setco.org

SEUO = salvo error u omisión.

SFCC = Compensatory and Contingency Financing Facility (Servicio de Financiación Compensatoria y para Contingencias).

SGML = Standard Generalized Markup Language (Lenguaje Estándar de Mercado Generalizado).

SGP = Sistema General de Preferencias.

SH = Shekel israelí.

SHEX = término del transporte por fletamento que especifica que los domingos y los festivos se excluyen del <tiempo de plancha>.

SHINC = término del transporte por fletamento que especifica que los domingos y los festivos se incluyen en el tiempo <tiempo de plancha>.

S-HTTP = secure hypertext transfer protocol (protocolo seguro de transferencia de hipertexto).

SIA = Standards In Action (Estándares en Acción (Programa de EAN International)).

SIC = Standard Industrial Classification Codes (Sistema de Clasificación Industrial de América del Norte).

SIDA = Swedish International Development Cooperation Agency.

SIL = Standard Interchange Language (Lenguaje de Intercambio Estándar).

SITC = Standard International Trades Classification (Clasificación Estándar de Comercio Internacional).

SKU = Store Keep Unit (Unidad Mantenido en el Local).

SLI = shipper's load and count (carta de instrucciones del expedidor).

SLSFCT = Sales Forecast (Previsión de Ventas).

SLSRPT = Sales Report (Informe de Datos de Ventas).

SME = Small and Medium Sized Enterprises (Pequeñas y Medianas Empresas).

SMP = Special multiple peril policy (Seguro integral de comercio).

SOLAS = International Convention for the safety of the life at Sea (Convenio de la Seguridad de la Vida Humana en el Mar).

SPC = Small Package (Empaques Pequeños).

SPEUA = sistema de pago electrónico de uso ampliado.

SPS = Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

SPV = Superventilated container (Contenedor superventilado).

SRCC = Strike, riot and civil commotions (Huelga, motines y disturbios o conmociones civiles).

SRP = Suggested Retail Price (Precio Minorista Sugerido).
 SRP = Scan Reflectance Profile (Perfil de Reflectancia Escaneada).
 SSCC = Serial Shipping Container Code (Código Seriado de Contenedor de Embarque).
 SSH = Saturday, Sunday, Holiday (Sábados, domingos y feriados).
 SSH included = Incluidos sábados, domingos y feriados.
 STC (said to contain) = carga y cuenta del expedidor.
 STE = state trading enterprise (empresa comercial estatal).
 STW (said to weight) = carga y cuenta del expedidor.
 SWIFT = Society for Worldwide Interbank Financial Communication (Sociedad para la Comunicación Financiera Interbancaria Mundial).

T

T1, T2 = primer trimestre, segundo trimestre.
 TABD = Transatlantic Business Dialogue (Diálogo Transatlántico de las Empresas).
 TACD = Transatlantic Consumer Dialogue (Diálogo Transatlántico de los Consumidores). Ver www.tacd.org
 TARGET = Sistema automatizado transeuropeo de transferencia urgente para la liquidación bruta en tiempo real.
 TAXCON = Tax Control (Control de Impuestos).
 TBL = through Hill of landing (conocimiento de embarque directo).
 TBT = Technical Barriers to Trade (Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio).
 TC = Time charter (fletamento por tiempo).
 TC = Trading Company (Compañía de Comercio Exterior).
 TDT = Technical Development Team (Equipo de Desarrollo Técnico).
 tec = tonelada de equivalente en carbón.
 tep = tonelada de equivalente en petróleo.
 TEU = Twenty-feet equivalent unit (Unidad utilizada para medir la capacidad de buques en términos de contenedores de 20 pies).
 TG = Task Group (Grupo de Tareas/Trabajo).
 THC = Terminal handling charges (Cargos por manipuleo en terminal).
 TIC = tipo de interés contable.
 Tico = tipo, tasa de interés del consumo.
 TIF = Carné Aduanero para el Transporte Ferroviario Internacional.
 TIGE = tarifa del impuesto general de exportación.
 TIGI = tarifa del impuesto general de importación.
 TIP = tasa líder interbancaria.
 TIR = Transport International routier (Transporte interanacional por carretera).
 TLC = Siglas del Tratado de Libre Comercio, acuerdo económico suscrito por México, Estados Unidos y Canadá en el año 1994.
 TM = Trademark (marca registrada).
 TM = Tonelada métrica (metric ton).
 TOFC = Trailer on flan car (Tráiler sobre vagón plano).
 TPM = Tonelaje de Peso Muerto (Dead Weight Tonnage - DWT).
 TPRM = Trade Policy Review Mechanism (Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales).
 TPS (goods and services tax) = impuesto sobre el valor añadido.
 TQM = Total Quality Management (Administración de Calidad Total).
 TRB = Tonelaje de Registro Bruto (gross register tonnage - GRT).
 TRG = Technical Requirement Group (Grupo de Requerimientos Técnicos).
 TRIMS = Trade Related Investment Measures (Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio).
 TRIPS = Trade Related Aspects of Intellectual Property (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio).
 TRN = Tonelaje de Registro Neto (net register tonnage - NRT).
 TRP = Transport Routing & Packaging (Transporte, Ruteo y Packaging).
 T/S = Transshipment (transbordo).
 TST = Technical Steering Team (Equipo de Conducción Técnico).

TT = Telegraphic transfer (Transferencia telegráfica).

TTP = Trusted Third Party (Proveedor de servicios de certificación).

U

UAG = User Action Group (Grupo de Acción de Usuarios (Grupo de Trabajo de la Red EPC global)).

UCC = Uniform Code Council (Consejo de Codificación Uniforme).

UCP = Uniform Customs and Practice (Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios).

UCR = Unique Consignment Reference (Referencia Única de Consignación (Código Aduanero)).

UDEAC = Central African Customs and Economic Union.

UECBV = European Livestock & Meat Trading Union (Unión Comercial de Carne y Ganadería Europea).

UHF = Ultra High Frequency (Frecuencia Ultra Alta).

UIC = International Union of Railways (Unión Internacional de Ferrocarriles). Al respecto consultar www.uic.asso.fr

ULCC = Ultra Large Crude Carriers (buque petrolero ultragrande).

ULD = Unitary load device (Dispositivo unitario de carga).

UML = Unified Markup Language (Lenguaje de Mercado Unificado).

UN = Naciones Unidas. Ver www.un.org

UN/CEFACT = United Nations / Centre for Facilitation of Procedures and Practices for Administration, Commerce and Transport (Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación de Procedimientos y Prácticas para la Administración, el Comercio y el Transporte).

UNCITRAL = United Nations Commission on International Trade Law (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

UNCTAD = Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo Económico. Ver www.unctad.org

UNDP = United Nations Development Programme (Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas).

UNDPIC = United Nations Drug Control Programme (Programa de Control de Drogas de las Naciones Unidas).

UN/ECE = United Nations / Economic Commission of Europe (Comisión Económica Europea de las Naciones Unidas).

UN/EDIFACT = United Nations / Electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport (Naciones Unidas / Intercambio Electrónico de Documentos para la Administración, el Comercio y el Transporte).

UNECE = United Nations Economic Commission for Europe (Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa). Ver www.unece.org

UNEP = United Nations Environment Programme (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente). Al respecto consultar: www.unep.org

UNIDO = United Nations Industrial Development Organization (Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial).

UNIDROIT = International Institute for the Unification of Private Law (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado).

UNSPSC = United Nations Standard Products and Services Code (Codificación Estándar para Productos y Servicios de las Naciones Unidas).

UPC = Universal Product Code (Código de Producto Universal).

UPU = Unión Postal Universal. Al respecto consultar www.upu.int.

URC = Uniform Rules for Collections. Reglas Uniformes relativas a las Cobranzas.

URGETS = Electronic trade transaction (Transacción comercial electrónica).

URL = Uniform Resource Locator (Locador de Recurso Uniforme).

URTEL = Abreviatura de "con referencia a su telegrama".

USAID = Agency for International Development. Ver www.usaid.gov

USDA = United States Department of Agriculture (Departamento de Agricultura de los Estados Unidos).
 USDC = Departamento de Comercio de los Estados Unidos.
 UTI = Unión Internacional de Comunicaciones.
 UVM = Universal Vendor Marking (Marca Universal del Vendedor).

V

VAN = Value Added Network (Red de Valor Agregado).
 VAT = Impuesto sobre el valor añadido.
 VICS = Voluntary Inter-industry Commerce Standards (Asociación Voluntaria Interindustria de Estándares para el Comercio).
 VLCC = Very Large Crude Carriers (gran petrolero).
 VMI = Vendor Managed Inventory (Inventario Administrado por el Vendedor).
 VOCC = Vessel Operating Common Carrier (porteador público que explota buques, en otras palabras empresas de transporte marítimo con explotación de buques).
 VO-MTO = Vessel Operating - MTO (OTM que explota buques).

VSHI = Very Small Healthcare Items (Productos muy pequeños del Sector de la Salud).
 VUM = índice del valor unitario de manufactura.

W

W = Weight (peso).
 W3C, o, W3 = World Wide Web Consortium (Corporación Mundial de Internet).
 WA = With average (con avería).
 WAAND = World Access Network of Directories (Portal para directorios que funciona como un listado telefónico clasificado. Está disponible en 16 idiomas, consultar www.wandinc.com).
 WADB-BOAD = West African Development Bank (Banco de Desarrollo de África Occidental).
 WAEMU-UMOA = West African Economic and Monetary Union (Unión Económica Monetaria del África Occidental).
 WAND = World Access Network of Directories.

WAP = Wireless Application Protocol (Protocolo Inalámbrico de Aplicación).
 WC = War clause (Cláusula de Guerra).
 WCF = World Chambers Federation (Federación Mundial de Cámaras).
 WCN = World Chambers Network (Red Mundial de Cámaras). Al respecto consultar: www.worldchambers.com
 WCO = World Customs Organization (Organización Mundial de Aduanas).
 WFDFI = Federación Mundial de Instituciones Financieras de Desarrollo.
 WG1, WG2, WG3, WG4 = Working Group 1, 2, 3 y 4 (Grupos de Trabajo 1, 2, 3 y 4).
 WHO = World Health Organization (Organización Mundial de la Salud).
 WIPO = World Intellectual Property Organization (Organización Mundial de Propiedad Intelectual).
 WITSA = World Information Technology and Services Alliance (Consortio internacional que agrupa a 41 asociaciones del sector de las tecnologías de la información que representa el 97% del mercado. Está asociado con un gran número de organizaciones de las TI, al respecto consultar www.witsa.org).
 WLAN = Wireless Local Area Network (Red de Área Local Inalámbrica).
 W/M = Weight / measurement (peso / medida).
 WMS = Warehouse Management System (Sistema de Administración de Depósitos).
 WOR = Without our responsibility (sin responsabilidad de nuestra parte).
 WPA = with particular average (con avería particular).
 WTO = World Trade Organization (Organización Mundial del Comercio).
 WWD = Weather working day (Días en los cuales el clima permite trabajar).
 WWRE = World Wide Retail Exchange (Intercambio Mundial para Minoristas).
 WWW = World Wide Web.

X

XML = eXtensible Markup Language (Lenguaje Extensible de Marcado).
 XSL = eXtensible Stylesheet Language (Lenguaje Extensible de Formatos de Página).

Y

Y = Yen japonés.

Y/A = York-Antwerp Rules (Reglas de York y Amberes).

YU = Yuan chino.

Z

ZF = Zona del franco.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

-BARANDIARÁN, Rafael. Diccionario de términos financieros. Quinta Edición. México D.F., México. Editorial Trillas, S.A. de C.V. 2000.

-LLANO FERRO, Luis Fernando. Aproximación a Wall Street. Bogotá, Colombia. Editorial NormaS.A.-Cargraphics S.A. 2001.

-MADRIZ JUÁREZ, Yorleny. Diccionario Operacional de Seguros para Costa Rica. San José, Costa Rica. Editorial Master Litho S.A. 2003.

-REYNOLDS, Frank. El comercio internacional de la A a la Z. Barcelona, España. Editorial ICC Publishing S.A. 2002.

-VALLETTA, Laura. Diccionario de derecho comercial. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. Editorial Valletta Ediciones S.R.L. 2000.

INTERNET:

http://es.geocities.com/ciudadelaesperanza/Siglas_y_abreviaturas.html

<http://www.aduanaargentina.com/siglas.htm>

<http://www.codigo.org.ar/glosario.htm>

<http://www.ecuadorexports.com/siglas.htm>

<http://www.pci.com.ar/glosario/siglas.htm>

“LIBRE TESTAMENTIFACTIO, LA QUERELLA INOFFICIOSI TESTAMENTI Y LEGÍTIMA HEREDITARIA EN EL DERECHO ROMANO”

Wilberth Arroyo Alvarez²

“Porque no se ha de tener tolerancia con los padres, que en su testamento expresan alguna injuria contra sus hijos; lo que las más de las veces lo hacen formulando malévolamente su juicio contra su sangre, seducidos por los halagos o instigaciones de la madrastra, Gayo (Dig., 5.2.4)¹”.

PRESENTACIÓN

Para tener claridad y sentido de comprensión integral del Instituto jurídico Sucesorio, en su constante evolución desde el Derecho Romano –hace casi tres milenios–, se hace imprescindible, como igual respecto de otras instituciones, reglas y principios jurídicos, acudir a esa fuente originaria. Sólo conociendo los orígenes se podrán contestar los “por qué” que plantean los actuales sistemas sucesorios que adoptan y adaptan los ordenamientos jurídicos occidentales, de tradición romanística, como el costarricense

Aún cuando con el presente trabajo no se pretende sino exponer, en grandes rasgos, la

concepción y evolución del derecho sucesorio en el Derecho Romano, la idea es que éste sirva para un posterior estudio sobre el sistema sucesorio costarricense y su (in)evolución desde 1841.

De acuerdo con ese fin, el presente trabajo hará una exposición, lo más clara posible, del Derecho sucesorio en la historia y el derecho romanos, tomando como base los estudios científicos que, con base en las fuentes directas de ese derecho, como la Ley de las XII Tablas o el Corpus Iuris Civilis, entre otras, han hecho connotados juristas como Juan IGLESIAS³, ARIAS RAMOS⁴ y GARCIA GARRIDO⁵ por lo que a ellos se ha de remitir cada dato, cita legal, jurisprudencial y referencial histórica que se señale en el presente.

1 “La legítima Romana surgió estando vigente un sistema de absoluta libertad testamentaria y surgió como freno y resorte moderador de dicha libertad cuando, relajadas las costumbres, testadores, usando, abusivamente, de tal libertad instituyeron herederos a extraños, sin dejar cosa alguna a las personas más allegadas, faltando con ello a los deberes de asistencia que incumben a los próximos parientes entes sí...” ROCA SÁRTRE (RM) Naturaleza jurídica de la legítima, Revista Derecho Privado, Madrid, 1984.

2 Profesor Asociado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

3 Derecho Romano (Instituciones de Derecho Privado), Ariel, 9 ed, 1989.

4 Derecho Romano, 16 ed. Madrid, 1981.

5 Derecho Privado Romano, 3 ed., Madrid, 1985

I La libertad de testar del paterfamilias y los derechos de los sui heredes

En el derecho romano el concepto de herencia está ligado necesariamente con los de familia y el paterfamilias, pues al morir éste, sus hijos y la uxor in manu, sui heredes, los “herederos suyos”, pasaban a ocupar la situación jurídica suya. En el caso de haber varios suis heredes el patrimonio se constituía en un todo indiviso (erctum non cito), con el consecuente perjuicio ante el engrandecimiento posterior de la familia sui que, eventualmente, creaba disputas y provocaba la repartición de la herencia, tal como lo podían solicitar los heredes según lo establecía la Ley de las XII Tablas. Ello a la vez producía otro inconveniente: la atomización, y por ende improductividad del patrimonio familiar dejado por el paterfamilias

Es por ese motivo que el pater, ante el hecho de tener varios hijos, elegía de previo quien le sucedería mortis causa, aplicando al resto de sus hijos la “emancipación” (emancipatio), o los entregaba a otro pater en adopción, o si se trataba de hijas, casándolas cum manu, dándose en todos estos casos nuevas familias, con nuevos paterfamilias en el caso de los hijos. Otra opción era el testamento: así en éste escogía a aquel que le sucedería, pudiendo desheredar pero a la vez dejar legados a sus hijos y a su esposa (uxor in manu) a quien podía darles ya la propiedad de un bien o un usufructo. Aquí, pues, se encuentra el origen de la libre testamentifacio que, en su sentido negativo, se manifestaba con la desheredación.

En un estadio posterior de la evolución del derecho romano -fines de la época republicana- se plantea el tema de los derechos hereditarios de los sui heredes, aún en contra de la voluntad del pater. No obstante, la libertad testamentaria se mantuvo incólume y no es sino de una forma matizada es que aparece la figura jurídica de la “sucesión contra el testamento”. Es así como se darán las siguientes acciones en contra del testamento:

1. Sucesión iure civile en caso de preterición de los sui heredes.
2. Bonorum possessio contra tabulas testamenti.
3. Querella inofficiosi testamenti.

II Sucesión “iure civili” y Preterición de los Sui Heredes

El principio, consecuente con la libertad testamentaria, era que de acuerdo con el ius civile el pater podía instituir herederos o desheredar a los sui heredes pero no podía omitirlos, o sea preterirlos. De haber incurrido en preterición, podía darse las siguientes posibilidades:

- Si se trataba de un hijo que estaba bajo la patria potestas del pater (filius in potestate) debían ser instituido heredero o desheredado “nominativamente” (nominativum) pues sino el testamento era considerado inútil y en consecuencia nulo iure civili. De este modo, al caer el testamento, se abría la herencia ab intestato.
- Si se trataba de los otros sui heredes (caso de hijas, nietos o nietas, uxor in manu), debían ser instituidos herederos o desheredados. Pero para este último caso no se exige la desheredación “nominativa”, bastando una cláusula general colectiva (inter ceteros). Así, vg., “Que todos los otros sean desheredados”. (Ceteri omnes exheredes sunt; Gayo 2.128).

En el caso de preterición de estos últimos, a diferencia del caso de la preterición del hijo varón, el testamento no es nulo, sino que continuaba siendo válido. Pero estos preteridos gozaban de una parte de la herencia. Había que distinguir:

- Si el heredero instituido era uno de los sui heredes, el preterido o la preterida tendrán derecho a una porción viril igual a la del sui heres (Gayo 2.124);

- Si el heredero instituido era un extraño, p. ej., un amigo del testador, el preterido o la preterida tendrán derecho a la mitad de la parte que le corresponde al instituido (Gayo 2.124). Estos herederos preteridos eran “como si hubiesen sido instituidos herederos (quasi scripti heredes) y en consecuencia, al estar en esa situación jurídica, se producía los mismos efectos que para cualquier heredero. Así, los hicieron responsables de los legados (Cod. 6.28.4.1).

Sin duda esta primera protección del sui heredes es la antesala de la posterior querella inofficiosi testamenti y de la “legítima”.

III La bonorum possessio contra tabulas

Sin interferir en la designación de la herencia, por testamento o por ley, con esta regla de la bonorum possessio contra tabulas⁶ lo que hace es conceder a determinadas personas la “posesión de la herencia” (bonorum possessio), protegiéndolos no como herederos sino como bonorum possessores (loco heredis, Gayo, 3.32), siendo el caso de los liberi (hijos y descendientes) que, sin haber sido instituidos herederos o desheredados, fueron preteridos por el pater en su testamento. Se trata genéricamente de liberi, o sea “descendientes libres”, bastando con que lo sean por el vínculo “cognaticio”, entrando los hijos e hijas, incluyendo a la mujer casada, cum manu, y todos los otros descendientes que hubiesen sido emancipados, como si no hubiere sucedido la capitis deminutio y por ello fueran sui heredes.

La bonorum possessio contra tabulas no anulaba el testamento. El pretor se limitó a introducir una reforma más profunda que la admitida por el ius civile, al extender la protección de la praeteritio a los liberi cognados, en detrimento de los herederos

extraños. Pero el resto de las cláusulas testamentarias continuaron manteniendo su validez. Así, el heredero pretoriano debe cumplir los legados hechos en beneficio de los ascendientes y descendientes del testador, así como el legado dejado a título de dote a su mujer, o a su nuera (Ulpiano, Dig. 37.5.1 pr.; Lenel, § 143). Igualmente son válidas las sustituciones pupilares (Dig. 28.6.34.2), así como las manumisiones, daciones de tutores, etc., es decir, todas las cláusulas que surjan de la evidente voluntad del testador, salvo por supuesto lo referente al régimen pretoriano de la bonorum possessio contra tabulas en cuanto a los liberi preteridos.

IV La querella inofficiosi testamenti

Las anteriores soluciones, del ius civile y la bonorum possessio contra tabulas, se basaban en la praeteritio, pero respetaban el principio de la libertad absoluta del testador de instituir heredero o desheredar a quien quisiera. Sin embargo, hacia finales de la época republicana romana se criticaba la conducta del testador que, de manera injustificada, procedía a desheredar o a preterir a sus hijos. Así nace la querella inofficiosi testamenti, basada en la falta de piedad (officium pietatis) del pater que debía tener con el sui heredes. Con esta medida podía o anularse el testamento, o se otorgaba una determinada parte de la herencia al sui. Por la razón de piedad que se alegaba esta medida resultaba ser más del orden moral que jurídico, considerándose al pater como perturbado mental (furiosus), debiendo dejarles a estos sui heredes una determinada porción del patrimonio familiar. Al tenerse al pater como un non sanae mentis (como si estuviese demente) se le consideraba como falto de testamenti factio.

Y aquí es, con la querella inofficiosi testamenti donde nace la llamada *legítima hereditaria*.

⁶ Posesión hereditaria en contra de lo establecido en las tablas del testamento.

V Características de la querella inofficiosi testamenti

1.-Sujetos legitimados:

- Podían atacar al testamento por medio de esta querella inofficiosi testamenti sólo aquellos parientes más allegados: descendientes, ascendientes y consorte.
- A partir de Constantino, también podían atacar al testamento como inoficioso los hermanos o hermanas bilaterales (germani) del testador, e incluso los medio hermanos "sanguíneos", es decir los habidos del mismo padre aunque de distinta madre. En cambio, estaban excluidos los medio hermanos "uterinos", es decir los habidos de la misma madre, pero de distinto padre.
- Respecto de los hijos adoptivos, éstos podían, en la época clásica, atacar el testamento inoficioso del pater que los había adoptado, pero no el de su padre natural (es decir el que lo había dado en adoptio).
- El orden para pedir la declaración de testamentum inofficiosum, no les correspondía a todos conjuntamente, sino que se guardaban los mismos grados excluyentes que en la herencia ab intestato.
- Los cognados en mayor grado que el de los hermanos, estaban excluidos de atacar el testamento por la querella inofficiosi testamenti

2.-Prueba de la violación hereditaria:

El que pretenda atacar al testamento inoficioso, debía probar que el testador lo había desheredado sin causa justificada o no le había dejado esa cantidad de bienes que constituye la "legítima". Ello significaba que si el heredero instituido en el testamento probaba la existencia de alguna causa que apoyara la exheredatio, entonces el querellante es repelido en su intento.

3.- La parte de legítima

El primer problema que se planteó fue el de significar cuándo la portio hereditatis se consideraba insuficiente. Como no había ninguna ley que estableciera dicho monto, eran los jueces quienes debían considerar en cada caso concreto cuándo lo recibido "por causa de herencia" por el querellante era insuficiente de acuerdo con el deber de "piedad familiar". Posteriormente se comenzó a aplicar el principio de que la cuantía de "parte suficiente" consistía en una "cuarta parte" de la cuota hereditaria que le hubiera correspondido al querellante si la herencia hubiera sido ab intestato; es la llamada quarta falcidia de la lex Falcidia, según la cual se establecía una protección para el heredero testamentario en una herencia que estuviera demasiado cargada de legados y donaciones mortis y cuyo monto es de una quarta pars (quarta legitimae partis)

4.-Cálculo del monto de la legítima.

Para el cómputo del patrimonio del testador, había que computar todos los bienes. Se incluían los créditos, incluso los sometidos a condición, por lo menos mientras no se decidiera el hecho condicional. Los bienes que hubieren sido legados o donados mortis causa se incluían en la masa hereditaria, puesto que hasta ese momento estaban dentro del patrimonio del testador (Cód., 8.50.5-12; 8.57.2).

Había que descontar las deudas que pesaban sobre la herencia y los gastos funerarios. Pero también se descontaban el valor de los esclavos manumitidos por testamento (Ulpiano, Dig., 5.2.8.9).

Una vez calculado el monto de la masa hereditaria, había que calcular la "cuarta parte". Había que computar todo aquello que el heredero que se querellaba hubiera recibido por causa de muerte, ya como heredero, como legatario, como fideicomisario o por una donación mortis causa (Inst. Just., 2.18.6; Cod. Just., 3.28.36.1). En efecto, con ello

este heredero obtenía bienes respecto de los cuales no podía aducir que el testador había incumplido el officium pietatis.

Para el supuesto de que hubiera varios legitimarios en el mismo grado, la quarta pars se debía dividir entre ellos.

5.-La querella inofficiosi donationis

En principio, las donaciones realizadas inter vivos no entran en el cómputo de la masa hereditaria puesto que los bienes donados no estaban en el patrimonio del testador al momento de su muerte. Pero ya desde la época de Alejandro Severo (Paulo, Dig., 31.87.3) se admitió el tomarlas en consideración. Así se va conformando una querella especial, a semejanza de la querella inofficiosi testamenti (Emp. Constancio, Cód., 3.29.9, año 361), y que será conocida como querella inofficiosae donationis. Quienes tienen derecho a la legítima pueden dirigirse contra los beneficiados por las donaciones realizadas por el testador inter vivos, a los efectos de poder defender su portio legitima. De este modo, no se trataba de provocar la nulidad de dichas donaciones, sino simplemente “revocarlas” reduciéndolas hasta un monto que asegurara la “legítima” (Diocleciano y Maximiano, Cód. 3.29.7-8).

Igualmente, si el pater, cuando hizo la donación inter vivos, declaró que lo hacía para que se computara a la “legítima”, entonces el monto de lo donado se imputaba a ésta (Ulpiano, Dig., 5.2.25 pr.). Esta solución será confirmada por Justiniano (Cod., 3.28.35.2; año 530). Se establecerá el principio general de que toda liberalidad concedida en vida debe ser colacionada. Indudablemente juega acá el principio de considerarlas como adelanto de la herencia (Inst. Just., 2.18.6; Cod. 6.20.20). Y aparte de las consideradas propiamente donaciones, también ocurría lo mismo si el pater había donado inter vivos una suma de dinero para que comprara un empleo imperial o un grado militar (ad militiam emenda; Just., Cod. 3.28.30.2). Se ve, por ello, que ciertos cargos resultaban venales.

6.-La querella inofficiosi dotis

A su vez, la dote dada a una hija no era computable para la quarta pars, porque ella entraba en el patrimonio de su marido. Pero el emperador Zenón permitió imputar sobre la “legítima” la dote constituida a una hija y la donación propter nuptias hecha a un hijo (Cod. 3.28.29, año 479). Para ello se empleaba una querella inofficiosi dotis.

VI Requisitos del ejercicio de la querella inofficiosi testamenti

- Plazo: La querella inofficiosi testamenti se debía interponer contra al heredero testamentario dentro de un plazo de cinco años desde el día en que el heredero aceptaba la herencia. Se interpretaba que pasado ese lapso cabía presumir, por parte del familiar allegado, un perdón de la ofensa recibida en contra del officium pietatis. Sin embargo, si existía “una causa grande y justa” (magna et iusta causa), el plazo podía ampliarse (Ulpiano, Dig., 5.2.8.17). Si el heredero perjudicado había muerto antes de ejercer la querella inofficiosi testamenti, se interpretaba que había perdonado la ofensa del officium pietatis, y por lo tanto, el derecho a ejercitarla no pasaba a sus herederos. Pero si el querellante lo había intentado antes de morir, o hubiese preparado su ejercicio con una intimación al heredero, la querella podía ser continuada por sus herederos (Ulpiano, Dig. 5.2.6.2; Paulo, Dig., id., 7).
- Acción de Complemento: Si el testador había dejado a sus hijos legados o donaciones mortis causa imputables a la “legítima”, añadiendo que, si fueran inferiores al monto de ésta, quería que la legítima fuera “completada” según “el arbitraje de un varón honrado” (boni viri arbitratu) debiendo los legitimarios aceptar la voluntad del testador, no pudiendo pedir la querella, pero concediéndoseles una actio ad suppleendam legitimam.

VII Efectos de la querella inofficiosi testamenti.

- 1.- El principio genérico es que la querella inofficiosi testamenti, en caso de ser admitida judicialmente produce la nulidad del testamento.
- 2.- Excepcionalmente podía ocurrir que el testamento fuera anulado en forma parcial, de tal modo que, por un lado se satisface en parte la pretensión del querellante y, por el otro, se continuaba manteniendo algún derecho por parte del heredero instituido.
- 3.- La nulidad del testamento declarado inoficioso tendría efectos en cuanto a los legados y otras liberalidades ordenadas por el testador.
- 4.- A su vez, si la nulidad del testamento inoficioso era solamente parcial, los legados impuestos sobre la parte no anulada continuaban siendo válidos y por supuesto a su cargo. En cambio resultan nulos los establecidos sobre la otra parte.
- 5.- Si el legitimario que inició la querella inofficiosi testamenti fuera vencido y obtuviera una sentencia desfavorable, el testamento quedaba como válido. Pero como el actor perdidioso ha injuriado la memoria del testador, se lo considera indigno. Por esta razón pierde toda liberalidad que le hubiese sido conferida en el testamento, quedando dichos beneficios en favor del Fisco (Ulpiano, Dig. 5.2.8.14).

VIII Reformas de Justiniano

El emperador Justiniano, recogiendo algunas particularidades del derecho posclásico, establecerá mayores precisiones en lo que hace a la querella inofficiosi testamenti y la regulación de la "legítima", como se venía perfilando por medio de esta acción.

1.- Actio ad supplendam legitimam

En el caso del pater que había dejado ciertas liberalidades a sus hijos, añadiendo que si las mismas resultaban inferiores a la "legítima", quería que fueran completadas "según el arbitrio de un hombre honrado" se dispone que los herederos debían cumplir la voluntad del testador, no pudiendo iniciar la querella inofficiosi testamenti, debiendo acudir a la solución indicada en el testamento, es decir a pedir que se le completara la "legítima". De este modo se les impide pedir la nulidad del testamento por la vía de la querella, debiendo emplear esta acción de suplemento para alcanzar la pars legitima. Esto ocurría así siempre y cuando el testador no hubiera dicho en el testamento que se les dejaba una porción menor debido a que los consideraba "ingratos" (Cód. 3.28.30 pr.).

2.- Modificación del monto de la "legítima"

En la Novela 18 (cap. 1; año 536) Justiniano, luego de haber expresado en el prefacio su interés en los hijos, y pareciéndole reducida la antigua quarta pars, decide aumentar el monto de la "legítima". De este modo, si el pater o la madre tiene hasta cuatro hijos, la pars debita ascendía a 1/3 de lo que le hubiera correspondido ab intestato; si, en cambio el número de hijos era de cinco, la "legítima" se debía calcular en un 1/2., de acuerdo a lo que hubiera recibido ab intestato.

3.- Las justas causas de desheredación (o de preterición)

Una reforma importante surge de la Novela 115 (año 542 Justiniano). Se determina en la misma que los ascendientes no pueden ni preterir ni desheredar a los descendientes, y viceversa éstos a aquellos, sin haber mencionado una causa justa de exclusión de la herencia (cap. 3 pr.; cap. 4 pr.). De este modo, estos herederos deben ser o "instituidos" por lo menos hasta el monto de la "legítima", no pudiendo ser ni "preteridos" ni "desheredados" sin haber expresado en el testamento alguna de las cláusulas justas de exclusión.

4.- Necesidad de instituir legitimarios

Estos herederos legitimarios, deben ser instituidos como herederos en el testamento, no bastando que por otros medios se hubiere hecho, es decir por un legado, una donación o un fideicomiso sobre la pars debita. Si se le hubiera dejado una porción inferior a su legítima, el testamento era válido y el heredero debía recurrir a la actio ad supplendam legitimam.

5.- Causas de Ingratitud.

Se enumeran las causas de ingratitud que permitían furrán excluidos como herederos los legitimarios, las cuales debían quedar expresamente señaladas en el mismo testamento:

- Haber maltratado físicamente a los ascendientes.
- El haberles inferido al causante o familiares sui injuria grave y deshonrosa
- El haberlos acusado criminalmente, salvo en las causas contra el Príncipe o la res publica;
- El practicar la hechicería (maleficus) conviviendo con hechiceros;
- El haber atentado contra la vida de sus ascendientes con veneno o de otro modo;
- El haber tenido comercio ilícito con su madrastra o con la concubina del padre;
- El haberlos delatado y con su delación hubiese hecho que ellos soportaran graves perjuicios;
- No servir de fiador de sus ascendientes que estaban presos;
- El haberles impedido que hicieren testamento;
- El haberse asociado, contra la voluntad de sus ascendientes, con mímicos o con

gladiadores, a menos que los ascendientes fueran de la misma condición;

- Si la hija o la nieta menor de 25 años, a quien sus padres querían casarla o dotarla, en lugar de celebrar el matrimonio lleva vida licenciosa;
- Si los descendientes desatendieran a su padre demente, y luego este sanara, los podía justamente desheredar;
- No redimirlo estando cautivo;
- El haber hecho herejía.

Esta enumeración es taxativa, de tal modo que son las únicas causales que se podían invocar. Hay que advertir que al existir una tan genérica como la de injuria grave y deshonrosa se puede considerar bastante amplio el espectro y abierto a otras situaciones como las apuntadas.

6.- Prueba de la causal

Si se probaban las causas de preterición o de desheredación expuestas por el testador (bastaba una sola de ellas), el testamento era válido. Caso contrario, el testamento era nulo, pero solamente en cuanto a la institución de herederos, yendo los bienes a los descendientes o ascendientes en el orden ab intestato. En cambio, a diferencia de lo que ocurría en la querella inofficiosi testamenti del derecho anterior, el resto del testamento no caía, permaneciendo válidos los legados, los fideicomisos, las manumisiones, las daciones de tutor, etc.

IX Configuración de la Legítima como Institución Jurídica del Derecho Romano

Siendo absoluto, ab initio, el principio de la total libertad del pater de instituir herederos o desheredar a los descendientes, pasa luego por una serie de medidas pretorianas que desembocan en la Legítima como institución sucesoria que ha perdurado hasta hoy.

La libertad testamentaria la ejercía el pater familias con el único propósito de darle continuidad a la familia luego de su muerte. Es de donde se deriva el llamado principio de la continuidad de la personalidad jurídica del de ciuis

Entre aquella libertad absoluta de testar y la Legítima se van dando una serie de "soluciones" que responden más a cuestiones prácticas y morales que teóricas y jurídicas. De ahí la interpretación de los juristas romanos de que el pater debía asegurar bienes a los sui herederos y no preterirlos. Esto prontamente fue extendido, no sólo a los agnados, sino también a los cognados, por medio de la medida pretoriana de la bonorum possessio contra tabulas. De este modo, basado en argumentaciones de tipo formal, lograban en el fondo proteger la herencia de los descendientes. Posteriormente con la aparición de la querella inofficiosi testamenti se da una profundización de estos primeros remedios. Determinados herederos cercanos, ascendientes o descendientes y en su caso los hermanos, podían quejarse de que el testador no se acordó de ellos al no otorgarles una determinada porción de lo que les hubiera correspondido ab intestato. Es de aquí que comienza a configurarse la noción de la "legítima". Continuaban las viejas reglas, pero el considerado legitimario podía reclamar una porción de la herencia. Hasta que finalmente con la Novela 115 de Justiniano, se reconoce de una manera franca y abierta algo que estuvo desde hacía tiempo subyacente, esto es que los descendientes y ascendientes tienen un "derecho de herencia" sobre una parte del patrimonio del ascendiente o descendiente que testaba.

X A modo de Resumen

A pesar de que todos los derechos primitivos hacían descansar sus sistemas en la propiedad colectiva y no es sino después de una lenta evolución que se admite la propiedad privada, ya en el Derecho romano, en su primer

cuerpo de normas, la "Ley de las XII Tablas", se encuentran los principios de una propiedad individual absoluta. No obstante, no puede negarse que el proceso histórico que vivieron otros pueblos contemporáneos al romano lo hayan vivido éstos pues se sabe que, en un principio, también prevaleció la "gens" y que no es sino posteriormente que surge la propiedad individual al usurpar el pater familias el poder dentro de la familia. Con las "doce tablas" no se rompe, sin embargo, bruscamente, con el régimen anterior de devolución sucesorio a la gens. El testamento romano en sus orígenes no consistía en una disposición de bienes sino sólo en la elección que realizaba el pater familias entre sus hijos, lo cual tendía a conservar los bienes dentro de la familia. Incluso, luego se admitirá que el causante testador usara de la desheredación, así como que instituyera herederos a extraños, aunque existieran sui. Ya en la República romana, ante aquellos poderes absolutos que adquiría el pater, se fueron configurando ciertas defensas: una formal y otra material. La primera señalaba que los "herederos necesarios" (bajo la potestad inmediata del testador) debían ser instituidos o desheredados, en forma expresa, pues no bastaba la simple omisión. Respecto a los varones, para desheredarlos debía el testador indicarlo individualmente (nominatum). Para el caso de no cumplirse con esta formalidad, la acción que tiene el hijo es la "actio querella multitalis ex jure antiquo", anulando el testamento y dando paso a la sucesión ab intestato. Más tarde el derecho pretoriano modifica el orden sucesorio dándole participación a otros herederos y para eso contaban ellos con la "honorum possessio contra Tabulas" que podían interponer dentro del año.

La otra defensa que tenía el heredero fue la material con la que se le exige al testador dejar parte de sus bienes a parientes próximos. Sin embargo, la desheredación fue usada a diestra y siniestra y sino el pater dejaba una ínfima parte de sus bienes a sus descendientes. No es sino en los últimos años de la República en que la jurisprudencia sostuvo que cuando

el testador desheredaba al descendiente o le dejaba tan solo una parte insignificante de sus bienes, sin causa justa, el hijo podía impugnar dicho testamento como "inoficioso" (contra officium pietatis factum) anulándolo con base en la ficción de la incapacidad del testador para otorgar testamento. La acción que se usaba para la declaratoria de inoficiosidad se llamó "querella inofficiosi testamenti". Cuando los herederos no eran del todo desheredados sino que heredaban una pequeña parte, los jueces centumviros fijaron una cuota, naciendo así la legítima, como, en esencia, se conoce hoy día; dicha cuota por algún tiempo fue fijada arbitrariamente, y no es sino luego que se fijó en un cuarto de los bienes que el heredero recogería en la sucesión intestada, inspirados en la Lex Falcidia que establecía que el testador no podía legar más allá de las tres cuartas partes de sus bienes. El nombre de "legítima" se debe al hecho de que ella es una porción de la "sucesión legítima" que el heredero hubiere recogido abintestado (quarta legitimae partis). Si la acción de inoficiosidad intestada prosperaba el testamento se anulaba por completo, dando paso a la sucesión

intestada donde el querellante obtendría la legítima que le correspondía y de la que fue excluido en el testamento. Si perdía, el querellante se le excluía de todo beneficio testamentario y legal, cuya parte no heredada pasaba al fisco y además se le tenía "como sospechoso de locura, por haber injuriado la memoria del testador". Más tarde la querella de inoficiosidad se amplía a las donaciones excesivas pero se restringe en cuanto se crea la "acción en complemento" de la legítima, fijándose el mismo conforme al arbitraje de un "hombre honrado" y solo para el caso de que aún cuando no se hubiere heredado le hubiere hecho el testador ciertas liberalidades. Para concluir, de las reformas de Justiniano que importan es la novelle 115 que establece el derecho del legitimario a la querella sino ha sido instituido o desheredado legítimamente, valga decir, conforme a las causales en numeración taxativa que indicaba la ley. Establecía esa novela que si el legitimario recibía menos de lo que le correspondía tenía la "actio ad supplendam; sino era instituido tenía la querella de inoficiodad, desapareciendo la "honorum possessio contra tabulas".

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO ÁLVAREZ (Wilberth) "Legítima Hereditaria y Derecho Sucesorio Costarricense", 1 edic., 1988 y Revista Judicial #42, 1988.

ARGÜELLO, (Luis Rodolfo), "Manual de Derecho Romano", Editorial Astrea, 2 ed., Buenos Aires, 198

GARCÍA GARRIDO (Manuel Jesús) "Derecho Privado Romano", Dykinson, Madrid, 1985.

IGLESIAS (Juan) "Derecho Romano"; Barcelona, Ariel, 1972.

COMENTARIOS SOBRE LA LEY DE PROTECCIÓN AL REPRESENTANTE DE CASAS EXTRANJERAS

*Licenciada Mónica Pérez Granados
Asesora Legal de la Cámara de Comercio Exterior de
Costa Rica y de Representantes de Casas Extranjeras.*

I- Reseña Histórica de la Leyes:

Las diferentes leyes de protección a los representantes de casas extranjeras, se promulgaron en Centroamérica en los años 60 y 70. No obstante, la situación que se daba en la época de los 70 es absolutamente diferente a la actual, en relación con la apertura de mercados y el incremento de los flujos comerciales entre los países.

Durante los años 90 se empieza a incrementar la negociación de acuerdos comerciales internacionales para normar las relaciones comerciales y estimular el intercambio, la libre competencia y la eliminación de barreras arancelarias y jurídicas al comercio. Es dentro de éste coyuntura que las leyes, en principio sumamente proteccionistas, han sufrido una serie de cambios o bien han ido desapareciendo, para dar paso a un comercio más fluido regido bajo las leyes del mercado.

Paralelo a este proceso de apertura comercial, en el ámbito centroamericano se comienzan a eliminar dichas normativas en algunos países, como Nicaragua y Panamá, y

se producen cambios sustanciales en el resto de legislaciones latinoamericanas.

1. Nicaragua:

En Nicaragua la normativa que regía la materia sufrió varios cambios desde 1972. La Ley de Agentes Representantes y Distribuidores de Casas Extranjeras del 21 de abril de 1972, fue derogada por el dictador Anastasio Somoza el 20 de abril de 1979, cuando derogó el Decreto Ejecutivo No. 287, conocido también como Ley sobre Agentes, Representantes o Distribuidores de Casas Extranjeras de 2 de abril de 1972.

La derogación (según se consigna en el considerando de la Ley del 79)¹ se juzgó como una revancha con el único y exclusivo objeto de causar perjuicios al gremio de los representantes. Posteriormente, debido a la situación de desprotección que generó esa derogatoria, se promulga el Decreto N° 13 del 22 de diciembre de 1979.

El Decreto de 1979 establecía como concesionario a toda aquella persona natural

¹ Considerando:

I Que dentro de los lineamientos básicos de su Programa de Gobierno figura la política de proteger el interés nacional, así como apoyar el desarrollo de las empresas nacionales especialmente las pequeñas y medianas.

II Que el dictador Anastasio Somoza Debayle, en Consejo de Ministros verificado el 20 de abril de 1979, en un acto de revanchismo por la participación del sector comercial en los paros Nacionales de enero y agosto de 1978, derogó el Decreto Ejecutivo No. 287 conocido también como Ley sobre Agentes, Representantes o Distribuidores de Casas Extranjeras del 2 de abril de 1972, publicado en "La Gaceta", Diario Oficial No. 41 del 18 de abril de 1972, con el único y exclusivo objeto de causar perjuicios a este gremio; y que algunos fabricantes extranjeros han utilizado en provecho propio la situación de desprotección de los nacionales surgida por tal acto...." Disponible en: [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/CB02A7C38F0C32A206256EA000651249?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/CB02A7C38F0C32A206256EA000651249?OpenDocument).

o jurídica que mediante contrato, acuerdo expreso o tácito o simple documento fuera designado por cualquier concedente o principal extranjero o exportador de productos originarios fuera del país, para la representación, agencia o distribución exclusiva o no de los productos o servicios en el territorio de la República de Nicaragua.

El concedente o principal extranjero no podía unilateralmente poner término a la relación con su concesionario, modificarla o negarse a prorrogarla, sino basado en alguna de las causales establecidas expresamente en la Ley. De lo contrario debía indemnizar al concesionario. La indemnización podía ser determinada por las partes de común acuerdo o judicialmente, pero a falta de acuerdo se debía tomar en cuenta una serie de factores, que el concesionario tenía derecho a reclamar.

Adicional a estos factores, cada vez que el concedente unilateralmente aumentara el número de concesionarios, debía pagar individualmente a cada uno de los concesionarios anteriores el 80% de la indemnización que le correspondía.

Por otro lado, se consignaba la irrenunciabilidad de los derechos consagrados en el decreto y la obligación de sujetar las acciones a las leyes nicaragüenses, aunque en el contrato se estipulase lo contrario.

Finalmente se establecía que cuando el concedente no hubiese pagado o no hubiese rendido suficiente garantía de pago de la indemnización correspondiente, el Ministerio de Industria y Comercio a solicitud del concesionario debía suspender la importación, internación o distribución de los productos del concedente o principal.

El Decreto del 79, fue derogado en 1997 por la Ley de Justicia Tributaria y Comercial N° 257 de 4 de junio de 1997. Esta Ley establece en su Capítulo XIV, Sobre el Régimen de Comercio Exterior, la derogatoria del Decreto de 1979, sin embargo, los contratos verbales

o escritos celebrados entre concedentes y concesionarios continuarán vigentes y no podrán ser reformados ni invalidados, sino por mutuo consentimiento o por causas legales. Las acciones relativas a la ventilación de los derechos controvertidos se tramitarán por la vía civil en juicio sumario de mayor cuantía, y los contratos quedarán sujetos a las leyes nicaragüenses, aunque en ellos se estipulase lo contrario.

Así mismo, se prohíbe la aplicación de toda restricción no arancelaria a las exportaciones e importaciones que no sean por razones de carácter fitosanitario, de protección a la salud pública, de la seguridad ciudadana o del medio ambiente o por emergencia nacional, así como medidas de salvaguarda y de reciprocidad contemplada dentro del marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

2. Panamá:

En 1989, la Corte Suprema de Justicia de Panamá declaró que el Decreto de gabinete N° 344 de 1969 que protegía a los representantes y distribuidores panameños era inconstitucional.

El Decreto de 1969 regulaba las indemnizaciones por la cancelación de la distribución exclusiva de productos. El 2 de agosto de 1989, la Corte Suprema de Justicia emitió un fallo que declaró inconstitucional el Decreto N° 344 que regulaba la materia, dejando sin efecto el sistema legal que amparaba la representación y distribución de productos de fabricantes o firmas extranjeras.

En ese momento, las representaciones y distribuciones pasaron a regirse por lo que disponía el contrato entre las partes. En consecuencia, actualmente los convenios de agencia, representación y distribución constituyen contratos atípicos; es decir, sin regulación especial que los consagre expresamente, y existe absoluta libertad de contratación en esta materia. Toda la

contratación se rige entonces, por las reglas comunes a los contratos, en especial el principio de autonomía de la voluntad, según el cual las partes pueden acordar todas aquellas cláusulas, pactos, condiciones y términos que estimen convenientes, siempre y cuando no sean contrarios a la ley, la moral y el orden público.

Bajo el régimen jurídico actual, no existen pronunciamientos judiciales en torno a la situación de los agentes, distribuidores y/o representantes, aunque están pendientes procesos de responsabilidad civil extracontractual entablados por compañías panameñas contra fabricantes foráneos, por haber dado término a los contratos respectivos.

3. Guatemala:

En Guatemala, el Decreto N° 78-71 del Congreso de la República, fue derogado por el Decreto No. 8-98 del 13 de marzo de 1998 que creó un nuevo régimen para los contratos de los agentes, comerciales, distribuidores y representantes, estableciendo las diferentes formas para hacer efectivo el cumplimiento de cada uno de los mismos. De conformidad con la legislación vigente, el contrato de distribución o de representación sí se puede sujetar a plazo, situación que era ilegal bajo la legislación anterior.

El Decreto No. 78-71 definía la forma en que se aplicaba la Ley en relación con los contratos de agencia, distribución o representación. Establecía que el contrato regulado en esa Ley era de carácter principal, bilateral, consensual, oneroso, conmutativo y de plazo indefinido, salvo que hubiese pacto expreso en contrario y determinaba las formas de terminar o rescindir el mismo.

Según el decreto vigente, los contratos de agencia independiente, distribución o representación mercantil, pueden terminar o rescindirse: por mutuo consentimiento entre las partes, manifestado por escrito;

por vencimiento del plazo, si lo hubiere o por decisión del agente, siempre que diere aviso al principal con tres meses de anticipación.

La terminación del contrato o relación de agencia en los anteriores casos, no genera para ninguna de las partes, obligación de indemnizar daños y perjuicios. Cabe recalcar que eso no era posible en la legislación anterior.

Después de ocurrida la terminación o rescisión del contrato o relación respectiva, sin justa causa, la indemnización debe determinarse judicialmente en la vía sumaria, en cuyo caso el demandante deberá proponer dictamen de expertos.

En el contrato respectivo o después de ocurrida la causal de terminación del contrato, las partes también pueden optar por el arbitraje para resolver cualquier clase de controversias derivadas de dicho contrato. En todo caso, tanto los procesos judiciales como arbitrales deben tener lugar, tramitarse y resolverse en la República de Guatemala, de acuerdo con las leyes de esa nación aplicables a los procedimientos judiciales o arbitrales.

En los compromisos establecidos en el marco del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana, Guatemala se compromete a respetar el Decreto No. 8-98 que estableció un nuevo marco para la regulación de los contratos de agentes comerciales, distribuidores y representantes, a alentar a las partes a renegociar los contratos sujetos por el Decreto No. 78-71 y, en ausencia de una disposición específica para la solución de diferencias -en la medida de lo posible- dará lugar a la presunción de que las partes las solucionarán a través de un arbitraje vinculante.

4. El Salvador:

Actualmente, en el Código de Comercio del Salvador en su Sección "B" sobre los agentes, representantes o distribuidores, se

regula la forma en que se rige la actividad de los representantes y distribuidores de casas extranjeras.²

En ese cuerpo normativo se establece como agente representante o distribuidor, la persona natural o jurídica que, en forma continua, con o sin representación legal y mediante contrato, ha sido designada por un principal para la agencia, representación o distribución de determinados productos o servicios en el país. La agencia, representación o distribución podrá ser exclusiva (únicamente si así se establece en el contrato) o de cualquier otra forma que acuerden las partes.

Se establece que si el principal da por terminado el contrato o se niega a prorrogarlo sin que el representante haya incurrido en una falta, el agente representante o distribuidor tendrá derecho a que se le indemnice por los gastos efectuados en beneficio del negocio del cual se le priva, el valor de las inversiones en local, equipo, instalaciones, mobiliario y útiles, en la medida en que tales inversiones sean únicamente aprovechables para el negocio del cual se le priva, el valor de las existencias en mercaderías y accesorios y el monto de la utilidad bruta obtenida por el agente representante o distribuidor durante los últimos tres años.

Toda modificación introducida unilateralmente por el principal que lesione los derechos del agente, representante o distribuidor es justa causa para dar por terminado el contrato con responsabilidad para el principal.

Las controversias deben ser resueltas por juicio sumario por los tribunales del domicilio del agente representante o distribuidor.

Finalmente, si el principal fuera extranjero o hubiera sido condenado no puede seguir importando los productos, marcas o servicios, mientras no le dé debido cumplimiento a la sentencia, esta restricción cesará si el principal consigna en el tribunal la cantidad a que fue condenado a pagar o si el beneficiario manifiesta que ha cumplido con la sentencia.

Con la aprobación del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana, las anteriores condiciones variarían sustancialmente. Según lo establecido en el anexo 11.13 de compromisos específicos para las partes, en el caso Salvadoreño, se establece que dicha normativa no será aplicable a ningún contrato de distribución que una persona de los Estados Unidos suscriba, luego de la entrada en vigencia del Tratado, siempre que el contrato así lo estipule. Además se le permite a las partes establecer los mecanismos y foros disponibles en caso de controversia y la posibilidad de incluir disposiciones específicas respecto a indemnizaciones que podía incluir una disposición de no indemnización. El contrato debe ser tratado como exclusivo únicamente si así se estipula expresamente y se promoverá el arbitraje obligatorio como método de resolución de controversias.

5. República Dominicana:

Ley 173 de Protección y Garantía a Representantes de Casas Extranjeras de la República Dominicana.

Uno de los más fuertes negocios de República Dominicana es el de la importación de mercaderías y productos. El sector

² Por Decreto Legislativo No. 247, de fecha 9 de enero de 1973, publicado en el Diario Oficial N° 23, Tomo 238, del 2 de febrero del mismo año, se sustituyó la Sección "B" Agentes Representantes, del Capítulo III, Título III del Código de Comercio por Sección "B" Agentes Representantes o Distribuidores con el objeto de proteger a personas naturales o jurídicas establecidas en el país, en concepto de Agentes Representantes o Distribuidores, por los considerables esfuerzos y gastos para establecer el prestigio, la venta de determinados productos y prestación de servicios recíprocos o no. Disponible en: <http://www.asamblea.gob.sv/leyes/19700671.htm>.

comercial dedicado a las importaciones realizó diversas gestiones para lograr una ley que protegiera sus derechos. Entre los participantes figuraban los agentes locales de fabricantes de vehículos de motor, piezas, repuestos, maquinarias, vestidos, calzados, alimentos, etc.

Las gestiones dieron origen a la Ley 173 de Protección a los Agentes Importadores de Mercaderías y Productos, para proveer una protección adecuada a las personas que se dedicaban a promocionar y vender artículos y mercancías fabricadas por empresas extranjeras. Sin embargo, su carácter es eminentemente proteccionista.

En esencia esta ley ordena el pago de fuertes indemnizaciones en caso de terminación unilateral por parte de las empresas extranjeras. El artículo 8 de ésta Ley establece expresamente el carácter de orden público de la misma, es decir, sus artículos son imperativos para los contratantes, no son renunciables y no pueden las partes convenir lo contrario a lo establecido en la Ley.³

Esta Ley protege a los representantes y distribuidores contra la destitución, la sustitución, la terminación unilateral y la negativa a renovar sin justa causa. La justa causa debe probarse ante el tribunal y la ley responsabiliza solidariamente al que se asocie con el autor de la destitución, de la sustitución, de la no renovación o de la terminación del contrato de concesión al pago de la indemnización que pueda ser acordada.

Respecto a ésta Ley, se dieron en el pasado movimientos tendentes a reformarla debido a la reticencia de las casas extranjeras a establecerse en República Dominicana, alegando el carácter sumamente proteccionista de la Ley y las elevadas indemnizaciones que la terminación de un contrato implicaba y la casi

nula posibilidad de demostrar la causa justa que eximía del pago de la indemnización.

El último movimiento tendente a reformar esta ley fue en el 2002. En este movimiento, el Banco Central formalmente solicitó opiniones y auspició un debate sobre la Ley, en adición varias asociaciones empresariales organizaron seminarios talleres y discusiones, pero no se logró que se aprobara ningún cambio.

Durante el proceso de negociación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, países como Guatemala y El Salvador externaron su preocupación en cuanto a la referida normativa, ya que algunos exportadores manifestaron que el excesivo proteccionismo de dicha normativa podría convertirse en un obstáculo al comercio.

Finalmente, en lo que fue la negociación del Tratado se adquieren una serie de compromisos en relación con esta ley, que variarían sustancialmente el régimen de protección a los representantes y distribuidores de casas extranjeras de la República Dominicana.

En el texto del Tratado, en cuanto a las obligaciones específicas asumidas por la República Dominicana se establece expresamente que:

“La República Dominicana no aplicará la Ley No 173 a ningún contrato cubierto firmado después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado, a menos que éste explícitamente disponga la aplicación de la Ley No 173.”⁴

En lugar de la Ley 173 se aplica el Código Civil y los principios de libertad contractual, la terminación del contrato en su fecha de vencimiento es justa causa para que expire sin ser renovado, y si el contrato no tiene fecha de terminación, se permite que sea terminado por cualquiera de las partes, dando

³ “Art. 8 de la Ley 173 o Ley de Protección y Garantía a Representantes de Casas Extranjeras de la República Dominicana. Las disposiciones de la presente Ley son de orden público y no pueden, por consiguiente, ser derogadas, ni modificadas por conveniencias particulares.” Disponible en: <http://www.geocities.com/CapitolHill/Senate/8569/ley173.htm>.

⁴ Capítulo 11, Comercio Transfronterizo de Servicios. Disponible en: <http://www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/texto/capitulo11.pdf>.

un aviso de seis meses de anticipación (En el caso de Costa Rica se exigen 10 meses de anticipación).

Además, si el contrato contiene una disposición de indemnización, incluyendo una disposición que establece la no indemnización, la indemnización se basará en dicha disposición; pero si no presenta ninguna disposición al respecto, cualquier indemnización se basará en los daños económicos reales y no en una fórmula estatutaria.

Esta disposición implica que en la práctica y - a futuro - es posible y legal la renuncia de la indemnización. En el caso de nuestro país es de resaltar que los compromisos adquiridos no son tajantes en el tanto no se establece la posibilidad explícita de renunciar a la indemnización, sino la obligación de ajustarse a una indemnización que se calcula sobre el concepto de daños y perjuicios.

La exclusividad se interpreta solo si el contrato explícitamente lo establece de esa manera.

En el caso que aplique la Ley 173 para contratos anteriores a la firma del TLC o en aquellos en que explícitamente se haya estipulado su aplicación, el monto de la indemnización no será mayor de lo disponible para el demandante bajo el Código Civil de la República Dominicana.

El requisito de que las partes de un contrato procuren un arreglo negociado de cualquier disputa mediante de la conciliación y todas las demás disposiciones de la Ley No. 173, conservará toda su validez y fuerza para todas las relaciones contractuales que no se negocien al amparo del TLC.

6. Honduras:

El Decreto N° 549 de 1977⁵ que rige la actividad de los representantes y

distribuidores viene a reemplazar al Decreto Legislativo No. 50, del 8 de octubre de 1970 y ordena las relaciones entre las casas comerciales nacionales y extranjeras y sus concesionarios.

El Decreto 549 establece que el contrato de representación, distribución o agencias es aquel por el cual una persona natural o jurídica nacional se obliga con un concedente o principal –nacional o extranjero– en forma exclusiva o no, a representarlo en sus negocios, prestarle servicios de agencia o distribuir sus mercancías o productos en el mercado nacional.

Se presume que toda representación, distribución o agencia está regida por un contrato, y para ser concesionarios según el artículo 4 de dicho Decreto, se requiere: ser hondureño o sociedad mercantil hondureña y estar afiliado a la correspondiente Cámara de Comercio.

Se tiene por sociedad mercantil hondureña aquella en cuyo capital social predomine una inversión netamente hondureña, en una proporción no inferior al cincuenta y uno por ciento; además, en las licitaciones que se realicen en las dependencias del Estado se da preferencia, en igualdad de condiciones, a las casas comerciales participantes que tengan representantes permanentes en Honduras.

El concedente no podrá unilateralmente poner término, modificar o negarse a renovar el contrato, sin justa causa, bajo pena de indemnizar al agente, representante o distribuidor.

Las indemnizaciones que los concesionarios puedan exigir a sus concedentes por la modificación, negativa de renovación o terminación de sus contratos, sin causa justa, podrán negociarse entre las partes, pero a falta de convenio, el concesionario tendrá derecho a ser indemnizado con un monto

⁵ Disponible en: <http://www.sic.gov.hn/L-SIC/Leyes%20SIC/Leyes%20de%20Inversiones/Ley%20de%20Distribuidores%20y%20agentes%20de%20Empresas%20Nac%20549.pdf>.

que se calcula tomando en cuenta la serie de rubros que se establecen en la Ley.

La fusión, absorción, transformación, cambio de fines sociales, de razón o denominación social, de domicilio y, en general, cualquier cambio en la estructura u organización de la empresa concedente o la redistribución de mercados que ella hiciera con sus filiales o terceros, no serán causa de modificación, negativa de renovación o terminación del contrato que se hubiera concertado con los concesionarios de nacionalidad hondureña.

Los concesionarios podrán ejercer los derechos que les reconoce la Ley y demandar su cumplimiento a la empresa o empresas que por la nueva estructura, organización o redistribución de mercados asuman la responsabilidad en el manejo de la concesión de los productos o servicios que agencien, representen o distribuyan en el país.

Según lo establecido en el texto del Tratado, después de la aprobación del mismo, el Decreto-Ley No. 549 deberá aplicarse a los contratos únicamente si el representante, distribuidor o agente está registrado en la Secretaría de Estado en los Despachos de Industria y Comercio, lo cual es posible únicamente si es parte de un contrato escrito de representación, distribución o agencia; y si el contrato fue suscrito cuando dicha ley estaba vigente.

Además, dentro de los compromisos más importantes asumidos por Honduras, y que se consignan en el texto del Tratado, el país no podrá requerir a un proveedor de bienes o servicios de la otra parte a pagar daños o una indemnización por la terminación de un contrato de representación o agencia o por permitir que el contrato expire sin renovación, y no debe requerir que un representante, agente, o distribuidor sea nacional de Honduras o una empresa controlada por nacionales de Honduras, salvo condiciones expresamente incluidas en un contrato de representación, distribución o agencia; o

relaciones contractuales en vigencia antes de la fecha de entrada en vigor del Tratado.

La fecha de determinación deberá considerarse causa justificada para que termine el contrato y cualquier daño o indemnización por la terminación de un contrato o permitir que expire sin renovación deberá basarse en la Ley General de Contratos.

Las partes pueden convenir resolver cualquier disputa sobre tal pago al Centro de Conciliación y Arbitraje de Honduras, o si las partes acuerdan lo contrario, llevarlo a otro centro de arbitraje y en dicho procedimiento aplicarán los principios generales de la Ley de Contratos.

7. Costa Rica y el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica Estados Unidos y la República Dominicana:

La Ley actual de Protección al Representante, Distribuidor y Fabricante de Casas Extranjeras N° 6209 ha sido criticada por rígida e inflexible, por no amoldarse a las nuevas condiciones del comercio internacional, mantener un espíritu proteccionista y desestimular la inversión. Uno de los aspectos que más se ha cuestionado es la garantía millonaria que debe depositar el demandado cuando se le acusa. Al contrario piensan quienes han enfrentado el rompimiento de un contrato sin ningún tipo de negociación o indemnización y con serias consecuencias financieras. Adicional a esto, la lentitud del sistema judicial de Costa Rica hace que los casos duren varios años causando pérdidas y desgaste tanto a los representantes y distribuidores costarricenses como a las casas extranjeras.

Las condiciones de la Ley actual sufrirían una serie de modificaciones con la aprobación del Tratado de Libre Comercio.

Dentro de la negociación del TLC con Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, se solicitaba –por parte de

Estados Unidos— una serie de cambios a la Ley N° 6209 que constituye el marco jurídico de la actividad del representante. Al respecto, cabe indicar que tal y como se analizó antes, la serie de cambios que Costa Rica se comprometió a implementar, son similares a los que se negoció con el resto de Centroamérica, en donde se produce una variación sustancial en las leyes que en esos países habían venido protegiendo a los representantes y distribuidores de casas extranjeras y que, en términos generales, en las diferentes legislaciones se refieren a cambios en las reglas sobre: la exclusividad (un contrato es exclusivo solo si así se dice expresamente en el contrato), la terminación del contrato al vencimiento del plazo es justa causa para dar por terminado el contrato sin necesidad de indemnización, la indemnización ya no se calcula mediante fórmulas tasadas y la promoción del arbitraje como un medio de solución de conflictos ágil y expedito que brinde una adecuada protección de los intereses de ambas partes.

En el caso particular de nuestro país, se produciría una serie de cambios importantes. El nuevo régimen legal, que regiría con la aprobación del Tratado, pretende eliminar los aspectos que puedan constituirse en obstáculos para el comercio. Con esto, se pretende lograr que el país sea más competitivo, que el consumidor final disfrute de mayor variedad de bienes y servicios a precios más bajos y - de esta forma - hacer más atractivo al país para el ingreso de empresas extranjeras.

Se reconocen los derechos adquiridos derivados de la Ley No. 6209, de forma tal que las relaciones jurídicas de los representantes y distribuidores surgidas al amparo de esta Ley quedan totalmente protegidas, de conformidad a lo establecido en nuestra Constitución con respecto a la irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, de sus derechos adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.

Se mantiene la permanencia de la Ley, salvo los artículos 2 y 9 y el inciso b del artículo

361 del Código de Comercio, Ley del 24 de abril de 1964 que se deben derogar a partir de la ratificación por ambos países del Tratado. La derogatoria se aplicará únicamente para los nuevos contratos que se firmen a partir de la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos.

En cuanto al artículo 2, se deja de lado la aplicación pura y simple de la fórmula matemática preestablecida y se sustituye por el concepto de prueba del daño causada por la terminación o incumplimiento. La prueba del daño establecida en nuestro Código Civil requiere la demostración del daño para cobrar una indemnización y es un proceso diferente con otras consideraciones, sea que a la hora de plantear un reclamo se deben tomar en cuenta los aspectos que envuelven los reclamos de daños y perjuicios e implica probar el quantum en la fase de ejecución del fallo.

La fórmula matemática establecida en el artículo 2, se constituye en una cláusula legal de determinación anticipada de daños y perjuicios, según la cual, el representante, debe probar únicamente el incumplimiento de las causales establecidas en la Ley, se presume —en consecuencia— la culpabilidad de la casa extranjera y se aplica en tal caso la fórmula legal de determinación del quantum del resarcimiento.

Así, ante el incumplimiento culposo de la casa extranjera, correspondía al representante exigir el resarcimiento del monto dispuesto en la citada disposición legal, sin necesidad de probar el quantum de los daños y perjuicios, ni la culpa del deudor. La idea era facilitarle al representante su liquidación y evitarle la carga probatoria, tanto del daño como de la culpa.

No obstante, en ocasiones y aunque la cláusula legal de determinación anticipada de daños y perjuicios —preestablecida y estructurada sobre utilidad bruta y por plazos determinados— representa montos importantes, en un proceso por daños y perjuicios, si el

representante se considera afectado, puede exigir la reparación total de los daños (incluido el daño moral) y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la casa extranjera, y no solo los contemplados en la fórmula que se establece en el artículo 2, siempre y cuando, el derecho a tal reparación integral se pruebe y se origine en la alegación expresa de dolo en la demanda y el aporte de la prueba que corresponda, y se señalen además los daños y perjuicios causados con ese dolo y su cuantificación.

La sanción del artículo 2 se estructura sobre utilidad bruta y por plazos determinados, lo cual muchas veces representa montos importantes; no obstante, no representa la verdadera fórmula indemnizatoria que se podría lograr con el concepto de daños y perjuicios.

De manera que la entrada en vigor del TLC y de los cambios que se establecen respecto a la Ley N° 6209, representa un cambio en la fórmula para calcular y cobrar una indemnización que dependerá ahora de la valoración efectiva que se haga del daño causado en cada caso concreto.

Respecto al artículo 9, se elimina el depósito de garantía suprimiéndose la posibilidad de poner restricciones a las importaciones.

Sin embargo, dentro de la carta que circuló entre los gobiernos de los Estados Unidos y Costa Rica, con objeto de confirmar los entendimientos en este ámbito, se expone adicionalmente que Costa Rica aplicará los principios generales del derecho contractual y de procedimientos civiles, especialmente lo que se refiere al embargo preventivo (cuya finalidad es impedir que el deudor, mediante el ocultamiento o la distracción de bienes, haga ilusorio el resultado de un proceso), el cual establece la posibilidad - en caso de una disputa - de embargar bienes o requerir el depósito de una garantía, fundamentado en

la prueba presentada por quien corresponda sobre los daños efectivos que reclame.

Según el borrador del Tratado y lo contenido en el anexo 11.13 referente a los compromisos específicos asumidos por cada parte en la materia, el nuevo régimen de protección al representante y distribuidor de casa extranjeras tendrá las siguientes características:

- 1) Aplicará los principios generales del derecho contractual y será consistente con el principio de libertad contractual.
- 2) La exclusividad será reconocida únicamente si el contrato explícitamente lo establece.
- 3) El advenimiento del plazo contractual (terminación de los contratos en la fecha de vencimiento) será justa causa de terminación del contrato (al ser justa causa, no cabe indemnización).
- 4) En el caso de contratos que no tengan fecha de vencimiento se tendrá como válida (también sin reconocimiento de la indemnización) la terminación anticipada de cualquiera de las partes, mediando un aviso de 10 meses de anticipación.
- 5) Se establece que la ausencia de una disposición expresa para la solución de disputas en un contrato presume la intención de dirimirla a través del arbitraje, salvo cuando una de las partes lo objete (en cuyo caso desaparece la presunción). Finalmente, se contempla el compromiso de Costa Rica de facilitar el arbitraje como medio de solución de disputas relacionadas con la ley o con el nuevo régimen a publicar.

Con esto se propicia el establecimiento de un centro de arbitraje especializado que permita una solución justa y expedita al representante.

II- Cambios legales y jurisprudenciales a la Ley N° 6209

Los representantes de casas extranjeras se encuentran regulados por la Ley de Protección de Representantes de Casas Extranjeras, N° 6209 del 9 de marzo de 1978; el Decreto N° 8599 – MEIC de la misma fecha, publicado en La Gaceta N° 115 del 16 de junio 1978 que estableció el Reglamento a la Ley de Representantes de Casas Extranjeras y el Código de Comercio, Título Tercero, Capítulo Séptimo.

La Ley se ve influenciada por la respectiva jurisprudencia de la Sala Primera, el Tribunal Segundo Civil, Secciones Primera y Segunda y los Juzgados Civiles; así como por la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional, en la interpretación que le ha dado en las múltiples acciones de inconstitucionalidad que ha enfrentado y la Corte Plena cuando ejercía en sus funciones la jurisdicción.

1. Licencia de Representante de Casas Extranjeras:

Respecto a la licencia para fungir como representantes de casas extranjeras, que se tramitaba en la Cámara de Comercio y de Representantes de Casas Extranjeras (CRECEX), cabe indicar que mediante la Ley N° 7472 (Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor) del 20 de diciembre de 1994, publicada en la Gaceta N° 14 del 19 de enero de 1995, se derogó el párrafo último del artículo 361 del Código de Comercio en lo que se refiere a la inscripción de las licencias de representantes de casas extranjeras, así como el artículo 362 que se refería a la necesidad de obtener dicha licencia para ser representante de casas extranjeras.

Por lo que al tenor del artículo 360 del Código de Comercio puede ser representante o distribuidor toda persona natural o jurídica que realice las funciones atinentes a dichos contratos.

Al respecto, en la Resolución N° 941 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de San José, a las dieciséis horas dieciséis minutos del veinte de diciembre del año dos mil. Se expresó lo siguiente:

“...-XI, la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, N° 4684, reformada por la número 6209, la cual es posterior al numeral indicado del Código de Comercio, en su artículo primero, en lo conducente, indica: “Para efectos de esta ley se dan las siguientes definiciones: ... b) Representante de casas extranjeras: toda persona física o jurídica que, en forma continua o autónoma –con o sin representación legal– prepare, promueva, facilite o perfeccione la venta o distribución de bienes o servicios que casas extranjeras venden o presten en el país. Esta disposición, la cual –se repite– es posterior al Código de Comercio, y reviste carácter especial en materia de protección al representante de casas extranjeras, no exige la referida licencia para poder operar como tal. Más bien, lo importante ahí son las funciones realizadas con o sin representación legal. Por ello, debe entenderse que, desde su promulgación, el requisito de la licencia fue derogado tácitamente.”

2. Consideración de la constitucionalidad del artículo 9:

El artículo 9 de la Ley vigente, fue cuestionado de inconstitucional en varias ocasiones. Sin embargo, la garantía a que dicho artículo alude, ha sido considerada por nuestros tribunales, como una medida cautelar que permite la efectiva indemnización de los representantes y distribuidores de casas extranjeras, debido a que normalmente la casa extranjera no tiene bienes en el país que permitan hacer efectivo el cobro de la indemnización. Además, se ha considerado que esa garantía comprende únicamente las indemnizaciones previstas en la Ley y que debe ser establecida de manera prudencial de forma que no se le cause un perjuicio a la casa extranjera.

“En este caso, el diferente trato que el artículo 9 de la Ley No. 6209 da a las casas extranjeras que otorguen representaciones en el país, en cuanto a garantía sobre el total de las indemnizaciones reclamadas, obedece a la diversa situación en que se encuentran las casas extranjeras de las nacionales, puesto que los representantes de aquéllas se encuentran virtualmente imposibilitados para hacer efectiva cualquier reclamación que se declare en su favor, lo cual justifica, en razón de esa diversa situación en que se encuentran las casas extranjeras de comercio que acreditan representantes en el país, el distinto trato que a unas y otras da la legislación que se impugna, de todo lo cual se infiere que el artículo 9 cuestionado no rompe ninguno de los principios de igualdad que establecen los artículos 19 y 33 de la Constitución Política.”⁶

Al respecto la Procuraduría consideró que la garantía tiene carácter de medida cautelar, por eso debe ser rendida antes de sentencia. En ese sentido, es una sanción administrativa al incumplimiento de la orden dada por el juez y una respuesta a la desprotección en que quedan los intereses de la parte actora.

Al respecto, mediante su voto 494 de mil novecientos noventa y dos, la Sala Constitucional estipula - en cuanto a la Ley No. 6209 - en su artículo noveno:

“La norma impugnada no es más que una medida cautelar que cualquier demandado en sede judicial debe rendir de conformidad con los artículos 241 y siguientes del Código Procesal Civil, no establece ninguna limitación a la libertad de comercio, como tampoco las medidas cautelares significan una limitación al derecho a la justicia, sino una disposición precautoria que permite garantizar la seriedad de los litigantes, en aras de proteger los derechos de terceros que de otra forma se podrían ver burlados o afectados irreparablemente.”⁷

3. Cláusulas arbitrales:

En el voto 10352 del 22 de noviembre del 2000, aclarado mediante Sentencia 02655-2001, Considerando 2 y voto del Tribunal Superior Segundo Civil Sección Segunda # 204-02 se declaró la inconstitucionalidad de la interpretación del artículo 7 de la Ley No. 6209, en tanto impida las cláusulas arbitrales en la jurisdicción nacional o internacional por constituir las mismas una garantía constitucional.

Con base en el voto citado, se puede inferir, que la legislación por aplicar dependerá de las reglas de derecho internacional privado a que este sujeto el Tribunal Internacional Arbitral de que se trate, y es posible que ésta aplique un derecho de fondo distinto al costarricense. Las reglas de derecho internacional privado varían de país a país, por eso, antes de entrar a una relación contractual de esa naturaleza, es importante que el representante o distribuidor, se cerciore de cuál es el régimen legal aplicable, y cuáles las consecuencias prácticas que se derivan del mismo.

La interpretación según la cual el artículo 7 se utilice como un medio para impedir el arbitraje tanto en Costa Rica como en el exterior es inconstitucional, trajo consigo un cambio sustancial respecto del manejo de la aplicación de este artículo por nuestros tribunales, en el tanto la interpretación que se la había dado era que sólo era posible el arbitraje en el territorio nacional.

El articulado sétimo de la Ley No. 6209 se refiere a la jurisdicción de los tribunales costarricenses y los derechos del representante, distribuidor o fabricante y su carácter de irrenunciables.

Sobre el particular, el Tribunal Segundo Civil en su resolución N° 590 de las 14 y 40

6 Corte Plena, Sesión Extraordinaria de las 13.30 horas del 27 de noviembre de 1980.

7 Sala Constitucional, Voto 494 de las 15.20 horas del 25 de febrero de 1992.

minutos del 29 de agosto de 1984, emitió el siguiente criterio:

“La competencia para dirimir las diferencias que surjan con motivo del ejercicio de los derechos del representante de casas extranjeras a que se refiere la Ley N°6209 de 24 de febrero de 1978 (Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras), es exclusiva de los Tribunales Costarricenses, por imperativo del artículo 7° de esa misma Ley, que dice: “La jurisdicción de los Tribunales costarricenses y los derechos del representante, distribuidor o fabricante, por virtud de esta ley, serán irrenunciables”.⁸

En el voto NV 10352 del dos mil de la Sala Constitucional, se varió ese criterio de interpretación cuando se declaró inconstitucional dicho numeral por ir contra el derecho de arbitraje. Pero se reafirmó la constitucionalidad de los derechos del distribuidor y del representante:

“...VII.- Conclusiones.- A la luz de lo expresado, se tiene que llegar a las siguientes conclusiones: a) que los derechos que la Ley le reconoce a los Representantes de Casas Extranjeras, según la protección especial a que alude su artículo 7, no son inconstitucionales, según se ha examinado en los precedentes que se citan, y la jurisprudencia que se confirma; b) que el arbitraje es un medio jurídico, de rango constitucional, para terminar los conflictos de naturaleza patrimonial, cuyas decisiones finales tienen la fuerza de una sentencia dictada en un proceso jurisdiccional; c) que no se puede, por la vía de una ley ordinaria, vaciar de contenido a una garantía de rango constitucional y, consecuentemente, el artículo 7 de la Ley de Representantes de Casas Extranjeras, N° 4684 del 30 de noviembre de 1970, reformada por Leyes N° 6209 del 9 de marzo de 1978 y N° 6333 del 7 de junio de 1979, resulta inconstitucional

cuando se invoca para negarle validez a una cláusula compromisoria libremente pactada por las partes. Más claro aún, que es constitucionalmente válida la cláusula contractual que remite la resolución de un conflicto de naturaleza patrimonial, surgido entre un representante y la empresa o casa representada, a la vía del arbitraje, sea en la jurisdicción nacional o la internacional.”⁹

Posteriormente ésta sentencia de la Sala Constitucional fue adicionada y aclarada mediante el Voto número 2655-01, de las quince horas, nueve minutos del cuatro de abril de 2001:

“Se adiciona y aclara la opinión consultiva de esta Sala, número 2000-10352, de las 14:58 horas del 22 de noviembre del 2000, en el sentido de que la inconstitucional allí declarada del artículo 7 de la Ley de Representantes de Casas Extranjeras, lo es en relación con la consulta sobre la que versa y, por ello, “únicamente en tanto se aplique como prohibición para someter a arbitraje las diferencias patrimoniales que surjan entre las partes con motivo del contrato de representación. En lo demás, el artículo no ofrece roces de constitucionalidad.”

Tal y como se consigna, antes de este voto una cláusula arbitral para conocer un asunto de casas extranjeras, era admisible siempre y cuando el arbitraje fuera conocido y resuelto en nuestro país.

Después del voto de la Sala, nuestros Tribunales han establecido que sí es posible la cláusula arbitral internacional, más no la renuncia a nuestros Tribunales, en el tanto, la inconstitucionalidad declarada es solamente en cuanto se debe garantizar la posibilidad de acudir al arbitraje por ser el mismo un derecho constitucional, pero en todo lo demás la irrenunciabilidad a la jurisdicción de los tribunales costarricenses opera.

⁸ Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, Resolución N° 590 de las 14 y 40 minutos del 29 de agosto de 1984.

⁹ Sala Constitucional, N° 10352 de las 14.58 horas del 22 de noviembre de 2000.

“...Así las cosas, la cláusula mediante la cual las partes de este litigio acuerdan que para dirimir cualquier controversia emergente del contrato, se someten a la competencia y jurisdicción de los Tribunales de la Ciudad de Santiago, República de Chile, es ineficaz pues una ley de orden público establece la irrenunciabilidad a la jurisdicción de los tribunales costarricenses en esta materia, con la salvedad de lo que a arbitraje se refiere, como ya lo declaró nuestra Sala Constitucional.”¹⁰

4. Carácter de orden público irrenunciabilidad y constitucionalidad de los derechos establecidos en la ley:

Nuestros Tribunales y la Sala Constitucional han reiterado en múltiples ocasiones, la constitucionalidad de los derechos amparados por la Ley No. 6209, así como el carácter de orden público de la misma¹¹.

Respecto al carácter de orden público de una Ley, los derechos consagrados en ella, son irrenunciables por las partes y se incorporan - aún contra su voluntad - a los contratos que se suscriban. Las únicas restricciones a tal poder soberano son la Constitución Política y el Derecho Internacional.

“El artículo 28 de la Constitución se refiere al “orden público” como uno de los motivos que excluye la posibilidad de que “las acciones privadas” puedan estar “fuera de la acción de la ley”. Hay mucho más en lo de “orden público”, pues no bastaría la vigilancia puramente material si a la vez no se actúa en la órbita de las relaciones particulares, para combatir o eliminar las causas que producen

o pueden producir desorden o injusticia, y eso lo logra el Estado a través de leyes de carácter intervencionista, inclusive haciéndolo en el ámbito de la contratación privada, por medio de normas que se sobreponen a la voluntad de las partes por motivos de “orden público” o que tratan de evitar, en lo posible, que una de ellas imponga “la ley del contrato...”¹²

5. Responsabilidad solidaria del representante en Costa Rica:

Recientemente, nuestros Tribunales han considerado, que la empresa nacional que asume la representación de una marca, luego de que la casa matriz termina una relación comercial con el distribuidor anterior, no tiene responsabilidad en el conflicto.¹³

El artículo 6 de la Ley N° 6209 establece:

“La persona física o jurídica que asume total o parcialmente cualquier actividad comercial que antes ejercía una casa extranjera a través de un representante, distribuidor o fabricante, responderá de la continuidad del contrato de representación, distribución o fabricación, salvo que la casa extranjera hubiera cubierto, previamente, la indemnización correspondiente.”

Se había interpretado, que éste artículo hacia referencia a un nuevo distribuidor, representante o fabricante.

“Esa indemnización es a la que se refiere el precepto 6, al señalar que quien asuma total o parcialmente cualquier actividad comercial que antes ejercía una casa extranjera a través de un representante, distribuidor o fabricante,

10 Sentencia No. 282 del Tribunal Segundo Civil, Sección Primera. San José, a las nueve horas diez minutos del diecisiete de julio del dos mil uno. Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, No. 282 de las 9:10 horas del 17 de julio de 2001.

11 Al respecto pueden consultarse los siguientes votos de la Sala Constitucional:
Sala Constitucional, Voto 5407 de las 15.50 horas, del 20 de setiembre de 1994.
Sala Constitucional, Voto 585 de las 16.33 horas del 1° de febrero de 1995.
Sala Constitucional, Voto 2757 de las 15.50 horas del 30 de mayo de 1995.
Sala Constitucional, Voto 4021 de las 14.48 del 16 de mayo de 2001.
Sala Constitucional, Voto 5925 de las 15.37 horas del 3 de mayo de 2001.
Sala Constitucional, Voto 10352 de las 14.58 horas del 22 de noviembre de 2000.
Sala Constitucional, Voto 2655 de las 15.09 horas del 4 de abril de 2001.

12 Sesión extraordinaria del veintiséis de agosto de mil novecientos ochenta y dos, de la Corte Plena en su anterior rol de Tribunal Constitucional.

13 Al respecto pueden consultar las resoluciones:

Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, N° 497 de las 9:00 horas del 21 de diciembre de 2001.
Tribunal Segundo Civil Sección Segunda, N° 32 de las 14:00 horas del 27 de febrero de 2004.
Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, N° 105 de las 14:20 horas del 19 de marzo de 2002.

responderá de la continuidad del contrato, salvo que la casa extranjera hubiese cubierto previamente la indemnización respectiva.”¹⁴

La más reciente jurisprudencia, ha interpretado que éste artículo no impone ninguna responsabilidad solidaria a un nuevo representante o distribuidor nacional que asuma dicha posición en el mercado nacional luego del rompimiento de una casa extranjera con el anterior distribuidor o representante. Lo que busca, es garantizar que si las actividades de la casa extranjera son asumidas, total o parcialmente, por una persona física o jurídica, sea ésta quien responda de la continuidad de la relación comercial existente, salvo que la casa extranjera cubra previamente las indemnizaciones respectivas.

“...el artículo 6° de la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras no impone ninguna responsabilidad solidaria a un nuevo representante o distribuidor nacional que asuma la posición dicha en el mercado nacional luego del rompimiento de una casa extranjera con el anterior distribuidor o representante. En realidad, dicha norma lo que regula es la obligación que tiene la persona física o jurídica que asuma total o parcialmente la actividad que antes ejercía la empresa extranjera, de responder por la continuidad de la relación comercial existente”.¹⁵

En efecto, el articulado pretende asegurar la indemnización debida al representante, distribuidor o fabricante, pero no responsabilizando solidariamente al nuevo representante, distribuidor o fabricante nacional, sino a la nueva empresa, que asuma la actividad que la anterior casa extranjera ejercía por medio de un representante, distribuidor o fabricante

6. La administración por intervención judicial no se puede considerar como justa causa para dar por terminado un contrato:

En sentencia N° 032 de las catorce horas del veintisiete de febrero del dos mil cuatro., en la que se ventilaba el caso de Lachner & Sáenz S.A contra Nissan Motor Company y Limited, Nissan Mexica S.A de Capital Variable, el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda consideró:

“ X- Cabe indicar, en primer lugar, que la solicitud de la empresa distribuidora nacional para obtener los beneficios del régimen de administración por intervención judicial, previsto en su normativa original en el Código Procesal Civil, no constituye en sí causal para dar por rota la relación de distribución de productos de casas extranjeras. No es causal no solo porque no está contemplada como tal en el artículo 5 de la Ley 6209, ni por otra norma, sino también porque el ordenamiento jurídico concedió tal derecho a las empresas que estuvieran en una situación económica y financiera difícil, con la finalidad de preservar la empresa saneándola. Se trata de un derecho cuyo ejercicio no puede dar lugar, en sí mismo, a la ruptura de la relación que interesa. La finalidad del instituto jurídico es garantizar la continuación de la actividad normal de la empresa y así obtener de sus propios recursos internos los medios necesarios para solventar la crisis.”

En este voto se reafirma que no caben causales de terminación fuera de las establecidas en el artículo 5 de la Ley del representante de casas extranjeras excluyendo, el proceso de la administración por intervención judicial como una causa justa para dar por rota la relación entre la casa extranjera y sus representantes o distribuidores.

¹⁴ Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, N° 62 de las 9:25 horas del 5 de marzo de 1996.

¹⁵ Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, N° 497 de las 9:00 horas del 21 de diciembre de 2001.

7. Voto 62 f de 2004:

El voto resuelve, sobre un contrato de representación donde una empresa fungió como representante de una casa extranjera y perduró la relación por casi 5 años. En el contrato, las partes incluyeron una cláusula, en la cual se daba la posibilidad de terminación anticipada del contrato, en el sentido que cualquiera de las partes podía dar por finalizado el contrato de forma unilateral, si comunicaba esa decisión con un mes de anticipo. Al cumplir el término de un mes de anticipo, la casa extranjera comunicó al representante su deseo de dar por terminada la relación contractual entre ambas. El representante acudió a tribunales y solicitó su derecho a ser indemnizado alegando, que la casa extranjera dio por finalizado el contrato de manera unilateral y sin justa causa¹⁶. En primera, segunda instancia y en casación se rechazó la demanda, pues se consideró que al existir voluntad del representante de pactar dicha cláusula de terminación anticipada, debía asumir la responsabilidad por los actos jurídicos propios y no procedía la indemnización prevista en la Ley, ya que la ley en ninguno de sus ordinales prohibía acogerse a la autonomía privada para regular la forma bajo la cual podrá darse por finalizada la relación contractual.

Esto representa un cambio, respecto a la aplicación que se le había venido dando a la Ley, así como, a su carácter de norma de orden público¹⁷ tal y como lo dispone su

artículo 7 y la consecuente irrenunciabilidad de los derechos en ella consagrados.

El carácter de orden público de una ley, consagrado en el artículo 129 de nuestra Constitución Política, implica que la autonomía de la voluntad de las partes no puede extenderse, ni desarrollarse en contra de lo dispuesto en normas de orden público, al punto de hacer inaplicable una ley. Bajo esta lógica no es posible la renuncia a un derecho establecido en una ley de orden público¹⁸.

En el caso en cuestión, la cláusula establecida contraviene lo expresamente estipulado por la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, al eximir de responsabilidad a los contratantes por la ruptura unilateral del contrato, y permitir la renuncia a la indemnización correspondiente, lo que va contra lo dispuesto en el artículo 7 de la citada Ley en relación con el numeral 129 de nuestra constitución política.

“...no bastaría la vigilancia puramente material si a la vez no se actúa en la órbita de las relaciones particulares, para combatir o eliminar las causas que producen o pueden producir desorden o injusticia y eso lo logra el Estado a través de leyes de carácter intervencionista, inclusive haciéndolo en el ámbito de la contratación privada, por medio de normas que se sobreponen a la voluntad de las partes por motivos de “orden público” o que tratan de evitar, en lo posible, que una de ellas imponga “la ley del contrato.”¹⁹

16 Al respecto ver el artículo 2 de la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras N° 6209.

17 “El artículo 28 de la Constitución se refiere al “orden público” como uno de los motivos que excluye la posibilidad de que “las acciones privadas” puedan estar “fuera de la acción de la ley”. Hay mucho más en lo de “orden público”, pues no bastaría la vigilancia puramente material si a la vez no se actúa en la órbita de las relaciones particulares, para combatir o eliminar las causas que producen o pueden producir desorden o injusticia, y eso lo logra el Estado a través de leyes de carácter intervencionista, inclusive haciéndolo en el ámbito de la contratación privada, por medio de normas que se sobreponen a la voluntad de las partes por motivos de “orden público” o que tratan de evitar, en lo posible, que una de ellas imponga “la ley del contrato” Sesión extraordinaria del veintiséis de agosto de mil novecientos ochenta y dos, de la Corte Plena en su anterior rol de Tribunal Constitucional.

18 Tal y como lo estableció el voto de minoría, consagrado en la sentencia 62 f del 2004). “... Al socaire de lo anteriormente expuesto, es claro que la ruptura del ligamen convencional que unía a las partes, efectuada por la sociedad demandada, se fundamenta en lo dispuesto en la cláusula transcrita del contrato suscrito por ellas. Sin embargo, dicho acuerdo contraviene lo expresamente estipulado por la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, al eximir de responsabilidad a los contratantes por la ruptura unilateral del contrato. La autonomía de la voluntad de las partes, no puede estar en contra de lo que disponga la normativa de orden público, al punto de que un acuerdo entre ellas produzca su desaplicación. El convenio anticipado de una ruptura unilateral con renuncia a la indemnización correspondiente, riñe con lo dispuesto en el artículo 7 ibídem, en relación con el 129 constitucional. En ese sentido, no puede interpretarse que la sociedad actora renunciara a su derecho de indemnización previsto en el artículo 2”.

19 Voto 10352, Sala Constitucional.

8. Unión Aduanera Centroamericana

El ingreso de Costa Rica al proceso de la Unión Aduanera Centroamericana trae consigo una serie de implicaciones para los representantes y distribuidores de casas extranjeras, este instrumento de Integración Regional es un tratado internacional, que esta sobre la ley nacional y en él se establece el libre tránsito de mercancías importadas de cualquier país perteneciente a ese proceso de integración. Una empresa podrá entonces ingresar los productos por un país contratante, se le otorga el trato nacional y podrá ingresar a cualquier país centroamericano, lo cual afecta la distribución exclusiva.

Por lo tanto, con la Unión Aduanera la defensa de los representantes exclusivos posiblemente recaerá en el valor agregado que le den a sus servicios.

9. Opinión de la Unidad Técnica de apoyo de la Comisión para promover la competencia:

La Unidad Técnica de apoyo de la Comisión para Promover la Competencia emitió entre enero y febrero del 2002 una opinión sobre la Ley de Casas Extranjeras. En esa opinión, solicitada por el señor Takao Kikuchi –agregado económico de la embajada de Japón– se procedió a analizar si la Ley estaba acorde con los principios de competencia y libre concurrencia establecidos en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del consumidor.

La Comisión concluyó que la Ley: “establece condiciones que podrían constituir barreras de entrada y salida que limitan la libre concurrencia y más bien contribuiría a estimular la representación o distribución exclusiva de bienes, ya sea o no el deseo de la compañía representada.”²⁰

Sin embargo, la Comisión señaló que no se puede concluir que contravenga la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor:

“...la existencia de un acuerdo de distribución exclusiva de bienes, por razón tanto del sujeto como de la situación geográfica, es condición necesaria pero no suficiente para la existencia de una práctica monopolística. Si se comprueba la existencia de una distribución exclusiva, aún quedaría por probar que ese acuerdo es utilizado por el participante con poder sustancial para provocar el desplazamiento de otros agentes económicos del mercado, impedir sustancialmente la entrada de nuevos competidores o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas. La Sala Constitucional en su jurisprudencia ha establecido que la Ley de Protección al Representante no viola el principio de igualdad, ni el equilibrio procesal de las partes establecidos en la Constitución Política de Costa Rica.”²¹

II. Conclusiones:

Finalmente, después del análisis realizado, cabe indicar que los cambios sufridos, tanto en Costa Rica como en el resto de la Legislación Centroamericana, apuestan por una mayor libertad comercial, y que las tendencias de leyes proteccionistas con cláusulas anticipadas de calcular la indemnización han cedido lugar a la prueba del daño, a la libertad contractual y al poder de negociación de las partes.

Las nuevas fórmulas indemnizatorias basadas en el concepto de daños y perjuicios y en la prueba del daño pueden eventualmente aumentar la fórmula indemnizatoria si se prueban todos los daños alegados, pero también podrían alargar aún más el tiempo de resolución de los litigios, y una posible presión de las casas extranjeras para renegociar

²⁰ Comisión para Promover la Competencia, San José, a las dieciséis horas y treinta minutos del quince de enero de 2000, OP.005-01. Asunto: Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras.

²¹ Idem.

los contratos bajo las nuevas condiciones establecidas en el marco del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana.

De manera que una alternativa importante, además de la evidente necesidad de agotar la creatividad empresarial e implementar una mayor competitividad dentro de las empresas - la cual se convierta en la efectiva defensa de los representantes y distribuidores frente a las casas extranjeras - sería la implementación del

arbitraje así como de otros métodos de resolución alternativa de conflictos que provean un foro neutral y ágil, mediante el cual se protejan los intereses y derechos de ambas partes.

Surge entonces la necesidad de promover mecanismos de resolución alternativa de conflictos en el ámbito de cada país e incluso la posibilidad de establecer un centro a nivel regional que goce de credibilidad y de la suficiente objetividad para la resolución de conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

BAUDRIT CARRILLO, Diego. Derecho Civil IV: Teoría General del Contrato. Tercera Edición, San José, Editorial Juricentro, 2000.

BRENES CÓRDOBA, Alberto. Tratado de las Obligaciones. Séptima edición, San José, Editorial Juricentro, 1998.

CÁMARA DE REPRESENTANTES DE CASAS EXTRANJERAS DISTRIBUIDORES E IMPORTADORES. Guía Oficial. San José, MEPRO Editors, 1997.

GUILLÉN DOWNING, Luis Alberto. Exposición ante la Junta Directiva de CRECEX, efectuada en la Sesión Ordinaria N° 14 del 24 de abril de 1980. Beneficios importantes que a usted como representante y distribuidor, le brinda la Ley No. 6209 de Protección al Representante y Distribuidor de Casas Extranjeras, promulgada el 9 de marzo de 1978. Edición de la Cámara de Representantes de Casas Extranjeras. Octubre de 1990.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

RODRÍGUEZ VINDAS, LUIS RAMÓN. “Estudio Histórico de la Ley de Representantes de Casas Extranjeras 6209 del 3 de abril de 1978 y sus Reformas”. Revista Judicial San José, Numero 81 mayo,2003.

REPÚBLICA DE PANAMÁ. “Un negocio sin dueño ni ley. Ley de Representantes de Panamá”. Disponible en:
<http://mensual.prensa.com/mensual/contenido/2001/07/02/hoy/negocios/178567.html>, http://www.comercioexterior.ub.es/fpais/panama/paginas/comercio_finanzas.htm

JURISPRUDENCIA

SOBRE LA LICENCIA

Sala Primera Civil, N° 941 de las 16.16 horas del 20 de diciembre de 2000.

ARTICULO 9 LEY 6209

Sala Constitucional, Voto 494 de las 15.20 horas del 25 de febrero de 1992.

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, N° 62 de las 9.25 horas del 5 de marzo de 1996.

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, N° 164 de las 9.20 horas del 14 de mayo de 1996.

Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, N° 463 de las 9.05 horas del 21 de noviembre de 2001.

Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, N°254 de las 10.05 horas del 16 de julio del 2002.

Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, N° 35 de las 9.00 horas del 12 de febrero del 2002.

CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DERECHOS CONSAGRADOS EN LA LEY

Corte Plena, Sesión Extraordinaria de las 13.30 horas del 27 de noviembre de 1980.

Sala Constitucional, Voto 5407 de las 15.50 horas, del 20 de setiembre de 1994.

Sala Constitucional, Voto 585 de las 16.33 horas del 1° de febrero de 1995.

Sala Constitucional, Voto. 2757 de las 15.50 horas del 30 de mayo de 1995.

Sala Constitucional, Voto. 10352 de las 14.58 horas del 22 de noviembre de 2000.

Sala Constitucional, Voto. 4021 de las 14.48 del 16 de mayo de 2001.

Sala Constitucional, Voto. 5925 de las 15.37 horas del 3 de mayo de 2001.

JURISDICCION DE NUESTROS TRIBUNALES Y APLICACION DE CLÁUSULAS ARBITRALES

Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, N° 590 de las 14 y 40 minutos del 29 de agosto de 1984.

Sala Constitucional, No. 10352 de las 14.58 horas de 22 de noviembre del 2000.

Sala Constitucional, No. 2655 de las quince horas nueve minutos del 4 de abril de 2001.

Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, N°282 de las 9:10 horas del 17 de julio del 2001.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL REPRESENTANTE EN COSTA RICA

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, N° 62 de las 9.25 horas del 5 de marzo de 1996.

Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, N° 497 de las 9.00 horas del 21 de diciembre de 2001.

Tribunal Segundo Civil, Sección Primera , N°105 de las 14.20 horas de 19 de marzo de 2002.

Tribunal Segundo Civil Sección Segunda, N° 32 de las 14.00 horas del 27 de febrero de 2004.

VOTO 62F del 2004

Sala Primera de Casación, N° 62f de las a las diez horas del treinta de enero del año dos mil cuatro.

COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA

Comisión para Promover la Competencia, San José, a las dieciséis horas y treinta minutos del quince de enero de 2000, OP.005-01. Asunto: Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras.

LEGISLACIÓN

REPÚBLICA DE COSTA RICA. Código de Comercio: Concordado, con Historia y Jurisprudencia. Gastón Certad Maroto, Primera Edición, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, 2002.

REPÚBLICA DE COSTA RICA. Constitución Política. Editorial Juricentro, Edición Anotada y Concordada, San José, Costa Rica, 1977.

REPÚBLICA DE COSTA RICA. Decreto Ejecutivo N° 8599 - MEIC. Reglamento a la Ley 6209, del 9 de marzo de 1978.

REPÚBLICA DE COSTA RICA. Ley de Protección al Representante y Distribuidor de Casas Extranjeras, N° 6209, del 9 de marzo de 1978.

REPÚBLICA DE COSTA RICA. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor: N° 7472, del 20 de diciembre de 1994.

REPÚBLICA DE COSTA RICA. Amplia Ley de Protección de Representante de Casas Extranjeras, No. 6333, del 7 de junio de 1979.

REPÚBLICA DE NICARAGUA. Ley sobre Agentes Representantes o Distribuidores de Casas Extranjeras, Decreto N° 13, del 22 de diciembre de 1979. Publicado en La Gaceta N°4 de 5 de enero de 1979. Disponible en:

[http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/CB02A7C38F0C32A206256EA000651249?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/CB02A7C38F0C32A206256EA000651249?OpenDocument)

REPÚBLICA DE NICARAGUA. Ley de Justicia Tributaria y Comercial N° 257, del 4 de junio de 1997. Publicada en La Gaceta N° 106 de 6 de junio de 1997. Disponible en:

<http://www.csd.gob.ni/otros/L257Justrib.pdf>

REPÚBLICA DE GUATEMALA. Ley de Agentes de Comercio, Distribuidores y Representantes. Decreto Número 8-98. Disponible en:

<http://www.negociosguatemala.com/negocios/leydeagentesdecom.asp>

REPÚBLICA DE GUATEMALA. Código de Comercio de Guatemala: Libro I de los Comerciantes y sus Auxiliares, Capítulo II Agentes de Comercio Distribuidores y Representantes. Disponible en: <http://www.infomipyme.com/Docs/GT/Offline/codcom.htm>

TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE ESTADOS UNIDOS, REPÚBLICA DOMINICANA Y CENTROAMÉRICA. Anexo 11.13 Compromisos Específicos Sección A: Costa Rica. Disponible en: www.comex.go.cr.

REPÚBLICA DEL SALVADOR. Código de Comercio: Decreto No. 61. Disponible en: <http://www.asamblea.gob.sv/leyes/19700671.htmfta/11%20Servicios%2003.08.pdf>

REPÚBLICA DOMINICANA. Ley No. 173: sobre Protección a los Agentes Importadores de República Dominicana. Disponible en: <http://www.geocities.com/CapitolHill/Senate/8569/ley173.htm>

REPÚBLICA DE HONDURAS. Decreto No. 549. Disponible en: <http://www.sic.gob.hn/L-SIC/Leyes%20SIC/Leyes%20de%20Inversiones/Ley%20de%20Distribuidores%20y%20agentes%20de%20Empresas%20Nac%20549.pdf>.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

Análisis Jurídico de la resolución 62f –2004 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución de las diez horas del treinta de enero 2004. Doctor Manrique Jiménez Meza.

GONZÁLES URIBE. Material entregado en el seminario: Cláusulas usuales en los Contratos de Distribución. Impartido en abril del 2004 para los asociados de la Cámara de Comercio Exterior y Representantes de Casas Extranjeras (CRECEX)

EL DERECHO DE VISITA: ELEMENTOS PARA SU COMPRENSIÓN, REGULACIÓN Y TUTELA EFECTIVA.

*Carlos Pantoja Murillo **

SUMARIO:

I.- Introducción.....	175
II.- ¿Qué es el derecho de visita?.....	176
III.- Naturaleza y régimen del derecho de visita	179
IV.- El carácter inalienable y mutuo de las relaciones entre padres e hijos y la inclusión de los padres extramatrimoniales.....	180
V.- Fundamento Legal del Derecho de Visita	183
VI.- Regulación Judicial del derecho de visita	184
VII.- La violación del derecho	185
VIII.- Modificación del derecho de visita.....	186
IX.- Suspensión del derecho de visita.....	187
X.- Conclusiones.....	188
XI.- Bibliografía.....	190

* Abogado por la Universidad de Brasilia, egresado del programa de Licenciatura en Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional y de los programas de Gerencia Pública y de Gobernabilidad y Desarrollo Institucional del Instituto Nacional de Administración Pública de España y de la Universidad de Alcalá de Henares . Desde 1994 se desempeña como asesor parlamentario en la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

I.- Introducción

Los conflictos en las relaciones familiares que derivan en la finalización de la convivencia común, tan corrientes en nuestros días, tienen en la residencia separada de los padres una de sus facetas más difíciles. Los niños quedan, generalmente, bajo el mismo techo que uno de sus progenitores y allí comienza el drama familiar a cuyo cuidado y regulación se dirige el derecho de visita. Vienen las amenazas y las advertencias: ¡Nunca más volverás a ver a tus hijos!. ¡Si deseas visitarlos, tendrá que ser en mi casa, y bajo mi vigilancia!. ¡No permitiré que lleves a los niños a tu casa, porque vivís con la otra!. ¡No quiero que mis hijos te vean con tu nueva pareja. Los comportamientos amenazantes de las parejas separadas, tienden a prolongar sus conflictos más allá de la disolución de su relación. Utilizan indebidamente los hijos como instrumento de retaliación o venganza proyectando un estado de guerra donde, como siempre, los más inocentes son las primeras y principales víctimas.¹

Por causa de estas actitudes el Derecho de Familia ha tenido que interesarse en resolver este foco de desavenencias mediante la construcción de lo que actualmente se conoce como el “derecho de visitas” de un progenitor a los hijos menores que están bajo la custodia y cuidado personales del otro. Para conocer sobre esta problemática realizamos un estudio que abarcó un amplio espectro de la doctrina internacional.

En razón de la muy pobre atención brindada por nuestros autores a la materia, realizamos desde el ámbito del derecho costarricense un estudio fundamentalmente jurisprudencial, que incluyó algunas sentencias de las que encontramos indicación en distintas

obras y un trabajo de investigación en la búsqueda de los casos que sobre derecho de visita nos pudiera ofrecer el Tribunal de Familia de San José. Para ello exploramos quinientos expedientes del año 1997 y algunos casos de los últimos tres años. De este modo logramos un acervo de información que suplió con creces la ausencia de una doctrina sistematizada, ofreciendo el material para determinar con claridad las orientaciones y evidenciar algunas fallas que se muestran recurrentes en el abordaje de la institución que nos ocupa.

Como solución jurídica no es posible remontarse miles de años, como ocurre con otros institutos, al estudiar este derecho, relativamente nuevo. Por el contrario, sus antecedentes los debemos ubicar en la época posterior a la codificación. Según Rivero es hasta mediados del siglo pasado que el derecho de visita “accede al nivel jurídico por vía jurisprudencial, particularmente en Francia siendo ésta una clásica institución pretoriana”²

El derecho de visita nace como resultado de la constante negativa de los tribunales franceses de autorizar a los abuelos a visitar a sus nietos, contra la voluntad de sus padres, argumentando que permitirlo significaba una atentado contra la patria potestad, que pertenece al padre y a la madre. Parte de la doctrina no compartía esta posición y logró abrirse paso con argumentos más sentimentales que jurídicos, logrando cambiar el criterio de la corte de casación francesa³

En la mayoría de los países las primeras manifestaciones de este derecho de comunicación y relaciones surge en procesos judiciales que tienen por objeto la separación matrimonial y el divorcio. Igual que en Francia,

1 Puede consultarse a este particular el artículo divulgación de TORRADO, Helí Abel. *El derecho de visitas a los hijos menores*. En www.ElTiempo.com (27 de agosto de 2004.) quién con claridad y simplicidad define la problemática de este instituto y su solución de acuerdo al ordenamiento jurídico colombiano.

2 Véase RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El Derecho de Visita*. Barcelona, José María Bosch Editor S.A. 1997, particularmente la página 41.

3 Así según PACHECO ROJAS, María Elieth. *Derecho de Visita*. (Tesis de Grado, Inédita) 1987. pág. 4 “la Cour de Cassation francesa cambió de orientación y abrió un nuevo camino en su sentencia de 8 de julio de 1857, considerada como la primera en el largo iter jurisprudencial de configuración de nuestra institución. En aquella resolución, si bien se reconoce aún que en principio el padre puede prohibir a sus hijos la visita de personas, incluso de su familia, cuya influencia crearía temer, afirma luego que ese derecho no es discrecional, y que a menos que haya motivos graves y legítimos, de los cuales el padre no puede ser el único y soberano juez, no puede oponerse a las relaciones de sus hijos con los abuelos de estos”. Véase en el mismo sentido a RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El Derecho de Visita*. Barcelona, José María Bosch Editor S.A. 1997, página 42.

tenemos noticia de que en el derecho inglés se reconoció, por primera vez, en 1861 en el caso *Thompson vs Thompson and Sturmfells*.⁴

En nuestro país, el primer antecedente del que tenemos noticia es un voto salvado de dos magistrados en una sentencia de 1931, en un caso de divorcio donde el demandado solicitó el derecho de ver y tener consigo a su hijo menor, donde a pesar de ser denegado,⁵ se sentó el precedente que ocho años después, en 1940, otorgó la carta de naturalización⁶ en el derecho costarricense⁷ al derecho de visita.

II.- ¿Qué es el derecho de visita?

Como acertadamente señalara FERNÁNDEZ,⁸ “El hecho físico de la generación origina el hecho jurídico de la filiación, pero ésta, a su vez, produce un conjunto de relaciones que reciben el nombre de parentesco, de los cuales derivan múltiples y complejos derechos y obligaciones de atención y cuidado, respeto y obediencia, asistencia mutua y beneficios sucesorios, que a tanto alcanza el parentesco creado por la filiación.”

La institución⁹ más emblemática de estos vínculos de filiación se conoce bajo la

expresión “patria potestad” que siguiendo las enseñanzas de Víctor Pérez¹⁰ “debe verse como un conjunto de situaciones jurídicas, no ya de derechos sino de potestades”, pues, para él, se trata de un conjunto de conductas que se pueden realizar, pero que al mismo tiempo se deben realizar. Este rasgo de facultad-obligación se evidencia con mayor claridad cuando nos encontramos ante alguno de los supuestos en que el progenitor sufre una intromisión que pretende impedir que ejerza cualquiera de los cometidos que constituyen el núcleo, o la idea central del bien jurídico tutelado. Esta interferencia puede ser jurídicamente removida y, a contrario sensu, el progenitor que incumpla con estas potestades puede ser sancionado con modificaciones y hasta la supresión de la patria potestad, también llamada alternativamente, incluso por nuestro Código de Familia, de “autoridad parental” en los casos legalmente previstos.

Pero veamos, cuales son esos cometidos, en que consisten estas potestades que conforman la patria potestad. Se trata de poderes-deberes en relación a la persona del menor, a sus bienes y facultades de representación. Ante el primer grupo, que un sector de la doctrina llama “guarda”,¹¹ otros “guarda, crianza y

4 Ibidem, pág. 43. La materia se encuentra regulada en el Reino Unido, desde el año 1971, en la Guardianship of Minors Act, reformada en 1978 y en la Children Act de 1989.

5 Sentencia de la Corte de Casación de las 10 horas del 13 de enero de 1931. Allí se estableció que “La patria potestad no puede ser objeto solo de una privación absoluta de los derechos que comprende, esos derechos pueden ser solamente modificados, y al cónyuge que ha obtenido la separación, se le confían la guarda, crianza y educación de los hijos ello no implica que los jueces de instancia carezcan de la facultad de conceder a la madre o al padre el derecho de ver y visitar a los hijos en las condiciones y lugares que se determinen; aparte de que eso es humano, conduce a mantener vivo en el padre o la madre el sentimiento de su responsabilidad, y de interés por los hijos”.

6 Sentencia de la Corte Casación de las 14:30 horas del 17 de enero de 1940. Vale la pena resaltar que ambas sentencias se dieron al amparo de la regulación establecida en el Código Civil, el que no estipulaba disposición alguna que, siquiera de forma indirecta, cobijara esta nueva figura, por lo que verdaderamente podemos hablar de una creación jurisprudencial, inspirada en la doctrina europea.

7 En nuestro país contamos con el Código de Familia, Ley N° 5476, que por vía indirecta vino a garantizar el derecho de visita positivando lo que la jurisprudencia había incorporado. Sobre el particular véase el desarrollo de este punto en el numeral IV.- Naturaleza y régimen del derecho de visita, más adelante en este artículo.

8 Así según FERNÁNDEZ, Clérigo L. *El derecho de familia en la legislación comparada*. México, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1947. Cit por RODRÍGUEZ ZAMORA, José Miguel. *La Filiación y el Derecho Comparado*. In Revista de Ciencias Jurídicas N° 77. Costa Rica UCR-Colegio de Abogados Enero-Abril 1994. pág. 65.

9 Una institución es un conjunto de normas que regulan una materia compleja a partir de una idea central, que es el fin que todas tienden a lograr, el bien jurídico que todas tienden a proteger, según lo registra el maestro Dr. Eduardo Ortiz. (*Propiedad y Constitución*. In Revista Judicial, N° 37, San José, Corte Suprema de Justicia, junio de 1986. p.17).

10 Cfr. PÉREZ VARGAS, Víctor. *El contenido de la patria potestad*. In Revista Judicial N° 30, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, setiembre 1984. Pág. 128.

11 Expresión preferida por BELLUSCIO, Augusto Cesar. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo II., 5ª Ed., Argentina, Depalma, 1991, p. 302. Pacheco Rojas p. 34; Código Civil Brasileño de 1916, artículo 328; DE MATTIA, Fabio M. *Direito de Visita*. In Revista de Informação Legislativa. Año 17, N° 68, Senado Federal, Brasília, Octubre-Diciembre 1980, p. 180; DE BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de Direito Civil*. Vol II, Direito de Familia. Editora Saraiva, Sao Paulo, 1989, p. 279, si bien este autor también utiliza “creación y educación” por ejemplo en la p. 281. En Francia es sin lugar a dudas de uso generalizado la palabra “garde” (guarda). El nuevo Código Civil Brasileiro de 2002 incorpora un “CAPÍTULO XI, Da Proteção da Pessoa dos Filhos” que en caso de separación judicial por mutuo consentimiento o por divorcio directo consensual se observará los que los conyugues acuerden sobre la “guarda” de los hijos, manteniendo la expresión. (art. 1.583) Si ese acuerdo no existe, la guardia será atribuida a quien revele mejores condiciones para ejercerla. (art. 1.584) Cuando existan motivos graves el juez podrá regular de manera distinta la situación de los hijos y los padres (art. 1.586) En caso de invalidez del casamiento se aplicará lo dispuesto en los artículos 1.584 y 1.586. (art. 1587) La norma clave en el tema que nos ocupa es el artículo 1589 que literalmente dice “El padre o la madre en cuya guarda no estén los hijos podrá visitarlos y tenerlos en su compañía, según lo que acuerde con el otro conyuge, o fuera fijado por el juez, así como fiscalizar su mantenimiento y educación.” Finalmente las disposiciones relativas a la guarda y prestación de alimentos a los hijos menores se extienden a los mayores incapaces. (art. 1.590)

educación”¹² otros “guarda y custodia”¹³ y algunos “guarda y cuidado”¹⁴ nos encontramos en presencia del contenido esencial de la patria potestad. En situación normal de convivencia de los progenitores estos poderes-deberes, que nosotros preferimos seguir llamando “guardia y custodia”, surgidos de la relación con el menor, se encuentran “embebidos por

la patria potestad dual” en feliz expresión de RAGEL.¹⁵

Para el autor argentino Augusto Cesar Belluscio,¹⁶ el desmembramiento de la guarda se configura cuando los padres se separan de hecho o de derecho, (separación de hecho, separación judicial, separación judicial

12 Expresión utilizada por el Código de Familia en los artículos 56 y en el 139 que habla de la patria potestad como algo distinto de la “guarda, crianza y educación” pues no se explica que si los considera parte de la patria potestad, los indique a continuación de ésta pero que no haga lo mismo con todas las facultades que la integran. Así resulta claro que este artículo menciona los poderes-deberes con relación al menor y la administración de sus bienes pero es omiso respecto a las facultades de representación. Al contrario, en el Código Civil costarricense, antes de la promulgación del Código de Familia, solamente se mencionaba la patria potestad, también en su artículo 139, por lo que resultaba más claro. Pérez aclara que se ha usado la expresión “guarda, crianza y educación” como sinónimo de tenencia estable del menor. (en contraposición a la tenencia periódica que podría tener el otro progenitor) Pero debe entenderse que los deberes de cuidar al menor (guarda), proporcionar alimento y estímulos físicos (crianza) para su adecuado desarrollo y prepararle para la vida (educación) son poderes deberes que no cesan para el cónyuge al que no se le otorga la “guarda, crianza y educación”. Tesis absolutamente acertada del profesor Pérez Vargas.

13 Esta es la terminología utilizada, entre otros, por ESPINOZA LOZANO José. *Problemas Procesales en Derecho de Familia*. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1991. p. 184 y por RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *La Guardia y Custodia de los hijos*. In Revista Derecho Privado y Constitución. N° 15, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Enero-Diciembre 2001, quien la incorpora incluso desde el título de su artículo.

14 Por ejemplo Rivero Hernández. *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*. Madrid, 1994. p.1023 a 1028.

15 Véase RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *La Guardia y Custodia de los hijos*. Op. Cit. pág. 284.

16 Cfr. BELLUSCIO, Augusto Cesar. *Manual*, p. 303. Este autor no considera apropiada la denominación tradicional de derecho de visita porque tal comunicación no se debe realizar necesariamente, ni como regla general, mediante la visita del progenitor al hijo, siendo destacable que el problema no se limita al contacto físico periódico con el hijo, sino que se manifiesta a través de otros aspectos como la vigilancia en la educación, el mantenimiento de correspondencia y otros. Víctor Pérez opina que la expresión “derecho de visita” es “poco feliz, pues no se trata realmente de un derecho y tampoco se trata de visitas carentes de ejercicio de los atributos dichos, sino que precisamente se trata de tiempo de ejercicio efectivo de estos: el padre o la madre, durante los mal llamados días de visita debe proteger al menor, velar por su integridad física y psíquica actual (guarda) y futura (educación) e igualmente satisfacer los requerimientos vitales (crianza)”. Véase PÉREZ VARGAS, Víctor. *El contenido de la patria potestad*. Loc. cit. nota 10. Por razones semejantes RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe en la obra *La Guardia y Custodia de los hijos*. (pág. 302) prefiere descomponer el derecho de visita en tres derechos distintos. En primer lugar habla de: 1.- El Derecho de Visita en sentido estricto que es “la posibilidad que tiene el progenitor de acudir al domicilio habitual del menor para relacionarse con él. Aunque existan supuestos de armonía entre los progenitores, que facilitan el ejercicio de este derecho, en la mayoría de los casos no deja de ser una entelequia, pues las difíciles o nulas relaciones entre los padres impedirá su ejercicio, que sólo será viable en situaciones de grave enfermedad de los hijos. 2.- El derecho de comunicación consistente en la posibilidad que tiene el progenitor no guardador de relacionarse con el menor en lugares distintos a su domicilio habitual (colegio, recinto deportivo, etc.), así como de mantener correspondencia por escrito, teléfono o medios telemáticos sin interferencias por parte del guardador. En situaciones límites, cuando los derechos de visita y de estancia son desaconsejables (malos tratos a los menores, o enfermedades como el alcoholismo o la toxicomanía por parte del progenitor no conviviente) este derecho de comunicación es el reducto mínimo que queda a los progenitores no guardadores y sus hijos. Existen dependencias administrativas, ubicadas generalmente en pisos, denominadas puntos de encuentro, en donde estos progenitores y sus hijos se relacionan durante unas horas previamente establecidas por el juez, fundamentalmente durante los fines de semana. En la mayoría de los casos, son medidas que se toman respecto de los menores de doce años, pues cuando los hijos superan esa edad, difícilmente aceptan este remedio tan artificial y molesto, y 3.- El derecho de estancia coincide con la posibilidad antes apuntada de que el progenitor conviva durante un tiempo con sus hijos, ya sea en el domicilio de aquel o en otro lugar. Esa convivencia se producirá generalmente durante determinadas épocas del año y, en especial, los fines de semanas continuados o alternos y parte de las vacaciones de los hijos.”

Parece claro que esta clasificación reproduce el contenido del artículo 90 del Código Civil Español que en lo pertinente dice: “el convenio regulador[...] debe referirse [...] a) a la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos” (el destaque no es del original).

El Tribunal de Familia de San José ha reproducido en una sentencia reciente, (N° 365-04 de las 9:40 hrs de 3 de marzo de 2004) una cita de Rivero Hernández exponiendo que: “... Uno de los primeros problemas que plantea la institución que aquí estudiamos es el terminológico: el de la denominación que la individualice frente a otras, con un significante idóneo y comprensivo de su contenido y efectos. Es evidente que la expresión “derecho de visita”, que hasta ahora vengo manejando por ser la más habitual y conocida, resulta hoy pobre e insuficiente para recoger y denominar jurídicamente la figura a que me refiero, que tiene en la actualidad, en todos los sistemas jurídicos, un contenido efectual y relacional mucho más amplio de lo que sugiere aquella denominación clásica y semánticamente la palabra visita.

El origen histórico-jurisprudencial de esta figura, que se presenta por primera vez como posibilidad de que unos abuelos pudieran ir a ver y “visitar” a su nieto en la residencia habitual de éste (el domicilio de su madre) –sentencia de la Cour de Cassation francesa de 8 de julio de 1857- hizo que empezara a llamarse “derecho de visita”, que fue aceptado por la doctrina francesa, la primera que lo estudió, y luego por otras, e hizo fortuna en Derecho comparado (en otro tiempo más que hoy).

Pero, como acabo de decir, ese término es demasiado pobre y no expresa correctamente una relación entre personas que es mucho más rica que aquella mera posibilidad de ver y visitar a un menor, al comprender en la muy mayor parte de los casos muchas otras formas de comunicación (telefónica, cartas noticias indirectas), llegando incluso a una convivencia de días o de semanas entre “visitante” y menor “visitado”. Por este motivo se va generalizando el empleo de expresiones más amplias y comprensivas, tanto en textos legales como en la doctrina. Haré un sencillo muestrero.

El derecho suizo, tras la reforma de 1976, se habla de “relations personnelles”, “droit aux relations personnelles” y “droit d’entretenir relations personnelles” (arts. 156 y 273 del Cc suizo, versión francesa); y no aparece ni una sola vez la palabra “visite” en los preceptos de referencia. La doctrina suiza reciente también maneja esos términos con preferencia. En la jurisprudencia y en algún autor anterior a la reforma de 1976 se emplea todavía la expresión “derecho de visita” junto a la de “relaciones personales”.

Dígase lo mismo del Derecho alemán, que emplea la palabra “Umgangrecht”, “derecho de trato” o “de relaciones” (o a relacionarse) en los parágrafos 1632.2, 1634 y 1711, sustancialmente, término ya general y único en doctrina y jurisprudencia.

En Derecho inglés se ha generalizado los términos “aces” y “right of acces” tanto en las recientes Acts reguladoras del Derecho de familia como en la doctrina; y más recientemente, tras la Children Act 1989, “contact” y “contact orders” (RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: *El derecho de visita*, José Ma. Bosch Editor S.L. Barcelona, España, 1996, páginas 20 y siguientes). (Para nuestro trabajo hemos tenido a la vista la edición de 1997).

“No tanto por esos precedentes sino en razón de su justificación, fines que persigue y contenido relacional, entiendo que serían expresiones más correctas y apropiadas hoy, y en nuestro sistema jurídico (como ya hemos visto en otros), las de “derecho de comunicación”, o “derecho de relación” o a “relacionarse”, o “derecho a relaciones personales” por dejar apuntada alguna.” (Op.cit. p. 22).

En Costa Rica se han sugerido los términos “interrelación familiar” (por ejemplo véanse los votos 720-03 y 723-03 de este Tribunal) y “relación” (Ver Trejos Salas). (Se refiere a la obra del Dr. Gerardo TREJOS SALAS *Derecho de Familia Costarricense*. T. II, Editorial Juricentro, San José, 1999, donde utiliza la expresión referida por el Tribunal).

La expresión “derecho de visita” evidentemente no parece la que mejor comprende el cúmulo de relaciones que se engloban bajo el mismo. En realidad, sería más apropiado denominarlo “potestad de relacionamiento”, pero convengamos en que desde su génesis francesa la expresión se ha expandido y se entiende comúnmente y en varios idiomas como inclusiva de las tres situaciones jurídicas que RAGEL llama: derecho de visita en sentido estricto, derecho de comunicación y derecho de estancia. Así, son expresiones dominantes en Francia “Droit de Visite”, en Brasil “Direito de Visita”, en Italia “Diritto di visita”, por señalar solamente algunos países latinos en los que predomina la expresión dotada de la misma acepción.

consensual, divorcio, nulidad de casamiento) cuando entonces la guarda es encomendada a uno de los cónyuges. Esto acarrea como consecuencia el surgimiento del derecho de comunicarse con el menor y su reglamentación al progenitor que no ejerce la guarda.

Mientras exista una situación normal de convivencia, corresponde a los dos padres el cumplimiento conjunto de los deberes de cuidar a los hijos menores de edad y ejercer el derecho natural de comunicarse con ellos dentro de las más variadas manifestaciones de la vida doméstica.

Pero cuando se produce la ruptura de la unidad marital, las cosas cambian y es preciso acordar o reglamentar la forma como se cumplirán, hacia el futuro, esas obligaciones, y se ejercerán tales derechos.

Porque, en el primer caso, toca de consuno a los padres el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos; en tanto que, en circunstancias de separación, a pesar de que los hijos sean sacados del cuidado personal de uno de ellos, no puede prohibírsele al otro visitarlos con la frecuencia y libertad que convengan sus progenitores, o que el Juez considere conveniente. Debe recordarse que no son solamente los casos de ruptura de la convivencia en los que se presenta el problema del relacionamiento del progenitor que no convive con su hijo. También tenemos que contemplar los casos de quienes nuestro Código de Familia llama "hijos extramatrimoniales" en donde nunca se ha presentado convivencia entre los padres.

Además, este derecho alcanza, en distintas legislaciones a otros sujetos activos y pasivos. Por ejemplo entre los primeros se cuentan los abuelos,¹⁷ hermanos mayores o emancipados, padres de crianza, padres biológicos en casos de adopción, padrinos de bautismo, o el conjunto de todos los parientes que están obligados a prestarse alimentos entre sí. En el otro extremo de la relación, además de los hijos menores, otras legislaciones reconocen este derecho a favor de incapaces o personas mayores gravemente enfermas.

El derecho de visita, pues, está concebido como un medio idóneo para fortalecer el afecto y la relación entre personas a las que unen vínculos de filiación con o sin relación de sangre¹⁸ y hasta llega a hablarse de los padrinos bautismales¹⁹ y corresponsabilidad en cuanto a su bienestar. Se dirige a mantener la unidad familiar en circunstancias de deterioro de las relaciones entre los progenitores, o entre estos y ascendientes o colaterales²⁰ y consiste, como vimos, en la comunicación con las personas visitadas, ya sea a través de entrevistas personales, correspondencia postal, comunicación por cualquier otro medio (teléfono, etc.), o estancias a fin de estrechar las relaciones protegidas.

En nuestro país, específicamente lo acoge el Código de Familia y diversos instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica.²⁰

En vía administrativa el derecho de visita se determina por medio de un convenio de visita que se realiza entre las partes ante

17 En España, por medio de la Ley 42/2003 de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, se procedió a cubrir a estos ascendientes así como a otros parientes o allegados con el manto protector de la ley, en su relación con los menores. Al efecto, la nueva relación de los artículos 160 y 161 ahora los incluye expresamente.

18 En España, por ejemplo, está legalmente regulado a favor de los padres, los parientes, los allegados y el propio hijo. El artículo 160 del Código Civil dice: "el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial. - No podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes o allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias." Incluso tenemos que este derecho se amplió a los hijos incapacitados por medio del artículo 94 que estipula que: "El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía. El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumpliere grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial". (los destacados son nuestros)

19 Fabio de Mattia, reproduce las opiniones de ZANNONI y a Guillermo BORDA quienes lo defienden. En palabras de Eduardo ZANNONI "Se trata de un parentesco espiritual del Derecho Canónico. La visita de los padrinos puede ser autorizada si los representantes legales de los menores o incapaces la impidieren sin razón justificada. Se aplicarán en la hipótesis los principios generales de derecho según los cuales la patria potestad, la tutela y la curatela son instituciones establecidas en beneficio de los incapaces cabiendo a los tribunales corregir los abusos de los representantes legales" (Derecho civil - Derecho de Familia I, Buenos Aires, Astrea, 1978. pág. 108. Cit. por DE MATTIA, Fabio M. *Derecho de Visita*, pág 185.

20 Véase infra notas 22, 23 y 24.

funcionarios del Patronato Nacional de la Infancia. (En adelante PANI) Los padres prefieren llevar su caso en sede administrativa por la simplicidad del procedimiento que se sigue y por la mayor rapidez en su resolución.²¹ Los conflictos que se presentan ante el PANI siguen el siguiente procedimiento.

1. El caso debe presentarse ante la Oficina de Admisión.
2. Una vez que el caso fue aceptado, se abre el expediente correspondiente para celebración de convenio de visitas.
3. Después se gira citación a la persona que tiene al menor con el objeto de solucionar el conflicto por medio de un acuerdo de visitas.
4. Mediante audiencia el día y hora señalados y con la presencia de ambas partes, un profesional expondrá el requerimiento a la persona que tiene al menor, aclarándole el derecho que tiene el gestionante y el menor de relacionarse, además se le brinda la oportunidad de exponer sus objeciones y se les orienta a tranzar en beneficio del menor.
5. De lograrse un acuerdo se levanta una acta notarial, por un profesional en Derecho, estipulado lo acordado por las partes sobre el régimen de visitas.
6. Si las posiciones son irreconciliables se recomienda al gestionante que acuda a la vía judicial.
7. Si el psicólogo observa que existe alguna circunstancia que está perjudicando notablemente el desarrollo del menor, por parte de alguno de los padres, puede realizar de oficio un estudio junto con

un trabajador social, para constatar esta lesión y tratar de encontrar una solución que lo favorezca. De dicho estudio puede que se conceda o se niegue en sede administrativa el derecho de visita, o que se tomen otras medidas necesarias al bienestar del menor.

Como puede percibirse de lo expuesto, el PANI actúa como un mediador entre las partes, buscando resolver la controversia en atención al interés del menor. Lamentablemente carece de respaldo legal para resolver, al menos interlocutoriamente, de manera que las partes se vean compelidas a acatar sus determinaciones, las que tienen un fundamento técnico. Lo correcto sería fortalecer esta instancia administrativa obligando, en primer lugar, a acudir a ella antes de cualquier acción judicial, convirtiéndola en requisito de admisibilidad. En segundo lugar, dotándola de ejecutoriedad mientras no se resuelva en estrados judiciales por el fondo, pues en la práctica estos convenios son frecuentemente incumplidos por alguna de las partes, lo que al final remite el asunto a la vía judicial.

Otra reforma necesaria es el otorgarle una presunción "iuris tantum" al convenio celebrado ante el PANI, para que el juez tome en cuenta que el mismo se suscribió no solo con el consentimiento libre de las partes sino también con el aval de los profesionales del PANI.

III.- Naturaleza y régimen del derecho de visita

Recuerda Geneviève VINEY²² que la idea directriz de la jurisprudencia francesa fue crear un derecho de naturaleza puramente afectiva, con el propósito de permitir a quién visita manifestar su cariño al infante a través de las prerrogativas necesarias para la exteriorización de sus sentimientos.

²¹ Para el desarrollo sobre el trámite en sede administrativa del derecho de visita he utilizado dos fuentes. Por un lado la descripción realizada por María Elieth Pacheco Rojas en su tesis "El Derecho de visita" op. cit. nota 3. También la información suministrada en las oficinas del PANI en Heredia por los funcionarios de la institución.

²² VINEY, Geneviève. *Du Droit de Visite*. In Revue Trimestrielle de Droit Civil. Vol 63, Año 1965 Cit por DE MATTIA, Fabio M. *Direito de Visita*. In Revista de Informação Legislativa. Año 17, N° 68, Senado Federal, Brasília, Octubre-Diciembre 1980, pág 183.

La doctrina le ha reconocido la condición de ser un derecho que deriva del jure sanguinis, o sea una prerrogativa que tiene su origen en un ligamen de filiación directo a partir de la cual ha cambiado su orientación:

“Su silueta primitiva tiende a modificarse para satisfacer imperativos nuevos. Cuando surgió constituía una verdadera prerrogativa de naturaleza puramente civil, destinada a mantener ligámenes afectivos que el derecho no quería desconocer completamente, aunque contradijeran la organización jurídica de la protección de la niñez. Destinado a satisfacer la relación frustrada del visitante, no se inspiraba directamente en el interés del menor.

Al contrario, la evolución de las concepciones y el desarrollo de las medidas protectoras de la infancia llevaron, en seguida, la jurisprudencia a valerse de ese derecho en una óptica muy diferente que lo asimilaba cada vez más nítidamente a una medida de seguridad. El interés del niño asume un lugar más importantes y el aspecto de prerrogativa civil es substituido por la noción de derecho-función y aún por la idea de medida de defensa social.”²³

Las comunicaciones y visitas no pueden ser controladas o interferidas, sino por motivos serios y legítimos, en salvaguarda del interés superior de la persona menor de edad. Las visitas no deben ser perjudiciales para los menores, pero tampoco han de desarrollarse de manera que lesione la dignidad de quien las pide.

“Para que las visitas puedan cumplirse cabalmente su cometido, deben realizarse en el hogar del progenitor en cuyo favor se establecen, si lo tiene honesto, o en el lugar que él indique”. Consecuentemente, esas visitas no deben efectuarse en el domicilio del otro padre, “porque ello supondría someter al que ejerce el derecho de visita a violencias inadmisibles y

quitar a la relación el grado de espontaneidad necesario para que el visitante cultive con eficacia el afecto de sus hijos”.

Es deber de los Jueces de Familia reglamentar el derecho de visita promoviendo el acercamiento entre padre e hijo, “de modo que su relación no sea desnaturalizada”, y evitando que se desdibuje o disminuya la imagen que éste tiene de su progenitor. La reglamentación de las visitas debe hacerse de tal modo que procure el contacto natural de los menores con sus progenitores, con fluidez y espontaneidad.

“Sólo por causas graves que hagan que el contacto con los menores pueda poner en peligro su seguridad o su salud física o moral, pueden los padres ser privados de este derecho”. “Los derechos de los hijos no pueden estar supeditados a los conflictos y problemas suscitados entre sus progenitores, independientemente de quién los haya provocado y de las motivaciones que animen las posiciones personales antagónicas entre ellos”.

El padre que no ejerce la guarda de sus hijos, tiene derecho a vigilar su educación, y siempre está en la posibilidad de solicitar el cambio de tenencia o cuidado de los mismos, siempre en interés del menor.

IV.- El carácter inalienable y mutuo de las relaciones entre padres e hijos y la inclusión de los padres extramatrimoniales

Tanto las Convenciones Internacionales, como la legislación y la jurisprudencia de distintos países le dan a las relaciones entre padres e hijos un carácter inalienable y recíproco, precisamente porque abarcan las manifestaciones de afecto, de trato continuo y comunicación permanente, que “contribuyen a satisfacer en unos y otros naturales y legítimas aspiraciones derivadas de los lazos de sangre”.

²³ VINEY Geneviève. Op. Cit. Pág. 259.

La Convención sobre los Derechos del Niño, promulgada por las Naciones Unidas en el año de 1969, por ejemplo, obliga a los Estados Partes a “velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando... las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos... que tal separación es necesaria en interés superior del niño”, como aquellos casos de maltrato o grave descuido por parte de los padres.

Entendiendo el derecho de visita en los términos anteriores, no resulta posible celebrar dentro del acuerdo de divorcio o separación judicial pacto sobre la desistencia o renuncia, aún y cuando lo sea por un lazo determinado, al derecho de visita de los hijos. Dicha renuncia, a menos que nos encontremos frente a un caso de insensibilidad moral, solamente se produce por medio de la coacción, contra el cónyuge más débil, a quien se amenaza con escándalo, con la pérdida de la pensión alimenticia, o abusando de su ignorancia para obligarlo por otro medio espúreo, a aceptar semejante cláusula.

Nuestra Constitución Política contiene disposiciones claras y taxativas sobre la disciplina del Derecho de Familia, conteniendo, en lo que aquí nos interesa, los artículos 51 a 53 que proporcionan una guía clara con la cual orientar el tratamiento de nuestro instituto. Así, dice la Carta Constitucional que:

“Artículo 51.- La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño el anciano y el enfermo desvalido.

Artículo 52.- El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges.

Artículo 53.- Los padres tiene con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él. Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley”.

Pero los contenidos de estas disposiciones no son estáticos, sino que mediante el examen de la Sala Constitucional ²⁴ adquieren un nuevo alcance. Para el Alto Tribunal se:

“debe partir de que la familia, tal y como lo indica el artículo 51 de la Constitución Política, es la célula-fundamento de la sociedad, merecedora de una debida protección por parte del Estado. Pero la familia debe ser vista de manera amplia y nunca restrictiva, ya que la concepción reciente de la misma incluye, tanto a la familia unida por un vínculo formal -el matrimonio (artículo 52 de la Constitución Política)-, como aquella en la cual la unión se establece por lazos afectivos no formales -uniones de hecho, regulares, estables, singulares, etc-. Ya esta Sala en la sentencia número 346-94 de las 15 horas con 42 minutos del 18 de enero del presente año, estableció, lo siguiente: “... Encontramos en la norma constitucional dos elementos de suma importancia en la comprensión de la intención del legislador al promulgarla, cuales son el “elemento natural” y “fundamento de la sociedad”, como componentes básicos de la formación de la familia. En la primera frase, entendemos que nuestro legislador quiso que en dicho concepto -familia- se observara que su sustento constituye un elemento “natural”, autónomo de los vínculos formales. Por otro lado, y siguiendo esta misma línea de pensamiento, también debemos entender que al decirse que la familia es el “fundamento de la sociedad”

²⁴ Véase Sala Constitucional. Voto N° 1975-94 de las 15.39 del 26 de abril de 1994.

no debemos presuponer la existencia de vínculos jurídicos.” Pero aún sin centrar el análisis en la familia para hacerlo respecto del status del padre, la conclusión es idéntica, porque fluye natural el criterio de que si se adquiere esa condición implica tanto soportar los deberes que el ordenamiento dispone, como los derechos a ella inherentes. En otras palabras, la patria potestad debe entenderse como los poderes-deberes de madre y padre, mediante la cual se ejerce el gobierno sobre los hijos que se desglosa en guarda, crianza y educación del hijo, administración de sus bienes, así como responder civilmente por él -artículo 127 del Código de Familia-, esto último debido a que los hijos menores de edad carecen de conformidad con el derecho, de capacidad de goce y disfrute directos, así como por su inmadurez psicológica y física. Cuando hablamos de hijos extra matrimoniales no necesariamente estaremos en presencia de una familia, aun en sentido sociológico, y más bien pueden darse infinidad de situaciones fácticas que lo impidan. En esta materia, todo derecho comporta un deber, de modo que, por ejemplo, cuando el artículo 53 de la Constitución Política, en su párrafo primero dispone: “Los padres tienen con sus hijos habidos fuera de matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él...” no puede en opinión de esta Sala, entenderse como implícito en ese texto, otro que dice: “Los padres tienen con su hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones -no los mismos derechos- que con los nacidos en él...” Una lectura de este tipo desnaturalizaría el instituto de la patria potestad, estableciendo una escisión apriorística de sus contenidos y un contrasentido jurídico. ¿Cómo tener las mismas obligaciones (o deberes) y no derechos (o potestades), sólo por el hecho de tratarse de un hijo extramatrimonial?. El artículo 130 del Código de Familia, en lo conducente, dice: “La autoridad

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

Esta, que podemos llamar una concepción amplia de los institutos de la familia y de la patria potestad viene a modificar muy positivamente la situación jurídica de los padres extramatrimoniales, fortaleciendo su esfera de potestades e incidiendo en el derecho de visita en el sentido de afirmar el carácter natural del vínculo progenitor-hijo y su protección al amparo del derecho de la constitución, incluso a contrapelo de lo que estipulaba el Código de Familia, el cual, por medio de esta sentencia, fue modificado al declararse la inconstitucionalidad parcial del artículo 142, que establecía la “excepción” del reconocimiento de la patria potestad compartida a los padres extramatrimoniales, siendo que, como dice la misma sentencia “la norma parte de una regulación al revés de lo que naturalmente corresponde, ya que el padre en todo caso debe gozar de los derechos de tal”.

Así las cosas, no puede un progenitor, caprichosa o arbitrariamente, impedir que se lleven a cabo las visitas a sus hijos por parte del otro, pues quien así actúa, según los lineamientos trazados por la Corte Constitucional al respecto, terminaría frustrando en los niños las naturales tendencias de afecto, respeto y consideración hacia ambos padres, en igualdad de condiciones y de posibilidades, sin que quepa establecer diferencias por filiación. “Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación” reza el artículo 54 de la Constitución, mientras que “los poderes-deberes de la patria potestad derivan por la procreación como instituto natural” agrega la Sala Constitucional.

Opina el Tribunal de Familia de San José que debe promoverse “la interacción entre los hijos y el padre o la madre que no ostenta esta guarda crianza y educación que en doctrina se conoce como la custodia de los hijos menores de edad. Esta forma de acercamiento, referida como régimen de visitas, impone tomar en

cuenta una serie de aspectos referentes a las condiciones de edad, niveles de vida, salud y otros que fortalezcan la relación filial”²⁵.

En consecuencia no es aceptable ni moral ni jurídicamente el impedir el relacionamiento entre el progenitor que no tiene la guarda de los menores y sus hijos. El padre o la madre que convive con el menor y así actúa, se hace indigno de mantener la custodia, término con el que nuestros tribunales suelen denominar globalmente la guarda, crianza y educación de los hijos a la que se refiere los artículos 143 y 152 del Código de Familia,²⁶ y se somete a las determinaciones sancionatorias de los jueces de la República.

V.- Fundamento Legal del Derecho de Visita

En nuestro país está regulado ante todo en la Convención sobre Derechos del Niño de 1990 ratificada por nuestro país por medio de la Ley 7739 de 6 de enero de 1998. En su artículo 9 párrafo 3 este instrumento internacional contiene la norma que se refiere al punto que interesa:

“...3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”

Para efectos muy específicos, el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ratificada por nuestro país mediante la Ley

Nº 7746 de 17 de marzo de 1998., define lo siguiente: Artículo 5º- A los efectos del presente Convenio:

- a) el “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;
- b) el “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual. (el destacado es nuestro).

El mismo concepto está recogido en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, ratificada por Costa Rica con la promulgación de la Ley 8032 de 19 de octubre de 2000, que en lo pertinente dice:

“Artículo 3. Para los efectos de esta Convención:

- a) El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia;
- b) El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.” (el destacado es nuestro).

A nivel legal, los artículos 56 y 152 del Código de Familia Ley Nº 5476 de 21 de diciembre de 1973,²⁷ indican la facultad del Tribunal de reglamentar las relaciones personales

²⁵ Así, Tribunal de Familia de San José. N° 92-04 de las 11.00 horas del 28 de enero de 2004.

²⁶ En lo pertinente, dispone el primero de los artículos indicados: “ARTÍCULO 143.- La autoridad paterna confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y en forma moderada, corregir al hijo.”. El artículo 152 se transcribe en la siguiente nota al pie de página.

²⁷ Que, en lo pertinente, literalmente estipulan: “ARTÍCULO 56.- Al declarar el divorcio, el Tribunal, tomando en cuenta el interés de los hijos menores y las aptitudes física y moral de los padres, determinará a cual de los cónyuges confía la guarda, crianza y educación de aquellos. Sin embargo, si ninguno de los progenitores está en capacidad de ejercerlas, los hijos se confiarán a una institución especializada o persona idónea, quienes asumirán las funciones de tutor. El Tribunal adoptará, además, las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos.” y el “ARTÍCULO 152.- En caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial, el Tribunal, tomando en cuenta primordialmente el interés de los hijos menores, dispondrá, en la sentencia, todo lo relativo a la patria potestad, guarda, crianza y educación de ellos, administración de bienes y adoptará las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos y los abuelos de éstos. Queda a salvo lo dispuesto para el divorcio y la separación por mutuo consentimiento. Sin embargo, el Tribunal podrá en estos casos impropiar o modificar el convenio en beneficio de los hijos...” Todos los destaques de las normas legales citadas en el texto principal o en las notas al pie son del autor.

entre padres, hijos y abuelos. Mientras que en los artículos 35 y 131 inciso a) del Código de la Niñez y la Adolescencia,²⁸ Ley N° 7739 de 06 de febrero de 1998 y en el artículo 3 inciso h) de la Ley Contra la Violencia Doméstica²⁹ podemos encontrar otras referencias directas a este instituto.³⁰

VI.- Regulación Judicial del Derecho de Visita

Existe vasta jurisprudencia en la que se establece con mucha claridad que la vía para la interposición de la pretensión de hacer efectivo el derecho de visita es por medio de un incidente. “las peticiones que hagan los padres para poder visitar a los menores, se han solucionado reiteradamente por la vía de los incidentes previstos por el Código de Familia, sin que resulten afectados los aspectos sustanciales de la patria potestad, pues lo que se pretende exclusivamente es bastantear la posibilidad de que el padre pueda visitar a sus hijos”³¹

Incoada la petición, esta se debe resolver, en tesis de principio, bajo los cánones de la justicia rogada, esto es, el juez debe moverse dentro de lo solicitado por las partes. Esta orientación que circunscribe al juez a conocer de la litis dentro de los parámetros fijados por las partes debe atenuarse, llevando en cuenta que por disposición expresa de la ley debe la autoridad velar por el supremo

interés del menor.³² Como consecuencia, excepcionalmente se admite la posibilidad de que la resolución alcance aspectos que sobrepasen lo solicitado por las partes. (sin que por ello el juzgador incurra en el vicio de resolver “ultra petita”).

Para decidir sobre lo que sea más adecuado ZANNONI³³ destaca que la conveniencia debe referirse en primer lugar a la persona visitada, o sea, teniendo en vista que el régimen de visitas atienda en primer lugar el interés de la persona visitada. Pero llevando en cuenta las situaciones particulares que puedan interesar y no apenas la visita, sino también la frecuencia o periodicidad, el lugar, los horarios etc.

Sobre el derecho de visita es importante resaltar la orientación que los tribunales vienen definiendo. En criterio del Tribunal de Familia de San José:

“debe promoverse, según convenga, la interrelación entre los hijos y el padre o la madre que no ostenta esta guarda, crianza y educación que en doctrina se conoce como la custodia de los hijos menores de edad. Esta forma de acercamiento, referida como régimen de visitas, impone tomar en cuenta una serie de aspectos referentes a las condiciones de edad, niveles de vida, salud y otros que fortalezcan la relación filial, siendo

28 Disponen los artículos en cuestión: “ARTÍCULO 35.- Derecho a contacto con el círculo familiar: Las personas menores de edad que no vivan con su familia tienen derecho a tener contacto con su círculo familiar y afectivo, tomando en cuenta su interés personal en esta decisión. Su negativa a recibir una visita deberá ser considerada y obligará a quien tenga su custodia a solicitar, a la oficina local del Patronato Nacional de la Infancia, que investigue la situación. La suspensión de este derecho deberá discutirse en sede judicial. Por su parte consigna el “ARTÍCULO 131. Otros asuntos: Además de lo señalado en el artículo anterior, en todos los casos en que no exista un pronunciamiento judicial sobre estos extremos, se tramitará mediante el proceso especial dispuesto en este apartado, lo siguiente: a) La suspensión del régimen de visitas. (...)”

29 Dice la indicada norma: “Artículo 3º.-Medidas de protección: Cuando se trate de situaciones de violencia doméstica, la autoridad competente podrá acordar cualesquiera de las siguientes medidas de protección (...) h) Suspenderle al presunto agresor el derecho de visitar a sus hijos e hijas, en caso de agresión sexual contra menores de edad.”

30 El desarrollo de las bases legales del derecho de visita en Costa Rica fue extraído de la sentencia del Tribunal de Familia de San José N° 365-04, de las 9.40 horas del tres de marzo de 2004, a la que, básicamente, agregamos las citas legales correspondientes e incorporamos mínimas correcciones. Consideramos apropiado apoyarnos en la jurisprudencia por cuanto son las normas que los Tribunales de Familia acogen y utilizan como fundamento para el reconocimiento del derecho de visita y se trata de un criterio no controvertido. Resulta de perogrullo para los costarricenses, pero vale la pena indicar a los extranjeros que en Costa Rica el artículo 7 de la Constitución Política dispone que: “Los tratados públicos, los convenios internacionales los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes...” de donde deriva una fuerza normativa superior para las disposiciones transcritas que tienen ese carácter.

31 Cfr. Tribunal Superior Primero Civil, N° 916 de las 9.55 horas del 22 de junio de 1983. Recordemos que el mismo Código de Familia estipula que: “ARTÍCULO 9.- Las autorizaciones o aprobaciones de los Tribunales que este Código exige en determinados casos, se extenderán mediante el proceso sumario señalado en el Código Procesal Civil, cuando no está establecido otro procedimiento. (Así reformado por Ley N° 7130 del 16 de agosto de 1989).

32 Véase en el Código de Familia donde se fijan dentro de los principios interpretativos los siguientes: “ARTÍCULO 2.- La unidad de la familia, el interés de los hijos, el de los menores y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, han de ser los principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este Código.”

33 ZANNONI, Eduardo. *Derecho Civil.—Derecho de Familia I*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1978. pág. 109. Cit por DE MATTIA, Fabio M. *Derecho de Visita*. pág. 188.

entonces conveniente que el Juzgador a la hora de establecer el régimen analice cada uno de las circunstancias en beneficio del interés superior que se protege, cual es el de las personas menores de edad”.³⁴

Lo que, en tesis de principio, es armónico con la posición dominante en la doctrina. Respecto de la forma en que debe ser entendido el derecho de visitas, ha opinado el citado Tribunal que:

“no es un derecho irrestricto del progenitor sino más bien debe constituirse en un mecanismo de interacción entre los progenitores y sus hijos. Pero estableciéndose en estricto apego al interés superior del menor; entendido éste como lo que más conviene al niño en el desarrollo de sus derechos”.³⁵

Entre las atribuciones que los jueces ejercen en la materia destaca la facultad de someter a las partes a la supervisión de profesionales durante las etapas iniciales del contacto para evitar lesionar a las partes, particularmente a los menores. Así, se ha establecido por ejemplo que:

“madre e hijo podrán compartir con la supervisión de la Psicóloga de la Oficina Local del Patronato Nacional de la Infancia en Ciudad Quesada, los días viernes de cada semana de las catorce a las dieciséis horas. La coordinación respectiva la realizará el juzgado de primera instancia fin de que se cumpla con lo establecido”.³⁶

También dentro de las potestades de vigilancia de las condiciones en que se concede

el derecho de visita el Tribunal de Familia ha sido particularmente cauteloso en detalles como la oposición a que “una tercera persona sea la que funcione como intermediaria en la interrelación entre padre e hijo” aunque se trata únicamente de recogerlo en la casa del guardador para que lo lleve con el padre, por lo que se ha ordenado “que deberá ser el padre quién recoja y entregue al niño en casa de la madre y bajo horario establecido”.³⁷

Además, las potestades judiciales alcanzan la modificación del lugar que se eligió para el desarrollo de las visitas, pues cuando se ha establecido que el lugar debe ser la casa del progenitor que tiene la guarda, jurisprudencialmente se ha cambiado esta decisión ³⁸ para que se realice en los Juzgados de Familia bajo la supervisión de trabajadores sociales o psicólogos y de acuerdo a la disponibilidad de tiempo de los mismos.³⁹

VII.- La violación del derecho

Este derecho tan elemental y natural, no es siempre respetado por los representantes legales de los menores y existen múltiples formas de obstruirlo, entorpecerlo o más claramente de irrespetarlo, acarreado en todos los casos la violación del derecho del visitador y del visitado.

Es frecuente ver casos en los que un padre o madre altera los horarios, modifica los lugares de entrega, dificulta el contacto imponiendo condiciones gravosas o denigrantes, negándose a entregar la ropa del menor o sus medicinas, prodigando un trato indecoroso, o se hace acompañar de terceros con los que se han

34 Tribunal de Familia de San José. N° 92-04 de las 11.00 horas del 28 de enero de 2004.

35 Tribunal de Familia de San José. N° 240-04 de las 8.00 horas del 19 de febrero de 2004.

36 Tribunal de Familia de San José. N° 92-04 de las 11.00 horas del 28 de enero de 2004.

37 Tribunal de Familia de San José. N° 1303-03 de 11.00 horas del 25 de setiembre de 2003.

38 “resulta poco propicio para una acertada relación que el padre esté en casa de la madre y del niño, por todas las circunstancias que rodean un conflicto familiar como el que nos ocupa...la alternativa correcta es realizar un proceso de empate en la oficina de trabajo social del Juzgado, durante una hora cada quince días por dos meses, es decir que practicará un régimen supervisado, y al cabo de ese tiempo, acorde con los resultados obtenidos, se realizará un régimen los días sábado de las nueve horas de la mañana a las cinco de la tarde, horario en el cual padre e hijo podrán asistir a lugares de sano esparcimiento para personas menores de edad y que propicien un acercamiento de la figura paterna”. Tribunal de Familia de San José. N° 964-03 de las 9.15 horas del 10 de julio de 2003.

39 Además de la sentencia indicada en la nota anterior puede verse en este mismo sentido la sentencia del Tribunal de Familia de San José. N° 591-03 de las 15.10 horas del 5 de mayo de 2003.

establecido nuevas relaciones. Se obstaculiza el contacto inventando enfermedades, labores académicas u obligaciones de trabajo o simplemente se niega a que se practique esa visita por el otro por simple capricho, o hace exigencias impropias, como la de que ellas se efectúen en su casa de habitación, bajo su vigilancia, o con la supervisión de otros parientes o allegados. Inclusive, hay casos en que, por exageradas prevenciones, se pide la intervención de testigos o funcionarios para entregar a los niños al otro padre, y se dejan constancias y registros de tales actos.

Para corregir tan graves abusos en el manejo de las relaciones paterno y materno filiales, algunos ordenamientos jurídicos⁴⁰ como el Francés (artículo 227-5 del Código Penal) o el Belga (artículo 369 bis del Código Penal) han establecido tipos penales para sancionar al progenitor o guardador que incurra en la no presentación del menor a efecto de cumplir el régimen de visitas fijado por los tribunales de justicia.

También está tipificado el no notificar, por parte del guardador de menor, el cambio de domicilio o de residencia al beneficiario de las visitas en Francia. (artículo 227-6 del Código Penal).

Por su parte en el caso de España el nuevo Código Penal de 1995 estipula en el artículo 556 el delito de desobediencia grave a la autoridad, que en lo pertinente dice: "los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año". Esta es

la norma utilizada para respaldar la aplicación de las resoluciones judiciales en esta materia a semejanza de lo que se estilaba en nuestro país.

En otros países la sanción se establece en la forma de advertencia, que puede llevar hasta a retirar la guarda y custodia del menor, pero generalmente está punido como desobediencia.⁴¹

En el caso costarricense es frecuente encontrar en las resoluciones la advertencia hacia las partes de que en caso de no acatar las instrucciones del juez "corre el riesgo de ser procesado por el delito de desobediencia a la autoridad".⁴²

VIII.-Modificación del derecho de visita

Básicamente la modificación del derecho de visita puede darse por dos causas: Tenemos así el caso de condiciones sobrevinientes, que se valorarán para contraer o expandir este derecho, lo que resulta de su naturaleza flexible, elástica y adaptable y que podrá ser variado por un nuevo convenio inter-partes o por una resolución judicial como, por ejemplo, cuando sea necesario por el incumplimiento de deberes para con el menor, derivados de la regulación establecida⁴³ en el mismo régimen de visitas por parte del titular de tal derecho o el advenimiento de nuevas circunstancias, no conocidas e imprevistas en la regulación inicial o el puntual y satisfactorio cumplimiento de las mismas durante lo que puede considerarse períodos de prueba. Podríamos estar frente a modificaciones en cuanto al tiempo de duración de las visitas, sea para ampliarlas o reducirlas o para alterar las circunstancias de modo y lugar en las que los contactos y las comunicaciones pueden producirse.

40 Para proceder a la recapitulación de las sanciones existentes en el derecho extranjero nos apoyamos en el recuento incluido en la obra de RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El Derecho de Visita*. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1997. Págs. 305-318.

41 En suiza se aplica el artículo 292 del código Penal Suizo que sanciona el delito de "insoumission à une décision de l'autorité", con pena de tres meses o hasta 5000 francos suizos. En Alemania se considera una parcela desgajada de la patria potestad por lo que se beneficia del artículo 235 del Código Penal sobre sustracción de menores. El titular del derecho puede invocar esa norma contra cualquiera que impida el ejercicio de un derecho de relaciones personales. En Italia, el artículo 388, párrafo 2° del Código Penal Italiano fija en un plazo de uno a tres años de prisión y en multa de 40.000 hasta 400.000 liras (dato de 1997) a quien eluda o incumpla un mandato de un juez civil sobre la entrega o puesta a disposición para la guarda de menores o incapaces. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Op. Cit. Pág. 307-308.

42 Este delito está establecido en el Código Penal Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970, en el artículo 305 que dice: "Se impondrá prisión de quince días a un año al que desobedeciere la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones; salvo que se trate de la propia detención."

43 A modo de ejemplo, el no devolver el menor cuando ya ha terminado la visita, el haber desatendido notoriamente al niño o el devolver al menor siempre horas más tarde de lo convenido. Tanto la gravedad como la reiteración del incumplimiento de lo fijado harán procedente la modificación. Respecto de estas modificaciones véase la sentencia de la Sala Primera Civil. N° 240 de las 14 horas cinco minutos de 20 de julio de 1979.

IX.- Suspensión del derecho de visita

Los casos en que el derecho de visita puede ser suspendido están vinculados a graves y reiterados incumplimientos de lo pactado o determinado o cuando ese incumplimiento, igualmente serio se dé respecto de otros deberes legales para con el menor⁴⁴. Aún bajo estas circunstancias puede concederse nuevamente por otra resolución judicial, al cesar el motivo de la suspensión. También puede darse el caso de que la suspensión sea dictada en la misma resolución que concede el derecho de visita, demorando su inicio o fijando ciertas condiciones que, en tanto no se den, causarán la suspensión del derecho.

Como este derecho existe a partir de la premisa de que una de las partes es incapaz de autodeterminarse por su minoridad y el conflicto que se produce entre quien tiene al menor bajo su cuidado y quien pretende relacionarse con él, es importante recordar que este derecho fenece con la emancipación del menor⁴⁵ pues al ser este capaz de autodeterminarse corresponderá al ejercicio de su libre albedrío. Además, obviamente, se

plantean otros casos en los que se suspende la relación por impedimento físico,⁴⁶ psíquico⁴⁷ o por la reconciliación entre el encargado de la patria potestad y el beneficiario del derecho de visita o ante la concurrencia de la condición de visitador y de guardador del menor.

Una parte de la doctrina y la jurisprudencia sostiene que el derecho de visita a favor de los padres puede ser suspendido cuando éstos no dan cumplimiento a su obligación alimentaria –salvo que se deba a circunstancias ajenas a su voluntad, como su falta material de recursos unida a la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo–, pues se trata de una obligación primordial sin cuyo cumplimiento no puede pretenderse ejercerlos derechos correlativos ni alegar un cariño cuya existencia no se demuestra con un hecho tan elemental como proveerle el sustento.⁴⁸ En realidad, tendríamos que matizar este enfoque, en el sentido de que, como lo hace nuestra jurisprudencia⁴⁹ pues en los procesos sumarios de régimen de visitas, también llamado proceso sumario de regulación de relaciones paterno-filiales o en los incidentes de modificación de régimen de visitas no cabe discutir los incumplimientos del derecho alimentario.

44 Como cuando por razones físicas o morales se pone en peligro la seguridad, la salud o la moralidad del menor, según se encuentran estipulados estos casos en los incisos 1), 2) 3) y 5) del artículo 159 del Código de Familia. Vid. TREJOS SALAS, Gerardo. Op. Cit. Pág. 317.

45 No nos parece de recibo la tesis de que el "derecho de visita se extingue...por la suspensión definitiva del derecho de visita" tal y como afirma PACHECO ROJAS, María Elieth. *Derecho de Visita*. (pág. 94) Resulta fundamental recordar que en esta materia, como en muchas otras, no existe cosa juzgada material como acertadamente ha establecido nuestra jurisprudencia. En efecto, esta tesis ha sido reafirmada en cuanto al régimen de visitas por ejemplo por el Tribunal Superior Primero Civil No 445 de las 9 horas cuarenta y cinco minutos del 26 de abril de 1991 que dijo: "La circunstancia de que en otro proceso se haya establecido un régimen de visitas no es obstáculo para que se modifique, si las circunstancias lo permiten. Eso es precisamente lo que pretende el actor, puesto que en su demanda solicita que se establezca un nuevo régimen. Lo resuelto en aquel proceso no produce los efectos de la cosa juzgada material, por cuyo motivo debe revocarse lo resuelto, para que el a quo curse la demanda si alguna otra razón de orden legal no lo impide, dando aplicación a los artículos 432 inciso 10) y 433 párrafo 1) y 2) del Código Procesal Civil".

46 Por ejemplo el alejamiento por razones de estudio, atención médica o viaje. En la hipótesis "mortis causa" no se suspende sino que estamos simplemente ante la extinción del derecho.

47 Por ejemplo en la sentencia del Tribunal Superior Primero Civil No. 834 de las 7:40 horas del 15 de junio de 1983 consideró inconvenientes las visitas del padre a una adolescente. Dijo en esa oportunidad el Tribunal: "Si de la declaración de la hija se desprende el abandono en que a ha tenido su padre y además ella se encuentra en la adolescencia, sería emocionalmente peligroso imponerle a estas alturas visitas forzadas de su papá...en consecuencia se confirma la sentencia del a quo en cuanto declara sin lugar el incidente para visitar a la menor". (el destacado es nuestro).

48 Esta corriente es referida por BELLUSCIO, Augusto Cesar. *Manual*, op. cit. en la página 303.

49 Como por ejemplo lo expresado en sentencia por el Tribunal Superior Primero Civil N° 1726 de las 8.50 horas de 26 de agosto de 1987 al afirmar que "Aunque la prueba testimonial es consistente en cuanto a que ha habido desinterés en el actor por el niño, el juzgado ha procedido correctamente al conceder el régimen de visitas, porque si la madre impide que el padre vea a su hijo, el único camino viable para iniciar esas buenas relaciones que deben existir entre uno y otro, es precisamente mediante el establecimiento de este trámite" Con ello se reconoce que lo primordial a evaluar son las circunstancias actuales, la disposición a contribuir al mantenimiento del menor, siempre en la medida de las posibilidades del progenitor y que esta contribución, cuando no se puede dar por circunstancias como el desempleo u otra situación involuntaria, no es óbice para otorgar o mantener el derecho de visita. De hecho, resulta particularmente ejemplificante de esta corriente otra sentencia judicial, esta vez de la Audiencia Provincial de Valencia, España la que ante la situación de desempleo del padre beneficiado con el derecho de visita, que residía en una ciudad distinta a la de los menores, obligó a la madre de estos a llevarlos hasta la residencia del padre cada quince días y cubrir los gastos del desplazamiento. En nuestro país el Tribunal de Familia en su jurisprudencia más reciente considera que no debe discutirse al cuestión de los alimentos cuando el objeto del proceso es el derecho de visita. Concordante con esta orientación ha dicho que "TERCERO: Respecto a los agravios expresados por la recurrente cabe comentar que el relativo a la pensión alimentaria así como el permiso de salida del país no tiene relación alguna con los términos en que se resuelva este asunto, pues si la demandada considera que tales circunstancias descalifican al actor en su rol de padre debe formular el proceso correspondiente a fin de demostrar tales circunstancias, pues no es posible ventilar en un proceso como el que nos ocupa dicho incumplimiento o falta de diligencia." Tribunal de Familia de San José. No. 591-03 de las 15:10 horas del 5 de mayo de 2003. Y más recientemente, de manera tajante a reiterado que "VI.- En cuanto al incumplimiento del derecho alimentario, ello no es objeto de la decisión que se revisa." Tribunal de Familia de San José. No. 365-04, de las 9:40 horas del tres de marzo de 2004, por lo que no cabe decidir un procedimiento de visitas tomando como base alegados incumplimientos de la obligación alimentaria. Ello no implica que deba ignorarse esta cuestión tan importante para la calidad de vida y la existencia misma del menor, sino simplemente reconocer que es en otra vía donde esto debe discutirse.

Cabe también considerar otra cuestión en materia de suspensión del derecho de visita, sobre el cual hemos hecho algunas reflexiones que pensamos deben compartirse para que se discuta abiertamente en círculos legislativos, judiciales y académicos. Me refiero al tema de la violencia doméstica. Uno de los campos en que resulta más importante entender mejor el fenómeno de la violencia doméstica es en relación a los efectos que ésta tiene en los menores que sufren la relación de violencia entre los adultos del hogar.

Sí bien podemos sentirnos a gusto con el trabajo de nuestros tribunales en la protección de los menores sometidos a maltrato físico y abuso sexual, aún debemos avanzar bastante en la protección de menores sometidos al influjo pernicioso de los ciclos de violencia intrafamiliar. Como indica la colega Ivette Ramos, "No podemos exagerar el daño que el ambiente de violencia produce sobre los niños y las niñas en el hogar. Existe una correlación clara entre la violencia doméstica, el maltrato de menores y la delincuencia juvenil".⁵⁰

En atención a la realidad, es preciso aceptar que la violencia no cesa con la separación, la anulación o el divorcio. En muchas ocasiones los problemas empeoran, pues se produce un incremento en la violencia con el correlativo aumento en el peligro. Frente a este eventual cuadro fáctico tenemos que situarnos en algunos casos como elementos a ser valorados de previo a la definición de un régimen de relaciones paterno-filiales. Así, muchas veces los jueces deberán buscar la justa medida entre el derecho de los progenitores y particularmente de los menores, de mantener una relación positiva entre sí y, por otro lado, la necesidad de velar por la protección de las víctimas de agresión

física o psicológica lo que puede implicar la imposición de medidas de protección que aparten las víctimas del victimario.

Con frecuencia las autoridades judiciales han entendido que en los procesos de disputa de la custodia de los hijos o la fijación de un régimen de visitas solo debía ser considerada la violencia física directamente dirigida contra los menores. Con ello se deja de considerar la agresión entre los progenitores.

X.- Conclusiones

Resulta insuficiente la legislación. Tanto en lo que se refiere al contenido del derecho, que es irrenunciable, provisional, restringible o suprimible, como en lo que se refiere a los sujetos pasivos y activos que otras legislaciones ya reconocen para todos los obligados a prestación alimentaria o aún más allá de este ámbito.

El Código de Familia contempla el derecho de visita en dos de sus disposiciones que hacen referencia al derecho de visita de los progenitores y de los abuelos, en situaciones de divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio. Deja por fuera otras personas en razón de parentesco, convivencia anterior con el menor y especial cariño que podrían ser también titulares del derecho, además excluye las paternidades extramatrimoniales o las separaciones de hecho o en uniones de hecho.

Respecto del progenitor el instituto aparece como un derecho-deber. Constituye en primer lugar un desdoblamiento de la patria potestad, por lo que se expresa como una de las formas en que este poder-deber se manifiesta. Pero incluso en casos en que el

50 En respaldo de esta relación, la abogada puertorriqueña indica que en 1988, el Hospital de la Ciudad de Boston determinó que en el 60 % de los casos de maltrato de menores, la madre también era víctima de maltrato en el hogar. Un estudio de 1985 del Departamento de Servicios a la Juventud de Massachusetts encontró que los menores que se crían en hogares donde se practica la violencia doméstica tienen una mayor probabilidad -74% más- de cometer crímenes contra las personas y son 26 veces más propensos a cometer una violación sexual. En Oregon, el 68 % de los jóvenes delincuentes en programas de tratamiento habían presenciado el maltrato recibido por sus respectivas madres o habían sido objeto de maltratos. 63% de los jóvenes varones entre las edades de 11 a 22 años que se encuentran encarcelados por razón de una sentencia de homicidio en los Estados Unidos habían matado al agresor de sus respectivas madres. Vid. RAMOS BUONOMO, Ivette. *La violencia doméstica y las determinaciones judiciales sobre la custodia y el derecho de visitación de menores en Puerto Rico*. In Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, Vol 56, N° 4, oct. Dic. 1995. Pág. 96.

progenitor ha sido privado de la patria potestad, continúa asumiendo estas características, pues así como la obligación alimentaria obliga a colaborar en el mantenimiento del menor, existe la obligación de colaborar en el crecimiento afectivo, la orientación y el soporte emocional del niño.

Los convenios de visita en sede administrativa, ante el Patronato Nacional de la Infancia, deben tener amparo legal para obligar a su cumplimiento, incluyendo multas administrativas, al tiempo que deben ser una obligatoria etapa previa a la activación del aparato jurisdiccional. el PANI actúa como mediador, buscando resolver la petición de relacionamiento en atención al interés del menor. Lamentablemente carece de respaldo legal para resolver, al menos interlocutoriamente, de manera que las partes se vean compelidas a acatar sus determinaciones,

las que tienen un fundamento técnico. Sería conveniente fortalecer la instancia administrativa obligando, en primer lugar, a acudir a ella antes de cualquier acción judicial, convirtiéndola en requisito de admisibilidad. En segundo lugar, dotándola de ejecutoriedad mientras no se resuelva en estrados judiciales por el fondo. Con ello se paliaría la mora de la resolución judicial, pues aún los regímenes provisionales de visita suelen ser apelados y su puesta en práctica dilatada durante muchos meses.

En los casos en que se compruebe que el ejercicio del derecho de visita produce más perjuicios que beneficios, sobre todo en aspectos emocionales o morales, la autoridad judicial en uso de potestad de regulación, está en la obligación de restringirlo o hasta suprimirlo, siempre atendiendo al principio de que el interés del menor debe ser el que prevalezca.

XI.- BIBLIOGRAFÍA

A.- LIBROS Y ARTÍCULOS.

BELLUSCIO, Augusto Cesar. Derecho de Familia. Tomo III., Ed., Depalma, Argentina, 1981.

BELLUSCIO, Augusto Cesar. Manual de Derecho de Familia. Tomo II., 5ª Ed., Depalma, Argentina, 1991.

CAMACHO VARGAS, Eva. Código de Familia. (con Jurisprudencia, concordado y Legislación conexas) Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1999.

DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. Instituições de Direito Civil. Vol V. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1991.

DE MATTIA, Fabio M. Direito de Visita. In Revista de Informação Legislativa. Año 17, N° 68, Senado Federal, Brasília, Octubre-Diciembre 1980.

DE BARROS MONTEIRO, Washington. Curso de Direito Civil. Vol II, Direito de Familia. Editora Saraiva, Sao Paulo, 1989.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Carlos José. El Proyecto de Código de Familia. In Revista de Ciencias Jurídicas N° 16. Costa Rica, Universidad de Costa Rica, Noviembre 1970.

ESPINOZA LOZANO José. Problemas Procesales en Derecho de Familia. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1991. p. 177-187.

PACHECO ROJAS, María Elieth. Derecho de Visita. (Tesis de Grado, Inédita) 1987. 111p.

PÉREZ VARGAS, Víctor. El contenido de la patria potestad. In Revista Judicial No. 30, Poder Judicial, Costa Rica, setiembre 1984.

PÉREZ VARGAS, Víctor. El nuevo derecho de Familia en Costa Rica. Editorial Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 1976.

REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA. Editorial Lex Nova, Valladolid, España. 1999-2003.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. La Guardia y Custodia de los hijos. In Revista Derecho Privado y Constitución. N° 15, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Enero-Diciembre 2001.

RAMOS BUONOMO, Ivette. La violencia doméstica y las determinaciones judiciales sobre la custodia y el derecho de visitación de menores en Puerto Rico. In Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, Vol 56, N° 4, oct. Dic. 1995. págs. 93-108.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. El Derecho de Visita. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1997.

RODRÍGUEZ ZAMORA, José Miguel. La Filiación y el Derecho Comparado. In Revista de Ciencias Jurídicas N° 77. Costa Rica UCR-Colegio de Abogados Enero-Abril 1994.

TORRADO, Helí Abel. El derecho de visitas a los hijos menores. En www.Eltiempo.com (27 de agosto de 2004.)

TREJOS SALAS, Gerardo. Derecho de Familia Costarricense. T, II, Editorial Juricentro, San José, 1999.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. El régimen de visitas entre los abuelos y sus nietos. En <http://noticias.juridicas.com> (10 de noviembre de 2004)

B.- LEGISLACIÓN.

A- Brasil.

Código Civil. (Lei N° 3.071 de 1° de janeiro de 1916)

Con posterioridad a la finalización de este artículo nos enteramos de la promulgación del nuevo Código Civil Brasileiro, Lei N° 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. En lo pertinente, el tratamiento de nuestro tema se incorporó por medio del párrafo final de la nota de pie de página n° 11. Consultado en www.mj.gov.br/sal/default.htm el 29 de abril de 2005.

B- Costa Rica

Constitución Política de la República de Costa Rica de 7 de noviembre de 1949.

Código de Familia, Ley N° 5476 de 21 de diciembre de 1973 y sus reformas.

Código Penal Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 7739 de 06 de febrero de 1998.

Ley Contra la Violencia Doméstica, Ley N° 7586 de 2 de mayo de 1996.

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Ley N° 8032 de 19 de octubre de 2000.

Ratificación de la Convención sobre derechos del Niño. Ley N° 7184 de 9 de agosto de 1990.

Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia. Ley N° 7648 de 20 de diciembre de 1996.

Ley de Adición del Título VII al Código de Familia para regular la Unión de Hecho, Ley N° 7532, de 28 de julio de 1995.

C- Chile

Ley N° 19.711 Regula el Derecho a visita a los hijos sometidos a la tuición de uno de los padres. (Publicada en el Diario Oficial el 18 de enero de 2001)

CH- España

Código Civil. Real Orden de 29 de julio de 1889.

Código Penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Ley 42/2003 de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

C.- RESOLUCIONES

Corte de Casación de las 10 horas del 13 de enero de 1931.

Corte Casación de las 14.30 horas del 17 de enero de 1940.

Sala Primera Civil. N° 240 de las 14:05 horas de 20 de julio de 1979.

Tribunal Superior Primero Civil, N° 445 de las 9:45 horas del 26 de abril de 1991.

Tribunal Superior Primero Civil N° 1726 de las 8.50 horas del 26 de agosto de 1987.

Tribunal Superior Primero Civil, N° 916 de las 9.55 horas del 22 de junio de 1983.

Tribunal Superior Primero Civil, N° 834 de las 7.40 horas del 15 de junio de 1983.

Tribunal Superior Segundo Civil, Sec. Primera N° 290 de las 9:20 del 21 de junio de 1991.

Tribunal Superior Segundo Civil, Sec. Primera N° 274 de las 8 horas del 21 de junio de 1991.

Tribunal Superior Segundo Civil, Sec. Primera N° 42 de las 8.25 horas del 18 de enero de 1989.

Tribunal Superior Segundo Civil, Sec. Primera N° 114 de las 9 horas del 18 de marzo de 1987.

Tribunal Superior Segundo Civil, Sec. Primera N° 296 de las 9.35 horas del 28 de abril de 1983.

Tribunal Superior Segundo Civil, Sec. Primera N° 279 de las 9.25 horas del 22 de abril de 1983.
Sala Constitucional. Voto N° 3277-2000 de las 17.18 horas del 25 de abril de 2000.
Sala Constitucional. Voto N° 1975-94 de las 15.39 del 26 de abril de 1994.
Tribunal de Familia de San José. N° 1035-04 de las 8.40 horas del 24 de junio de 2004.
Tribunal de Familia de San José. N° 365-04, de las 9.40 horas del tres de marzo de 2004.
Tribunal de Familia de San José. N° 240-04 de las 8.00 horas del 19 de febrero de 2004.
Tribunal de Familia de San José. N° 92-04 de las 11.00 horas del 28 de enero de 2004.
Tribunal de Familia de San José. N° 1801-03 de las 9.30 horas del 10 de diciembre de 2003.
Tribunal de Familia de San José. N° 1544-03 de 9.50 horas del 6 de noviembre de 2003.
Tribunal de Familia de San José. N° 1303-03 de 11.00 horas del 25 de setiembre de 2003.
Tribunal de Familia de San José. N° 964-03 de las 9.15 horas del 10 de julio de 2003.
Tribunal de Familia de San José. N° 591-03 de las 15.10 horas del 5 de mayo de 2003.
Tribunal de Familia de San José. N° 427-03 de las 9.20 horas del 26 de marzo de 2003.
Tribunal de Familia de San José. N° 1558-02 de las 10.20 horas del 13 de noviembre de 2002.
Tribunal de Familia de San José. N° 956-97 de las 10.00 horas del 23 de diciembre de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 942-97 de las 11.30 horas del 22 de diciembre de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 872-97 de las 15.00 horas del 27 de noviembre de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 848-97 de las 14.00 horas del 20 de noviembre de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 813-97 de las 14.15 horas del 13 de noviembre de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 716-97 de las 10.30 horas de 1 de octubre de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 526-97 de las 8.00 horas del 10 de julio de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 418-97 de las 10.15 horas del 30 de mayo de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 402-97 de las 8.30 horas del 29 de mayo de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 385-97 de las 8.00 horas del 23 de mayo de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 383-97 de las 9.45 horas del 22 de mayo de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 378-97 de las 8.40 horas del 22 de mayo de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 334-97 de las 9.00 horas del 7 de mayo de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 319-97 de las 9.00 horas del 30 de abril de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 317-97 de las 8.30 del 30 de abril de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 306-97 de las 10.30 horas del 23 de abril de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 304-97 de las 10.00 horas del 23 de abril de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 281-97 de las 15.00 horas del 17 de abril de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 265-97 de las 9.10 horas del ocho de abril de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 203-97 de las 8.45 horas del 4 de marzo de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 196-97 de las 13.00 horas del 28 de febrero de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 185-97 de las 10.30 horas del 27 de febrero de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 162-97 de las 10.45 horas del 20 de febrero de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 160-97 de las 10.15 horas del 20 de febrero de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 145-97 de las 9.20 horas del 12 d febrero de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 138-97 de las 8.00 horas del 11 de febrero de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 19-97 de las 8.30 horas del 8 de enero de 1997.
Tribunal de Familia de San José. N° 18-97 de las ocho horas del 8 de enero de 1997.