

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL N° 89

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. 32834

SUMARIO

Presentación	5
Dr. Víctor Pérez Vargas	
Personalidad jurídica y autonomía en el derecho societario	11
Prof. Dr. Gastón Certad M Catedrático de Derecho Comercial	
El Fraude Inmobiliario y otros Riesgos Transaccionales	25
en el Derecho Costarricense Prof. Lic. Federico Torrealba Navas	
La protección de los derechos sociales, económicos u culturales a través de la jurisdicción internacional y nacional en Centroamérica	49
Prof. Dr. Javier Llobet Rodríguez	
El divorcio en el Derecho de Familia chileno, alemán y costarricense	85
Msc. Carolina Andrea Riveros Ferrada Msc. Yuri López Casal	
La afectación del patrimonio familiar o bien de familia	129
Lic. Carlos Germán Pantoja Murillo	
El crédito documentario en nuestro Código de Comercio	159
Lic. José Rivera Varela	
Indefiniciones conceptuales: Contratos sobre la utilización de aeronaves	169
Licda. Yaruma Vásquez Carrillo	
El contrato de seguro marítimo en el comercio internacional	183
Licda. Juliana Cristina Rincón Blanco	
El seguro aéreo	197
Licda. Ana Catalina Apú	
Introducción a la Lex Mercatoria	213
Lic. Daniel Guillén Jiménez	



PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

En esta ocasión, ofrecemos estudios sobre Derecho Societario, Derecho Registral (fraudes registrales), Derechos Humanos, Derecho de Familia (divorcio y patrimonio familiar), Derecho Bancario (crédito documentario), Derecho Aeronáutico (contratos de utilización de aeronaves), Derecho de Seguros (marítimos y aéreos) y “Lex Mercatoria”.

Es un honor para la revista contar con la participación del Catedrático de Derecho Comercial, **Dr. Gastón Certad Maroto** con “**Personalidad jurídica y autonomía en el derecho societario**”. El profesor Certad explica que la idea de que las sociedades de capital deban ser gobernadas por un buen número de normas imperativas ha sido progresivamente puesta en discusión. Se refiere, entonces, a los verdaderos límites que debe tener la autonomía privada en materia societaria; a su juicio, ésta encontraría un límite en la estructura misma de la personalidad jurídica. Eso significa que la fórmula “estructura de la personalidad jurídica” equivale a la de “organización” de la sociedad. Seguidamente, comenta otras figuras del derecho comercial asociativo contemporáneo, como las sociedades con responsabilidad limitada unipersonales o los denominados “patrimonios separados” (cada uno de los cuales está destinado exclusivamente a un específico negocio) y el convenio con el cual en el contrato de financiación de un determinado negocio el producto del negocio mismo, o parte de él se destina al reembolso total o parcial; estas figuras no están aún contempladas en nuestro cuerpo de leyes mercantil. A su juicio, hoy parece mucho más útil preguntarnos no tanto qué “cosa sea” la

personalidad jurídica (realidad o ficción) o qué “cosa quiera significar” (símbolo completo o incompleto) sino, más pragmáticamente ¿para “qué sirve” la personalidad jurídica? y ¿cuál es su esencia bajo el ámbito funcional más que bajo el ámbito ontológico? Para el Dr. Certad, la personalidad jurídica es una particular técnica que el ordenamiento pone a favor de los sujetos privados, con la finalidad de permitirles la imputación separada de relaciones jurídicas.

“El Fraude Inmobiliario y otros Riesgos Transaccionales en el Derecho Costarricense” se titula el interesante aporte del profesor de Derecho Privado de la Universidad de Costa Rica, Lic. Federico Torrealba Navas, especialista reconocido en materia de responsabilidad civil. Nos explica que tipo de fraude, cuando el tercero no es un cómplice, plantea la confrontación civil entre el “verus domino” y el adquirente “a non domino”. A su juicio, la pregunta crucial es: ¿Cuál derecho real prevalece? El autor nos da cuenta de las posiciones encontradas en la jurisprudencia nacional: la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte que, mediante la aplicación literal del artículo 456 del Código Civil, favorece al adquirente “a non domino”; ésta Sala construye su posición sobre el derecho positivo e invoca la seguridad del tráfico jurídico. Contrariamente, la Sala Tercera de la Corte, mediante la aplicación del artículo 468 del Código Procesal Penal (relativo a los efectos de la declaratoria de falsedad documental) favorece al “verus domino”. El autor aborda, en la primera parte de su estudio, el problema de los efectos civiles del fraude inmobiliario y

lo encuadra en un marco general de riesgos transaccionales en el Derecho positivo. Concluye explicando que nuestro sistema de publicidad nunca ha brindado al “accipiens” una garantía absoluta frente a las vicisitudes jurídicas exógenas o externas al Registro. “Por más agradable y gratificante que pueda resultar la idea de la protección de las transacciones amparadas al Registro, tal concepción es verdaderamente mítica y no corresponde a la realidad de nuestro derecho positivo actual”, asegura. Comenta luego el tema del riesgo transaccional en sus diversas formas y se refiere a las posibles responsabilidades. En la segunda parte analiza cómo debería ser un nuevo sistema costarricense de organización, circulación y protección de derechos reales. En sus conclusiones sostiene que “no puede asignarse al “verus domino” la pérdida derivada del inadecuado funcionamiento del sistema registral y que tales pérdidas deben trasladarse a la colectividad beneficiaria de la publicidad normativa”.

El Catedrático de la Universidad de Costa Rica, **Dr. Javier Llobet Rodríguez**, nos brinda su amplio estudio sobre “**La protección de los derechos sociales, económicos u culturales a través de la jurisdicción internacional y nacional en Centroamérica**”. El Dr. Llobet nos explica que a diferencia de la doctrina tradicional del Derecho de Menores, conocido como “de la situación irregular”, el nuevo paradigma del Derecho de la Niñez y la Adolescencia parte de la consideración del niño y del adolescente como sujetos de derecho y no como un mero objeto de tutela. El autor insiste en el papel primordial que desempeña la familia, citando la opinión de la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos. En cuanto al papel del Estado, considera que es de gran importancia su obligación de

intervención frente a familias disfuncionales; esto, con base en el interés superior del niño; en particular, en casos de abandono, de maltrato doméstico, abuso sexual y cualquier forma de explotación. Se refiere, además, a la importancia de lo que se ha denominado gasto social, que implica el ofrecimiento de bienes y servicios, porque la tendencia actual es la de reconocer la interdependencia que existe entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, de modo que estos últimos tienen relevancia para hacer efectivos los primeros, estando todos relacionados con la garantía del principio de dignidad de la persona humana. Nos recuerda que el reclamo en defensa de los derechos de la niñez y la adolescencia, ya sea catalogándolos como intereses difusos o bien como colectivos, ha sido admitido por la Sala Constitucional costarricense en diversas resoluciones y que el reconocimiento de la Corte Interamericana de la judicabilidad ante ella de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños y adolescentes, como consecuencia de lo establecido en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe llevar también a reconocer dicha judicabilidad en los diversos países latinoamericanos. En sus conclusiones, sostiene que los derechos económicos, sociales y culturales de los niños y adolescentes deben ser reconocidos como verdaderos derechos, de modo que puedan ser reclamados ante la jurisdicción nacional y ante la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En un trabajo conjunto la **Msc. Carolina Andrea Riveros Ferrada**, Abogada chilena residente en Alemania, Magíster Legum (LL. M.) en Derecho Civil de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, candidata a Doctora en Derecho Civil en la Ludwig-Maximilians- Universität

München y el **Msc. Yuri López Casal**, Juez del Tribunal de Juicio de Puntarenas, Magíster Legum (LL M) en Derecho Civil de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, nos ofrecen **“El divorcio en el Derecho de Familia chileno, alemán y costarricense”**, estudio donde describen, desde una perspectiva comparativa, el tratamiento legal, doctrinario y jurisprudencial que presenta el divorcio en el Derecho de Familia en Chile, Alemania y Costa Rica. La Máster Riveros Ferrada ha llevado a cabo, con base en sus estudios de postgrado en Alemania, el desarrollo del divorcio en Chile y en Alemania, en tanto que el Máster López Casal se ha ocupado de la parte relativa al divorcio en Costa Rica. Los autores se refieren a diversos temas, como las doctrinas del divorcio-sanción y del divorcio-remedio, la legitimación, la reconciliación y la caducidad, antes de pasar a los efectos jurídicos de la disolución del vínculo conyugal: gananciales, alimentos, guarda, crianza y educación de los hijos; finalmente, explican los efectos indemnizatorios en nuestro medio, donde por Ley N° 7689 de 21 de agosto de 1997, se adicionó al Código de Familia un artículo, que pasó a ser el número 48 bis, cuyo texto dice así: “De disolverse el vínculo matrimonial con base en alguna de las causales establecidas en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 48 de este Código, el cónyuge inocente podrá pedir, conjuntamente con la acción de separación o de divorcio, daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil”.

“La afectación del patrimonio familiar o bien de familia” se denomina al trabajo del **Lic. Carlos Germán Pantoja Murillo**. Como bien lo explica el autor, el régimen patrimonial que ha imperado en nuestro país para los cónyuges, desde la promulgación del Código Civil, ha garantizado la absoluta libertad de

disposición de los bienes por parte de los esposos, mientras dure el matrimonio. Así, en ausencia de una convención de capitulaciones matrimoniales, cada uno de los cónyuges es libre de disponer de los bienes de los que aparezca como titular. Nos dice que con la promulgación de la ley que estableció la afectación de patrimonio en beneficio de la familia se incorporó una de las instituciones más importantes para la protección de este núcleo vital de la sociedad: el patrimonio familiar, que se nos presenta como un híbrido, en el tanto que recogiendo la doctrina tradicional sobre los bienes la acopla a la separación de una parte del patrimonio, conforme a la teoría germánica, con el ánimo de considerar separadamente éste, el que deja de constituir garantía común de los acreedores, con la salvedad de que opera para el futuro, luego de garantizada su publicidad registral. Nos habla de los antecedentes del llamado bien de familia y su evolución legislativa en Costa Rica y de que se trata de un instituto de carácter eminentemente proteccionista, cuyos rasgos más relevantes son la inembargabilidad. Finalmente, el autor se refiere a los presupuestos para la afectación y la desafectación.

En lugar del concepto tradicional de “carta de crédito”, la doctrina y la jurisprudencia latino-americana han comenzado a utilizar, en los últimos años, conceptos más adecuados tales como “crédito documentario”, “acreditativo” y “crédito documentado, nos dice el **Lic. José Rivera Varela** en su artículo **“El crédito documentario en nuestro Código de Comercio”**. Para el autor, el punto medular en discusión es determinar la naturaleza jurídica de las cartas de crédito; específicamente, si constituyen títulos valores, y por ende si le son aplicables las reglas y principios pertinentes, o no. En su opinión, el crédito documentario

es una operación bancaria crediticia, un sistema de financiamiento, medio de pago y, ciertamente, garantía en los negocios internacionales. El Licenciado Rivera nos habla de un desfase legislativo de muchos años –ya advertido por los Magistrados de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia– que no se da solamente en Costa Rica, sino en toda Latinoamérica. Se impone entonces, que el legislador costarricense se adapte a la corriente de los negocios internacionales y recoja el llamado de los Magistrados de la Sala.

La **Licenciada Yaruma Vásquez Carrillo**, en **“Indefiniciones conceptuales: Contratos sobre la utilización de aeronaves”**, nos explica que algunas contrataciones usuales en el campo aeronáutico, que han demostrado ser de gran utilidad, son el arrendamiento, en sus diversas versiones, el leasing, el fletamento y el intercambio. Para la autora, resulta de gran importancia la unificación de criterios, expresada luego a nivel legislativo, pero creada en el seno del contexto que le dio origen: la praxis aeronáutica, no la teoría legal, a la cual le queda la tarea de adecuar tales nociones prácticas ya redondeadas y coherentes entre sí, y crear un sistema organizado, en la medida de lo posible justo, y procurando garantizar la equidad en las prestaciones de las partes involucradas.

En **“El contrato de seguro marítimo en el comercio internacional”**, la **Licda. Juliana Cristina Rincón Blanco** nos ilustra sobre los orígenes de este tipo de seguro, antecedente de todos los demás seguros. Fue en el seguro marítimo donde se elaboró toda la terminología de seguros que sigue vigente en nuestros días. La autora relaciona el desarrollo de los seguros con el predominio que el Imperio Inglés asumió en el siglo XVII, particularmente en el

comercio marítimo. Se refiere a el Lloyd’s y nos explica que no es una compañía aseguradora, como muchos creen, sino una corporación de empresas aseguradoras; por sí misma, esta organización no asume riesgos; son sus aseguradores los que lo hacen. Seguidamente, analiza temas como los principios del seguro marítimo, los riesgos a los que se refiere, el papel de la máxima buena fe, la póliza y los diferentes tipos de seguro marítimo; sobre cada uno de ellos nos habla acerca del concepto de interés asegurable, el riesgo y su cobertura. Otros temas desarrollados son las cláusulas del Instituto de Londres de vigencia prácticamente universal y los Clubes de Protección e Indemnización (Protection and Indemnity Clubs llamados comúnmente P & I Clubs), que son compañías de seguros integradas por armadores y fletadores que se han unido para asegurarse mutuamente contra una serie de riesgos que no están cubiertos por seguros ordinarios. Para cubrir estos riesgos, surgieron en Inglaterra a finales del siglo XIX como asociaciones mutuas de armadores.

En **“El seguro aéreo”** **Licenciada Ana Catalina Apú** nos recuerda que los seguro aéreos “deben su génesis a los principios del seguro marítimo y hasta su tratamiento es aparejado”; claro que posee características de la teoría general del seguro, pero con un matiz particular el cual le imprime la naturaleza de su actividad; la autora desarrolla la temática de los seguros aéreos, estableciendo lineamientos generales y por último, hace una reseña de su tratamiento en Costa Rica. Dentro de los muchos temas tratados están: el concepto de riesgo aéreo, el de interés asegurable (que en el seguro aéreo son el casco, la responsabilidad civil y el infortunio), el siniestro, la póliza y sus tipos, los efectos jurídicos, principalmente las obligaciones y

las cargas. Nos informa sobre los tipos de coberturas en Costa Rica y las exclusiones. En esta materia –aclara- Costa Rica sigue las reglas de los tratados y convenciones internacionales, los lineamientos de entes como la IATA, la OACI y en el tema de seguros a Lloyd's Aviation Underwriters Association.

Para el **Lic. Daniel Guillén Jiménez**, especialista en Derecho Comercial, la "Lex Mercatoria", tan importante como lo fue en la Edad Media, continúa siéndolo en la actualidad y con mayor intensidad. Así lo sostiene en "**Introducción a la Lex Mercatoria**", donde explica que la llamada Nueva "Lex Mercatoria" está formada, al igual que la vieja "Lex Mercatoria", por usos que constituyen un derecho espontáneo, uniforme, y en cierta manera, universal. Nos da cuenta de su evolución histórica (Grecia, Roma, Edad Media) y muestra que en las últimas décadas se han producido movimientos armonizadores de convenciones internacionales y otros instrumentos que pretenden regular las operaciones de comercio internacional. Sostiene que la nueva "Lex Mercatoria" es producto de una recepción de los valores y conceptos fundamentales del Derecho Romano (buena fe, culpa, diligencia) y de una recepción de la práctica contractual anglosajona (leasing, franchising, factoring, know how, joint venture). Finalmente, se refiere a sus manifestaciones concretas: los usos y costumbres y su codificación (por ejemplo, los INCOTERMS) y al papel de la jurisprudencia arbitral internacional. Concluye afirmando que "se trata entonces de un sistema que va más allá de un simple conjunto de normas, un método que, a través de un análisis comparativo y fáctico, nos arroja soluciones concretas para resolver un problema transnacional".

PERSONALIDAD JURÍDICA Y AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO SOCIETARIO

*Prof. Dr. Gastón Certad M.
Catedrático de Derecho Comercial*

A la memoria de mi adorada madre

SUMARIO: 1.- Autonomía privada y derecho societario. 2.- La personalidad jurídica y la inderogabilidad de la estructura corporativa. 3.- La personalidad jurídica y la desviación del principio de la responsabilidad personal por las obligaciones sociales. 4.- La reforma de nuestro derecho societario con la promulgación del Código de Comercio de 1964 y la responsabilidad por las obligaciones sociales. 5.- Personalidad jurídica y estructura corporativa. 6.- La estructura corporativa y la reforma del derecho societario con el Código de Comercio de 1964 y con la Ley Reguladora del Mercado de Valores de 1990. 7.- Estructura corporativa y autonomía privada. 8.- La elaboración doctrinal sobre el fundamento de la personalidad jurídica. 9.- Conclusiones.

1.- Si en lo que corresponde al derecho privado, las ideologías iusnaturalistas antes y las liberales después reconocieron, como expresión del hombre y de los mercaderes, la posibilidad de autodeterminarse libremente -actuando casi como legisladores autónomos- en materia societaria, el ejercicio de la

autonomía privada, sobretudo en lo tocante a la constitución de las sociedades de mayor relieve económico, ha estado siempre comprimido y encanalado en áreas estrechas y bien definidas.

A condicionar la distinta evolución de esas dos figuras contractuales fue, en realidad, la diferente influencia que el contrato de sociedad tiene sobre las relaciones jurídicas, en atención a la mayor complejidad de los intereses envueltos y a la mayor relevancia fáctica que indudablemente caracteriza la **actividad** respecto al **acto**¹, y por eso ha parecido oportuno, para la seguridad del tráfico comercial, que ciertas actividades empresariales fueran diferentemente autorizadas y/o controladas².

El control en nuestro medio se ha limitado, hasta ahora, a una vigilancia de la actividad; pero en recientes reformas al derecho de las sociedades en Italia, el control se ha extendido a los acuerdos sociales sobre las modalidades de desarrollo de la actividad de empresa:

1 FERRO-LUZZI, Pietro, "I contratti associativi", Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1971, pp. 188 ss.

Nos parece importante resaltar que el concepto de actividad, no obstante indicarnos en forma resumida la expresión de una pluralidad de actos unidos entre sí para el ejercicio de la empresa, a veces asume un relieve autónomo, siendo objeto de una normativa distinta respecto a la específica de los actos que la componen. Véase ASCARELLI, Tullio, "Lezioni di diritto commerciale", Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1955, pp. 145 ss.; AULETTA, Giuseppe Giacomo, "Attività (diritto privato)", voz, en Enciclopedia del Diritto, IV, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1958.

2 Como sucede en nuestro país con las actividades financieras, bancarias y bursátiles.

ejemplos paradigmáticos son el proceso de homologación³ y la adopción de la forma del acto público, que a su vez conlleva el control notarial sobre el acto.

No olvidemos que la estructura de la sociedad está ulteriormente protegida por el principio de tipicidad y por una infinidad de normas imperativas o de orden público que la jurisprudencia y la doctrina han retenido que caracterizan al tipo societario.

Por eso, si en el derecho privado la evolución históricamente recorrida por el concepto de autonomía privada pasó de una concepción expansiva (y liberal), entendida como plena libertad de las partes de autodeterminarse, producto de la legislación napoleónica, a una acepción más condicionada, más atenta, es decir, a las exigencias de solidaridad y tutela de los sujetos contractualmente más débiles, del derecho contemporáneo, en el ámbito más específicamente societario, la autonomía privada ha estado, por el contrario, siempre comprimida y seriamente limitada, característica ésta que se da no sólo en nuestro país sino en el derecho de sociedades de la Europa continental⁴. Tenemos entonces

que la autonomía privada encuentra un límite en las normas imperativas y en las disposiciones contrarias al orden público y a las buenas costumbres, aunque en cuanto a estas últimas debemos reconocer que son de escasa incidencia en el fenómeno societario. Nadie se atreve hoy a discutir que las normas que concurren a delinear los distintos tipos sociales previstos legalmente y su funcionamiento deben considerarse imperativas⁵. Es más, según una opinión bastante difundida, las normas imperativas prevalecen respecto a las dispositivas en atención a que el contrato de sociedad tiene un radio de acción más amplio respecto a cualquier otro contrato, con la consecuencia de que la rigidez del modelo y de la organización debe considerarse justificada por la necesidad de tutelar el interés de los acreedores, de los socios minoritarios, de los terceros y del interés público en general⁶.

Recientemente, después de la afirmación, también en la doctrina italiana⁷, de las teorías norteamericanas que se centran en el análisis económico del derecho, hemos asistido a una mayor atención hacia los problemas ligados a la autonomía privada de los socios.

3 En Italia, la Ley N° 340/2000 delegó las funciones de control sobre el acto constitutivo de las sociedades al notario autorizante de la respectiva escritura, quitándoselas al presidente del tribunal mercantil del domicilio de la sociedad, que antes las tenía.

4 En tesis de principio, se afirmaba la autonomía privada en materia societaria, pero cuando nos encontrábamos ante un caso concreto, ella era generalmente negada por la jurisprudencia.

5 El jurista italiano SPADA, en un artículo publicado hace más de diez años en la Rivista di Diritto Civile, llegó a afirmar que "la sociedad por acciones es hija más de la Autoridad que de la libertad", citado por GIORDANO, Domenico, "Le limitazioni all'autonomia privata nelle società di capitali", Giuffrè Editore, Milano, Italia, 2006, p. 16, n. 23.

6 GAMBINO, Alberto Maria, "Il principio di correttezza nell'assemblea delle società per azioni", Giuffrè Editore, Milano, 1987; GIORDANO, op. cit. en nota 4, p. 16; JAEGER, Pier.Giusto, "L'interesse sociale", Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1964; PREITE, D., "L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari della società per azioni", Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1992.

7 DENOZZA, Francesco, "Norme efficienti", Giuffrè Editore, Milano, 2002; MARCHETTI, C., "La nexus of contract theory", Giuffrè Editore, Milano, Italia, 2000.

Por eso, la idea de que las sociedades de capital deban ser gobernadas por un buen número de normas imperativas ha sido progresivamente puesta en discusión, sobre todo por autores anglosajones, permaneciendo, ello no obstante, siempre abierto el inminente problema del grado de "imperatividad" que el derecho societario deba tener.

2.- Alguien ha observado que *"las normas imperativas son ciertamente normas escritas, pero no siempre es escrita la norma que califica como inderogable, o imperativa, o inválida, esta o aquella norma escrita"* y que *"toda la dificultad está en adivinar la norma (no escrita) calificativa"*⁸.

De lo anterior se colige que, por lo general, la inderogabilidad de una norma se deduce, en vía interpretativa, de los principios generales y a los intereses concretos que se consideran merecedores de tutela jurídica.

El verdadero problema está, entonces, en individuar cuáles son esos principios generales y esos intereses que en distintos modos han influenciado e influyen a la jurisprudencia en materia societaria, y ello en cuanto ellos son los verdaderos límites que la autonomía privada en materia societaria ha siempre encontrado, y siempre encontrará, en su evolución.

A nosotros nos parece que entre estos, un puesto de primer orden corresponde al modo de entender la personalidad jurídica⁹. Y es que personalidad jurídica e interés público constituyen, a no dudarlo, algunos de los principales límites, de orden histórico, político y cultural a la autonomía privada¹⁰.

El modo de comprender esta institución ha condicionado la materia societaria, constituyendo uno de los principales límites a la autonomía privada.

8 SACCO, R., cit. por GIORDANO, op. cit. en nota 4, p. 29.

9 Entre las principales contribuciones doctrinales a este importantísimo tema en Italia nos permitimos señalar, no sin denotar que en estos últimos cincuenta años han sido bien pocos los Autores que se han preocupado por desarrollarlo, a: CAMPOBASSO, M., "L'imputazione di conoscenza nelle società", Giuffrè Editore, Milano, Italia, 2002; D'ALESSANDRO, F., "Persone giuridiche e analisi del linguaggio", en Studi in memoria di Tullio Ascarelli, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1976, pp. 241 ss.; FERRARA Sr., Francesco, "Le persone giuridiche", UTET, Torino, Italia, 1956; GALGANO, Francesco, "Delle persone giuridiche", en Commentario al Codice Civile diretto da Scialoja e Branca, artt. 11-35, Bologna-Roma, Italia, 1969; LIBONATI, Berardino, "Holding e Investment trust", Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1959, pp. 133 ss.; MONTALENTI, Paolo, "Riflessioni in tema di personalità giuridica", en Studi in onore di Pietro Rescigno, II, 1, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1998, p. 559; ROSSI, Giuseppe, "Personalità giuridica, proprietà e rischio d'impresa", Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1967; ZATTI, Paolo, "Persona giuridica e soggettività", CEDAM, Padova, Italia, 1975.

10 La razón de esta mezcla fue bien evidenciada por la doctrina italiana anterior al Codice Civile del '42 de la siguiente manera: "mientras las sociedades en nombre colectivo y en comandita son de formación natural... la sociedad anónima es de formación artificial, en el sentido que su constitución es excitada por el Estado, para proveer, con la unión de muchas energías, al logro de aquellos objetivos comerciales o industriales que las fuerzas aisladas e individuales no podían aisladamente alcanzar". De aquí la conclusión de que: "la génesis de la sociedad anónima debemos más bien encontrarla en el derecho público y no en el derecho privado". Hoy, en los modernos sistemas económicos, nadie duda de que la personalidad que caracteriza a la sociedad anónima pertenece al derecho privado y no al derecho público. Llegados a este punto nos parece importante acotar que en Italia, a diferencia de lo que acontece en nuestro país, las únicas sociedades dotadas de personalidad jurídica como consecuencia de su inscripción en el Registro delle Imprese son la SA y la SRL. Las llamadas sociedades de personas no tienen personalidad jurídica propia, lo que nos parece sustancialmente correcto en cuanto en ellas es muy difícil diferenciar el patrimonio de la sociedad de los patrimonios particulares de los socios que las integran; son más bien patrimonios autónomos.

Así, por ejemplo, la forma en que está redactado el artículo 17¹¹ nos parece indicativa de la necesaria tipicidad de las sociedades mercantiles. La *ratio* del carácter imperativo de ese ordinal la encontramos en la circunstancia de que las personas jurídicas, precisamente en cuanto son una creación del ordenamiento, deben encontrar en él su propio reconocimiento. Por ello no sería posible, para nosotros, crear sujetos jurídicos atípicos, precisamente porque el ordenamiento jurídico reconoce la personalidad a organismos, distintos de las personas físicas, precisamente en cuanto presenten determinados requisitos fácticos. Está prohibido, por ende, a los sujetos de derecho privado sustituirse al Estado en la creación de sujetos de derecho atípicos.

Como se aprecia, y no obstante ser la interpretación de esa norma extremadamente clara en prohibir la constitución de sociedades atípicas –consideradas por el legislador muy probablemente dañinas para el ordenado desarrollo de las actividades comerciales y para la confianza que esas actividades y los sujetos que las ejecutan deben infundir–, se advirtió la necesidad de justificar esa exclusión recurriendo al concepto de personalidad jurídica y a las normas privilegiadas que la regulan. Sin embargo, ante este “principio de tipicidad”, la doctrina es pacífica en reconocer que él no impide la inclusión, dentro del acto constitutivo de una sociedad típica, de cláusulas “atípicas”, conclusión que encuentra una ulterior y directa confirmación para la s. a. en los artículos 18 y 104, normas que prevén que el estatuto contenga las disposiciones relativas al funcionamiento de la sociedad.

Y es que en el momento en que el legislador, en el artículo 19, atribuye a las sociedades mercantiles

personalidad jurídica como efecto de su inscripción en el Registro Nacional de Personas Jurídicas, así como la correlativa y total separación del patrimonio del ente de los de sus socios en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, les impone una estructura típica cuya integridad es preservada, a tutela de los terceros y de la colectividad, mediante la sustracción a los socios del poder de disposición o de disminuirla con actos de autonomía privada.

De lo dicho se desprende que la autonomía privada en materia societaria encontraría un límite en la estructura misma de la personalidad jurídica, lo que significa que la fórmula “estructura de la personalidad jurídica” equivale a la de “organización” de la sociedad.

Los argumentos de la doctrina y de la jurisprudencia sobre la imposibilidad de alterar la estructura organizativa de la sociedad, se han tradicionalmente basado sobre las siguientes y, aparentemente insoslayables, consideraciones:

- a) la personalidad jurídica es la desviación del principio general de la responsabilidad personal por las obligaciones sociales, por lo que la misma organización corporativa es la contrapartida a dicho régimen de favor;
- b) la estructura corporativa es un elemento esencial e inderogable de la personalidad jurídica; y
- c) como es la ley la que crea al ente, sólo la ley puede modificar su estructura.

3.- Por mucho tiempo se creyó que la limitación de la responsabilidad debía considerarse como el *beneficium* concedido por el ordenamiento jurídico a las empresas de mayores dimensiones.

11 Cuando en este ensayo citemos un artículo de ley sin indicar su procedencia se entenderá que se trata del Código de Comercio.

Ante todo nos parece importante relevar que, contrario a lo que normalmente se piensa, entre límite de responsabilidad y personalidad jurídica no se instaura una relación directa en el sentido que la limitación de la responsabilidad no es un elemento que caracterice a la personalidad jurídica sino, por el contrario, es un elemento mediato, instrumental y, por añadidura, también eventual: con la personalidad jurídica se realiza un “principio de separación”¹² ejecutado a través de una “abstracción”, al cual puede acceder o no una limitación de la responsabilidad.

Un ejemplo muy significativo en ese sentido nos viene del derecho romano, cuyo pensamiento jurídico no había alcanzado un refinamiento tal de concebir una idea de grupo distinta de las personas que lo componían¹³.

No es sino recientemente, con la afirmación del sistema capitalista fundado en el trabajo libre, que la separación del patrimonio puede alcanzarse sólo a través de la creación de un sujeto distinto del empresario (real) a quien darle la titularidad del patrimonio mismo. No hay otra vía, entonces, que recurrir a la creación de una sociedad con personalidad jurídica propia.

La personalidad jurídica, entonces, no es otra cosa que una particular técnica jurídica, que produce una especie de desdoblamiento de la personalidad haciendo del conjunto una persona (jurídica) distinta a las personas (físicas y jurídicas) que la componen, con una subjetividad toda suya, un patrimonio propio y

una capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones y de participar en juicios de modo independiente a cada uno de los socios. Así, la técnica del patrimonio separado le es imputada al ente personificado, tercero frente a terceros y a los mismos socios. La personalidad jurídica no es otra cosa, entonces, que una técnica jurídica por medio de la cual se realiza el “principio de separación”, en el que la limitación de la responsabilidad se configura sólo como una de las (distintas) consecuencias de la realización de semejante principio: un reflejo, por ende y además, innecesario y eventual¹⁴.

4.- Con la promulgación del actual Código de Comercio en 1964, la personalidad jurídica y el beneficio de la limitación de la responsabilidad no son incompatibles con el ejercicio unipersonal de la actividad de empresa, siempre que se respeten las formas de publicidad y las garantías impuestas por la ley para tutelar a terceros. Hoy, quien quiere emprender una actividad empresarial, puede escoger cualquiera de las formas previstas en los artículos 17 y siguientes o la de la empresa individual de responsabilidad limitada (arts. 9 a 16) o la de la sociedad anónima unipersonal (art. 202). Otras figuras del derecho comercial asociativo contemporáneo, como las sociedades con responsabilidad limitada unipersonales o los denominados “patrimonios separados”, cada uno de los cuales está destinado exclusivamente a un específico negocio o bien el convenio con el cual en el contrato de financiación de un determinado negocio al reembolso total o

12 BASILE, Massimo-FALZEA, Angelo, “Persona giuridica (diritto privato)”, voce in Enciclopedia del Diritto, XXXIII, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1983, pp 234 ss; SCALFI, G.C., “L’idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato”, Giuffrè Editore, Milano, 1968; ZATTI, op. cit. en nota 9.

13 El derecho romano clásico y el justiniano no conocieron a la persona jurídica; para ellos persona era sólo el hombre libre.

14 GIORDANO, op. cit. en nota 4, p. 41.

parcial del financiamiento se destine el producto del negocio mismo, o parte de él¹⁵, no están aún contempladas en nuestro cuerpo de leyes mercantil, pero creemos que tarde o temprano las deberemos incluir. Todas estas normas introducen una importante derogación al principio general de la responsabilidad genérica por las obligaciones, enunciado en el artículo 886 del Código Civil, de que el patrimonio de la persona es prenda común de sus acreedores.

De lo hasta aquí expuesto podemos enumerar algunas consideraciones importantes:

- a) el empresario individual o colectivo goza hoy —y podría gozar aún más en el futuro— de una amplia escogencia de formas de organización patrimonial de la actividad de empresa;
- b) esa diversificación se efectúa mediante el uso de la persona jurídica, en virtud del “principio de separación” que permite la imputación del patrimonio a un sujeto;
- c) son compatibles con la persona jurídica tanto la limitación de la responsabilidad cuanto la asunción de una responsabilidad ilimitada (sociedad en nombre colectivo) o formas intermedias (sociedad en comandita);
- d) el patrimonio imputado al sujeto puede ser único, pero puede también asumir una estructura separada y diferenciada; técnica esta última que se nos revela particularmente útil para realizar formas

de división de la misma actividad empresarial, creando de tal modo ramas de empresa limitadamente responsables que, sin embargo, forman parte de la misma sociedad.

Tenemos entonces que la personalidad jurídica no es otra cosa que un particular y eficiente instrumento jurídico mediante el cual se ejecuta aquel “principio de separación” al cual imputar determinadas relaciones jurídicas y, entre estas, las patrimoniales.

Hoy, si observamos la sociedad anónima bajo un perfil diacrónico, caemos en cuenta que la responsabilidad limitada, por siglos considerada como una prerrogativa absoluta de la personalidad jurídica, tanto de ser sancionada con la responsabilidad personal en caso de que se la utilizare con fines abusivos, es, en realidad, aquella eficaz técnica jurídica por medio de la cual el legislador, por razones de política legislativa (ligadas obviamente a las distintas necesidades económicas) puede adherir o no una responsabilidad personal limitada o ilimitada (como es hoy para la sociedad anónima unipersonal o para empresa individual de responsabilidad limitada), o escoger formas de responsabilidad “mixtas”, como sucede con la sociedad en comandita, o bien fragmentar ulteriormente el patrimonio único de la persona jurídica mediante la creación de patrimonios separados.

15 Como la incluida por el legislador italiano en el decreto legislativo 6/2003 que adicionó el Codice Civile con el artículo 2447-bis “((Patrimoni destinati ad uno specifico affare).- La società può: a) costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare; b) convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso, o parte di essi.

Salvo quanto disposto in leggi speciali, i patrimoni destinati ai sensi della lettera a) del primo comma non possono essere costituiti per un valore complessivamente superiore al dieci per cento del patrimonio netto della società e non possono comunque essere costituiti per l'esercizio di affari attinenti ad attività riservate in base alle leggi speciali”.

5.- Se dice que otro argumento utilizado por la doctrina y por la jurisprudencia para limitar la autonomía privada en las sociedades de capital es que la personalidad jurídica se caracteriza por la presencia de una estructura corporativa inderogable; y que el denominado “principio de las asambleas” caracteriza el procedimiento deliberativo, en especial, en las sociedades de capital¹⁶, concepto elaborado principalmente por la doctrina mercantil de fines del siglo XIX al través de la denominada “teoría orgánica”, cuyos principales seguidores, de origen alemán, fueron von Gierke y Preuss¹⁷.

Esta posición hizo de la asamblea el elemento unificador de la personalidad jurídica bajo el perfil de la manifestación de la voluntad¹⁸.

Sin embargo, la atención de los Autores fue inicialmente atraída más que por la función unificadora del órgano interno (la asamblea), por la unificación del grupo que se daba por su medio en las relaciones externas¹⁹.

Ahora bien; la constatación más reciente de que el ordenamiento jurídico atribuye una cierta subjetividad a entidades colectivas a las que nos les reconoce expresamente la personalidad jurídicas (las llamadas “sociedades no personificadas”), ha impulsado a la doctrina a buscar los elementos que la caracterizan²⁰, elementos que se han individuado no ya en la unificación subjetiva del grupo (presente en medida variable también en sujetos sin personalidad) sino en su estructura corporativa.

16 Sobre la naturaleza inderogable de la disciplina dictada por el procedimiento de las asambleas en las sociedades de capital, véase COTTINO, Gastone, “Le convenzioni di voto”, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1958, pp. 170 ss.; GRIPPO, G., “L’assemblea nelle società per azioni”, en Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno, vol. XVI, Impresa e lavoro, T. II, UTET, Torino, Italia, 1985, pp. 363 ss.; ROSSI, S., “Il voto extrassembleare nelle società di capitali”, Giuffrè Editore, Milano, Italia, .

17 Según esta teoría de la denominada “escuela orgánica” (Organismuslehre) la persona jurídica no es un ente creado por una fictio legis sino un ente real, producido como tal por la colectividad. Por lo tanto sus órganos no son externos a la colectividad de la que se compone la personalidad jurídica sino que son sus órganos internos y como tales entre ellos no puede existir una relación de representación (que presupondría una separación entre representante y representado), sino una relación de organicidad (Organschaft) que fue llamada de “representación orgánica”.

18 La “organicidad” conlleva a que el acto cumplido por la persona física, en su función de órgano de un ente colectivo, sea imputable directa y unitariamente al ente, tanto bajo el perfil de la “referibilidad” de la voluntad, que bajo el de los efectos. La imputación directa al órgano permite así evitar la escisión, propia de la representación voluntaria, entre el sujeto que externa la voluntad y el sujeto al que se le imputan los efectos. El órgano se convierte, de esa manera, en el instrumento técnico a través del cual es posible efectuar la superación de la duplicidad de imputaciones propia de quien actúa por cuenta ajena.

Sin embargo debemos reconocer que la teoría orgánica ha sido objeto de ásperas críticas por representar el cruce inevitable de las diferentes interpretaciones sobre la persona jurídica, primera entre todas la llamada “teoría de la realidad de la persona jurídica”. Por ejemplo, se ha dicho que la distinción entre órgano y representante es en realidad ficticia pues la persona jurídica se debe realmente valer de individuos que actúen “en nombre y por cuenta” del ente, de donde el problema de la representación orgánica ha envuelto, de esta manera, también la capacidad de actuar del ente. Véase AURICCHIO, A., “Associazioni riconosciute”, voz en Enciclopedia del diritto, III, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1958, p. 894; COVIELLO, Nicola, “Manuale di Diritto Civile Italiano”, I, Napoli, Italia, 1924, pp. 207 ss; FERRARA Sr., op. cit. en nota 9, p. 111, n. 1.

19 Nuestra Sala Primera ha admitido recientemente que nuestro Código de Comercio en materia de sociedades anónimas sigue la teoría orgánica a través del Código de Comercio de Honduras de 1950 y la Ley de sociedades mercantiles de México de 1932.

20 Entre los Autores que se han expresamente dedicado al análisis del concepto de subjetividad jurídica señalamos entre otros a D’ALESSANDRO (op. cit. en nota 9, p. 253) y SCALFI (op. cit. en nota 12).

El corolario que se deriva de semejante afirmación es que la personalidad jurídica puede ser reconocida sólo en aquellas sociedades en las cuales dicha estructura está presente, pero también, para el aspecto que aquí nos interesa, que la estructura corporativa es un elemento esencial e inderogable de la personalidad jurídica misma y, por lo tanto, la autonomía privada no puede modificarlo.

6.- La idea de que la persona jurídica se caracterice (casi bajo un punto de vista “tipológico”) por la presencia de una estructura corporativa contrasta, sin embargo, con el dato normativo en cuanto nuestra legislación civil más reciente, y el propio Código de Comercio vigente, han previsto la subsistencia de organizaciones de tipo corporativo para situaciones jurídicas de co-titularidad sobre derechos reales y para propiedades imperfectas o limitadas (art. 265 CC) que, a pesar de caracterizarse por la presencia de una unificación subjetiva frente a terceros, no han sido reconocidas *expressi verbis* por el legislador como personas jurídicas.

Las normas en materia de condominio²¹, vgr., prevén una estructura organizativa articulada y hacen expresa referencia a la asamblea de

condóminos, contemplando disposiciones bastante detalladas en lo concerniente a la reglamentación de la convocatoria y de la validez de las deliberaciones en esas asambleas.

Por su parte, también la constitución y el funcionamiento de un fideicomiso contempla una estructura organizativa, aunque seguramente menos articulada que la del condominio.

A estas observaciones, un sector doctrinario ha respondido que la personalidad jurídica está reconocida por el ordenamiento sólo a aquellos grupos colectivos cuya estructura corporativa, amén de tener un cierto grado de complejidad, resulte inderogable²². Y es así, sin lugar a dudas, en la sociedad anónima²³.

7.- Otra objeción doctrinaria y jurisprudencial al pleno reconocimiento de la autonomía privada en las sociedades de capital es que la autonomía privada puede crear (en virtud del poder recibido del Estado) –a través de la estipulación del acto constitutivo y el registro del contrato– un ente que, por las características que se derivan de la personalidad jurídica, tiene una capacidad financiera y de inversión superior a la que pueden tener, de acuerdo a la disciplina común, las sociedades de personas; pero la autonomía

21 Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio N° 7933 del 28 de octubre de 1999 y su reforma (Ley n° 8278 del 2 de mayo del 2002) y su Reglamento, decreto N° 32303 MIVAH-MEIC-TUR del 21 de marzo de 2005.

22 GALGANO, Francesco, “Il principio di maggioranza nelle società personali”, CEDAM, Padova, Italia, 1960, p. 232 para quien la diferencia deriva “en vez del mayor o menor grado de complejidad de la organización, de la naturaleza de las normas que la regulan: ellas son normas inderogables por voluntad de las partes en las personas jurídicas, derogables en la comunión. Nos damos cuenta que la organización colegiada de la comunión difiere de la de las personas jurídicas por el hecho de que la primera, al contrario de la segunda, puede ser suprimida por voluntad de las partes”.

23 No así en las s.r.l. ni en las cooperativas (con menos de 20 socios o con un capital inferior a un millón de euros) en donde, a tenor de las últimas reformas de la CCE, se les permite aprobar el balance, distribuir utilidades o excedentes y nombrar a los administradores a través de una consulta escrita a los socios o sobre la base del consentimiento de estos expresado por escrito, sin que sea necesario convocarlos a una asamblea. Sobre la innecesaria celebración de una asamblea de socios para acordar ciertos asuntos, véase CERTAD, Gastón. “La sociedad de responsabilidad limitada”, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, 2005, pp. 206 ss.

privada no puede ulteriormente modificar la estructura preestablecida por el ordenamiento porque con ello sustituiría al Estado, esto es, a aquel sujeto del cual ese poder de constitución (y ese privilegio) emana.

Y es que lo creado o atribuido por la ley al margen de los principios generales del derecho de las obligaciones, de los contratos y de las personas (tales como la total irresponsabilidad de los socios frente a las obligaciones sociales, que deroga el principio de la garantía patrimonial genérica; que las vicisitudes que afectan a los socios no son idóneas para incidir en la sociedad; y que capacidad jurídica y capacidad de actuar -o capacidad de goce y capacidad de ejercicio para usar la nomenclatura francesa- propia de las personas físicas, es decir, de los miembros de la comunidad, se le extienden a una entidad fruto de un proceso abstractivo y de pura creación legislativa) puede ser modificado únicamente por la ley, es decir, que sólo la ley puede autorizar a la autonomía privada a modificar la estructura de la organización creada por ella misma (aunque sea para una utilidad o una ventaja privada).

Nos parece indiscutible la aseveración de que la personalidad jurídica en el ámbito mercantil tiene sus orígenes en el *oktroisystem*. Se observa que personalidad jurídica ha conocido en el tiempo y como consecuencia de los buenos resultados prácticos obtenidos, una progresiva objetivación a tal punto de trasmigrar de la matriz del derecho público, en la que se formó, a la del derecho privado.

Todo lo anterior nos permite reiterar, una vez más, que la personalidad jurídica y su estructura organizativa no se ponen en relación directa con el régimen de responsabilidad.

8.- En sus primeras elaboraciones conceptuales, en los inicios del siglo XIX, la persona jurídica fue considerada como la técnica jurídica mediante la cual la *universitas* adquiría subjetividad y se la consideró *persona* a pesar de no serlo.

Según esa teoría (denominada “de la ficción”) sujeto de derecho sólo puede ser el hombre; sin embargo, el ordenamiento jurídico puede reconocer la subjetividad, parafraseando a Savigny, “a cualquier otro ente, fuera del hombre, y así puede artificialmente formarse una persona jurídica”.

En el plano opuesto se coloca la denominada “teoría de la realidad” o “de la concepción orgánica” según la cual la personalidad jurídica es la constatación de una realidad preformativa ya existente en el plano de la realidad de los efectos. El ente colectivo es un “cuerpo orgánico” compuesto por “unidades sociales vivientes”, esto es, por hombres organizados en colectividades que expresan su voluntad a la que debe reconocérsele validez en relación a la realidad social y no a la ficción jurídica. Las organizaciones colectivas y los cuerpos sociales se forman naturalmente por hombres para conseguir determinados fines tendiendo a reunirse y organizarse espontáneamente.

Tales reuniones humanas no son una ficción ni una creación del ordenamiento sino “realidades vivientes”, al igual que el hombre, que el ordenamiento jurídico reconoce (pero no crea) declarando su subjetividad jurídica²⁴.

La principal objeción hecha a esa teoría por las llamadas “teorías individualistas y normativas” es su contraste con la realidad. El ordenamiento, se afirma, reconoce como sujeto de derecho sólo al hombre, tanto que las mismas colectividades, antes de ser reconocidas no tienen ningún valor y, aunque organizadas, se resumen en la pluralidad de sujetos que las componen. Además, la consideración de que la voluntad es un fenómeno psíquico adscrito al hombre, así como la observación de que precisamente del hombre es el procedimiento racional que lleva a la valoración de los intereses, ha determinado más recientemente una atenta revisión de la teoría orgánica (denominada por sus detractores “teoría del antropomorfismo”, pues en la realidad no pueden existir entidades ontológicamente distintas al hombre pero caracterizadas por las mismas cualidades humanas²⁵).

Las tesis sobre la personalidad jurídica que se subsiguieron en el tiempo son muchas; pero el resultado de tanto esfuerzo interpretativo es que, de acuerdo a Serick, “la naturaleza de la persona jurídica es tan inexplorada como la naturaleza misma del hombre”²⁶.

Ya en la segunda mitad del siglo pasado, la teoría normativa de Hans Kelsen afirmó que, a través de un procedimiento especial, el ordenamiento jurídico crea los sujetos jurídicos y reglamenta su actividad. El sujeto jurídico es un grupo de normas, un ordenamiento jurídico particular. De acuerdo a Kelsen la persona física correspondiente al hombre es la personificación, es decir, la expresión unitaria personificada, de las normas que regulan el comportamiento de un hombre. Según esta teoría, así como la persona física es la reducción a unidad de las normas que la definen (y no el hombre en sí mismo como elemento biológico), del mismo modo la persona jurídica es el resultado de una reducción a unidad de un conjunto de normas que se refieren a un grupo de individuos.

La tesis kelseniana ha sido duramente criticada por D’Alessandro con la “teoría de la doctrina pura”²⁷.

Pero a decir verdad, todas estas dos últimas teorías sobre la persona jurídica, si bien tienen puntos de partida diferentes, llegan a soluciones análogas: en la teoría de la ficción es el ordenamiento que gracias a una *fictio juris* equipara la persona jurídica a la persona física, creando un sujeto inexistente en el plano fisiológico pero fenomenológicamente existente en la realidad jurídica en virtud

24 En nuestro país se han referido a la teoría orgánica en la sociedad anónima CERTAD, Gastón, “El principio de competencia de los órganos sociales en las sociedades de capital. Análisis crítico de una reiterada jurisprudencia de nuestros Tribunales de Alzada”, en Revista IUSTITIA, n° 105, pp. 4 ss.; IDEM, “El órgano representativo de la sociedad anónima (Apuntes sobre la –mal interpretada- representación de sociedades anónimas)” en Revista IUSTITIA, N° 217-218, Año 19, enero-febrero 2005, pp. 20 ss., IDEM, “Más pinceladas en torno a la representación orgánica (legal) y voluntaria en las sociedades anónimas”, en Revista IUSTITIA, n° 232-233, Año 20, abril-mayo 2006, pp. 22 ss.; OREAMUNO, Rodrigo, “Los órganos sociales en las sociedades anónimas” en Revista de Ciencias Jurídicas, N° 9, pp. 117 ss.

25 Véase FERRARA Sr., op. cit. en nota 9.; JAEGER, op. cit. en nota 6, pp. 8 ss y 119;

26 Cit. por GIORDANO, op. cit. en nota 4, p. 68, nota 56

27 Op. cit. en nota 9, pp. 253-256

de dicha ficción; mientras que en la teoría normativa la persona jurídica, igual que la persona física, existe porque existe en el ordenamiento jurídico.

Por tanto, en lo que concierne el perfil de la autonomía privada, el corolario que descende de ambas teorías es el mismo: lo que es creado (o descrito) por el ordenamiento sólo puede ser modificado por el ordenamiento mismo.

La teoría de la realidad, por el contrario, refiriéndose a la comunidad que está a la base de las relaciones jurídicas, se nos presenta como la solución abstractamente más abierta a la autonomía privada. Por eso quienes sostienen que la constitución de la s.a. tiene su fundamento no en la teoría de la ficción sino en la de la realidad, retienen, coherentemente, que la persona jurídica se funda en el contrato de sociedad. Es de los socios y del acuerdo contractual que la persona jurídica trae su autoridad y la legitimación del poder. “La constitución de la sociedad y consecuentemente de la persona jurídica —dice el principal exponente de esta tesis, Visentini— dependen de la voluntad de los sujetos privados, que deciden la inversión (es decir, el aporte en propiedad) mediante el contrato, recibiendo a cambio la propiedad de las acciones representativas de su capital social”²⁸.

Pareciera más coherente aún la aislada posición de Francesco Ferrara Sr. quien, separándose de las teorías de la ficción y de la normativa, trata de conciliar el substrato

prenormativo de la colectividad social con el elemento normativo del reconocimiento formal, que representaría el acto creativo mediante el cual el ordenamiento le da vida a la persona jurídica. Según este autor, en las personas jurídicas estarían presentes contemporáneamente tanto el substrato social cuanto la personalidad; el primero compone el ente, pero la segunda es un producto del ordenamiento jurídico y es una concesión exclusiva del Estado ²⁹.

Y es que la investigación doctrinaria sobre la personalidad jurídica estuvo condicionada por mucho tiempo por la necesidad de explicar, mediante una coherente construcción teórica, cómo se da la imputación de las relaciones jurídicas, así como aclarar la relación existente entre el derecho de propiedad del ente y el derecho de propiedad de cada una de las personas que lo componen.

Sucesivamente se ha aclarado que la propiedad, entendida como propiedad individual, asume una connotación distinta cuando está referida a las personas jurídicas ³⁰, y que a los entes colectivos es imposible transferirles las mismas categorías lógicas utilizadas por la doctrina tradicional para calificar situaciones jurídicas individuales.

Un impulso determinante para una revisión del modo de entender la personalidad jurídica lo dieron los estudios filosóficos sobre el análisis del lenguaje y su extensión a las ciencias jurídicas ³¹. La personalidad jurídica, afirman, es un “símbolo incompleto”, esto es, un símbolo que de por sí no tiene significado,

28 Cit. por GIORDANO, op. cit. en nota 4, p. 73.

29 Op. cit. en nota 9, p. 39

30 ARANGIO RUIZ, G., “Gli enti soggetti dell’ordinamento internazionale”, I, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1951, p. 94; D’ALESSANDRO, op., cit. en nota 9, p. 102.

pero que puede, a través de la definición en uso, formar parte de un contexto significante. Las normas que atribuyen la personalidad jurídica no indican algo específico sino tienen un alcance descriptivo general cuyo elemento unificador esencial le viene de un denominado “principio de alteridad”, esto es, del elemento de la distinción de los sujetos del ente.

Galgano, haciendo suya la conclusión de Scarpelli, según la cual el problema de las personas jurídicas es “el problema de la determinación de las condiciones de uso de la personalidad jurídica”, se detiene preferentemente en el “abuso” de la personalidad jurídica, sugiriendo la no aplicación de la normativa de privilegio y el regreso a las reglas generales en tema de responsabilidad por las obligaciones³².

Pero lo cierto es que la doctrina que se remite al análisis del lenguaje, no obstante haber centrado el aspecto esencial de la personalidad jurídica, se ha limitado a enunciar el denominado “principio de separación” pero sin captar la relación práctica, utilidad que puede ser comprendida sólo relacionando tal función con el negocio jurídico³³.

Afirmar que la personalidad jurídica es un expediente lógico no lleva *di per se* a ningún resultado, salvo si se pone en relación ese expediente con el ámbito del negocio, a fin de que las cosas asuman un significado más concreto.

Para delinear la principal característica del negocio jurídico en relación con el ordenamiento, se suele afirmar que el negocio jurídico es aquella declaración de voluntad con la cual se enuncian los intentos que se pretenden perseguir y respecto a la cual nuestro ordenamiento –si la finalidad del acto es merecedora de tutela y si responde a los requisitos fijados por la ley para cada figura– contempla efectos jurídicos conformes al resultado querido³⁴.

Según Giordano, esto sucede también con la constitución de la personalidad jurídica en donde los contratantes piden, del mismo modo en que lo piden en cualquier contrato, que le sean atribuidos a su declaración de voluntad aquellos efectos de separación, bajo el ámbito de la imputación de los actos jurídicos. El ordenamiento, una vez considerado eso como merecedor de tutela, les ofrece protección jurídica y (de la misma manera que en cualquier otro contrato) les suministra una disciplina de *default*, disciplina que se compone de dos diferentes aspectos que actúan sobre planos distintos: uno relativo a la organización y el otro relativo al régimen de la responsabilidad. La estructura organizativa pertenece a los sujetos privados y, por ende, al campo de la autonomía privada (los socios pueden ulteriormente plasmar la disciplina del *default* para adaptarla a sus necesidades).

Esto es acorde con la misma función de la personalidad jurídica, eficaz instrumento

31 D’ALESSANDRO, op. cit. en nota 9, p. 256; SCARPELLI, U., “Contributo alla semantica del linguaggio normativo”, UTET, Torino, Italia, 1955; ZATTI, op. cit. en nota 9

32 Op. cit. en nota 9; IDEM, “La società per azioni”, en Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia, vol. VII, CEDAM, Padova, 1998, p. 108.

33 GIORDANO, op. cit. en nota 4, pp. 84 ss.

34 CARIOTA FERRARA, Luigi, “El negocio jurídico”, Aguilar, S. A. de Ediciones, Madrid, España, 1956, pp. 43 ss.

técnico de imputación, fruto de un proceso de abstracción y evolutivo del pensamiento jurídico, puesto al servicio de la empresa ³⁵.

El régimen de la responsabilidad, por el contrario, se coloca fuera de la autonomía privada, incidiendo sobre el ámbito no “negocial” de la *fattispecie*; los sujetos privados no tienen el poder de incidir sobre la configuración del régimen de responsabilidad, aspecto normativamente sustraído de su esfera de influencia.

Haciendo eco de las palabras de d’Alessandro, “está bien que a las partes se les permita perseguir contractualmente sus recíprocas conveniencias, porque de estas nadie puede pretender ser mejor juez que los directamente interesados. Esta libertad tiene, sin embargo, un límite cuando la actividad de las partes genere efectos externos a su relación, o sea, cuando la conveniencia de los contratantes se obtenga afectando a otros sujetos”³⁶.

9.- De lo que hasta aquí hemos visto se barrunta que las construcciones dogmáticas que desde los albores del siglo XIX se han ocupado de la persona jurídica se han preocupado, sobretodo, de aclarar la “naturaleza” de la personalidad jurídica, cuestión seguramente importante en una época en que se afirmaban, a la par de las dos formas originarias del individuo y del Estado, otras formaciones intermedias. Sin embargo, esa problemática ha seguramente perdido, con el pasar de los años, y más especialmente, hoy, una gran parte de su significado.

Hoy nos parece mucha más útil preguntarnos no tanto qué “cosa sea” la personalidad jurídica (realidad o ficción) o qué “cosa quiera significar” (símbolo completo o incompleto) sino, más pragmáticamente, a “qué sirve” la personalidad jurídica; cuál es su esencia bajo el ámbito funcional más que bajo el ámbito ontológico, lo que ciertamente nos lleva a entender la personalidad jurídica en un aspecto tal vez más minimista pero ciertamente más de consumo a la función a la que las necesidades de la empresa la reclaman.

No tenemos la más pequeña duda que la influencia de la corriente filosófico analítica en esta problemática nos ha suministrado al respecto nuevos *inputs* para la comprensión de la personalidad jurídica. Se ha comprendido así que la persona jurídica es sólo un instrumento del lenguaje jurídico útil para resumir una compleja disciplina de relaciones entre personas físicas.

Así, podemos afirmar que la personalidad jurídica es la adopción, por parte del ordenamiento, de un instrumento técnico de traducción jurídica de un elemento lógico-lingüístico, privado de consistencia prenormativa, que le permite sin embargo a nuestra racionalidad imputarle situaciones subjetivas a algo que, abstrayéndose, asume una propia concreción.

En palabras más sencillas, la personalidad jurídica es una particular técnica jurídica que el ordenamiento pone a favor de los sujetos privados sólo con la finalidad de permitirles la imputación separada de relaciones jurídicas.

³⁵ GIORDANO, op. ult. cit.

³⁶ Cit. por GIORDANO, op. cit. en nota 4, p. 87.

En nuestra opinión debe efectuarse, con respecto a la personalidad jurídica y a la correlativa estructura organizativa del ente, aquella indispensable investigación tendiente a encontrar un punto de equilibrio entre imperatividad y tipicidad.

Por lo tanto, si es seguramente cierto que detrás del contrato de sociedad (y yo añadiría, detrás de la personalidad jurídica) hay muchas cosas entre las cuales está esencialmente la autonomía patrimonial (o sea, la posibilidad de sustraer ciertos bienes, aportados a la sociedad, de la garantía de los propios acreedores personales de los socios y, simétricamente, de sustraer los propios bienes personales de la garantía de los acreedores generados por el ejercicio de la actividad en común —responsabilidad limitada—, debemos reconocer que el balance entre el relieve real del contrato social (y de la personalidad jurídica) y el grado de imperatividad está distinguiendo el aspecto del negocio de la personalidad jurídica del que pertenece a la *fattispecie*. El aspecto del negocio puede plasmarse con fundamento en las necesidades de los socios (por ejemplo, la estructura organizativa); por el contrario, el aspecto allende el negocio (el régimen de la responsabilidad y los efectos externos idóneos a afectar nocivamente a

terceros) están sustraídos de la autonomía privada y del poder dispositivo de los socios.

Lo que aquí hemos dicho permite discernir la esencia propia del instituto de las modalidades al través de las cuales él puede articularse, evitando de tal manera confundir, como lo ha hecho hasta hoy la doctrina y la jurisprudencia, el plano de la responsabilidad limitada con el de la personalidad, y aclarando además que aquel *beneficium*, al que frecuentemente se hace referencia, es sólo un elemento de un lejano pasado.

La autorización que el ordenamiento jurídico confiere está por lo tanto limitada al solo reconocimiento de la subjetividad y no se extiende a las modalidades organizativas de ésta que quedan comprendidas, salvo disposición con contrario, en la esfera propia de la autonomía privada.

Concluimos diciendo que es forzoso reconocer que las últimas teorías sobre la personalidad jurídica han contribuido a aclarar su aspecto principal y, en líneas más generales, el de la subjetividad. Su mérito está en haber depurado el concepto de personalidad jurídica de la idea de concesión y de creación estatal para reconducirlo al terreno del pensamiento humano³⁷.

37 Idea ésta que no es nueva pues fue utilizada por los comentaristas de la Edad Media.

EL FRAUDE INMOBILIARIO Y OTROS RIESGOS TRANSACCIONALES EN EL DERECHO COSTARRICENSE

Federico Torrealba Navas
Profesor en la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Sumario: PLANTEAMIENTO: 1. Premisa. 2. El fraude inmobiliario registral y sus modalidades. 3. Las soluciones encontradas de las Salas civil y penal de la Corte Suprema de Justicia. PRIMERA PARTE: Soluciones a la luz del Derecho positivo vigente. 1. El problema general de la adquisición a non domino: a) Principio general: el nemo plus juris; b). Excepciones al nemo plus juris: La adquisición a non domino. 2. El mito de la seguridad de las transacciones amparadas a la seguridad registral. 3. Fuentes de riesgo transaccional: a) Riesgo de usucapión; b) Riesgo de insuficiencia de medida y otras inexactitudes del título y del plano; c) Riesgo de duplicación y traslape de títulos; d) Riesgo de demanialidad; e) Riesgo de propiedad agraria adversa; f) Riesgo de limitaciones urbanísticas y ecológicas extrarregistrales; g) Riesgo de obligaciones reales por accesión común; h) Riesgo de accesión invertida; i) Riesgo de donación recalificada; j) Riesgo de acciones paulianas; k) Riesgo de obligaciones reales por mejoras y retención posesoria; l) Riesgo de arrendamientos; m))Riesgo de falsedad en los antecedentes de dominio. 4. ¿Por qué debe protegerse al verus domino en la hipótesis de falsedad? A) Plano axiológico; b) Plano exegético. 5. La responsabilidad estatal por el fraude inmobiliario. SEGUNDA PARTE: Soluciones programáticas: 1. Dos modelos contrapuestos: el sistema Torrens y el sistema de seguro de títulos. 2. Atributos

que caracterizan al sistema costarricense actual. 3. Costos transaccionales actuales. 4. Características de un sistema económicamente eficiente. 5. Agenda futura del sistema costarricense.

1. Premisa

El Derecho Privado costarricense es heredero de la tradición civilista romano-francesa. Durante casi dos siglos de vida republicana, nuestro ordenamiento se ha nutrido de modelos legislativos e instituciones provenientes de sistemas jurídicos afines a dicha tradición. Sin embargo, la progresiva importación de figuras fragmentarias no necesariamente compatibles entre sí ha generado **falta de coherencia sistemática**. La tendencia a la asistematicidad del Derecho costarricense tiende a agravarse por dos aspectos institucionales: El carácter difuso de la justicia civil —que es impartida, no siempre con criterios uniformes, por jueces civiles, jueces penales y árbitros—; y la inexistencia de una instancia unificadora de jurisprudencia a lo interno de la Corte Suprema de Justicia.

Dichos atributos del ordenamiento costarricense se han hecho patentes en el tratamiento jurisprudencial de uno de los problemas sustantivos más complejos de nuestra realidad jurídica —que a la fecha mantiene en pugna a dos Salas de la Corte

Suprema de Justicia—: la cuestión de **los efectos civiles del fraude inmobiliario**.

2. El fraude inmobiliario registral y sus modalidades

El fraude inmobiliario registral plantea una versión del conflicto *verus domino-adquirente a non domino*. El esquema del fraude usualmente es el siguiente: Se presenta al Registro Público un documento **falso** que consigna el consentimiento del *verus domino* en un acto traslativo de dominio o en una hipoteca a favor de un estafador o de su testaferro. En otros casos, se modifica fraudulentamente la junta directiva de una sociedad o se inscribe un falso poder. A partir de la inscripción de un primer documento apócrifo, se crea una falsa apariencia, una falsa publicidad registral: El estafador o su testaferro (el *non domino*) figuran bien como aparentes propietarios del derecho real adquirido mediante falsedad, o bien como los representantes legítimos del *verus domino*. Acto seguido, el *non domino* contrata con un tercero de buena fe (el *adquirente a non domino*) la venta o la constitución de un préstamo hipotecario sobre bien, y se embolsa ilegítimamente el precio o el importe del préstamo. En tales casos —cuando

el tercero no es un cómplice—, se plantea la confrontación civil entre el *verus domino* y el adquirente a *non domino*. La pregunta crucial es: ¿Cuál derecho real prevalece?

3. Las posiciones encontradas de las Salas Civil y Penal de la Corte Suprema de Justicia

La jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte, mediante la aplicación literal del artículo 456 del Código Civil, favorece al adquirente a *non domino*. La Sala Primera de la Corte construye su posición sobre el derecho positivo (art. 456 y demás normas de la publicidad registral) e invoca la seguridad del tráfico jurídico¹. Ha afirmado la Sala civil:

“Es así como la entidad actora, ante el daño sufrido, pretende no sólo el resarcimiento sino también la recuperación de ambos inmuebles. Los último, sin embargo, por razones obvias basadas en la fe pública registral, a favor de terceros, no es posible. Estas adquirieron de buena fe, al amparo del Registro. Es por ello que el Tribunal Superior, con tino, fundamenta el pago relativo al valor de las fincas, en el artículo 325 del Código Civil. La imposibilidad de recuperación impone el resarcimiento del menoscabo irrogado”².

-
- 1 En la sentencia número 680-F-02 de las 17:10 del 4 de setiembre de 2002, la Sala Primera declara su discordia con la posición expuesta por la Sala Tercera en la sentencia 346-98 y reitera el criterio pro adquirente a *non domino* establecido en las sentencias números 82 de las 14:30 hrs. del 22 de mayo de 1992, 56 de las 13:50 hrs. del 4 de agosto de 1994, 45 de las 10:05 hrs. del 22 de mayo de 1996, 53 de las 14:30 hrs. del 2 de julio de 1997, 417 de las 15:10 hrs. del 2 de junio, 530 de las 15:30 hrs. de 19 de julio, ambas de 2000, 162 de las 8:15 hrs. del 16 de febrero, 352 de las 10:20 hrs. del 18 de mayo, ambas de 2001. Sin embargo, en otro caso en que se planteó un conflicto de derechos entre el propietario despojado mediante fraude y un acreedor hipotecario subsecuente, adjudicatario en remate, la Sección Primera del Tribunal Superior Segundo Civil aprobó la restitución del bien al *verus domino*, sobre la base de la existencia de indicios de colusión entre el defraudador y el tradens (el acreedor hipotecario). El alivio de la carga probatoria refleja la voluntad de facilitarle al propietario la recuperación del inmueble removido fraudulentamente de su esfera patrimonial. V. Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, 9:25 horas del 7 de abril de 1993.
- 2 Sala Primera de la Corte, número 54-97 de las 14:30 horas del 2 de julio de 1997.

La jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte, mediante la aplicación del artículo 468 del Código Procesal Penal (relativo a los efectos de la declaratoria de falsedad documental) favorece al *verus domino*. En una sentencia emblemática, número 346 del 3 de abril de 1998, la Sala penal de la Corte sostuvo:

“...la víctima de un despojo de sus bienes, hecho al amparo de documentos falsos que logran ser inscritos en el Registro Público, tiene derecho a recuperar el bien que le ha sido, de esta manera, sustraído en forma fraudulenta, aun cuando haya terceros adquirentes de buena fe, que a su vez confiaron en la publicidad registral”.

Ante la ausencia de una instancia de unificación de jurisprudencia, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia fue llamada a resolver el diferendo a través de la interposición de sendas acciones de inconstitucionalidad de jurisprudencia. Sin embargo, el desacuerdo jurisprudencial subsiste³.

Plan: En la primera parte de este trabajo abordaremos el problema de los efectos civiles del fraude inmobiliario y lo encuadraremos en un marco general de riesgos transaccionales en el Derecho positivo. En la segunda, se harán propuestas programáticas.

PRIMERA PARTE: SOLUCIONES A LA LUZ DEL DERECHO POSITIVO VIGENTE

1. El problema general de la adquisición a *non domino*.

Todo ordenamiento tiene que resolver el complejo problema axiológico que plantea el conflicto *verus domino vs. adquirente a non domino*. Dicho conflicto surge cuando un sujeto (el adquirente a *non domino*) concierne con un *aparente* propietario (el *non domino*) la adquisición o la imposición de un gravamen real de una cosa que en realidad pertenece a otro sujeto (el *verus domino* o verdadero propietario). Ambos sujetos, el *verus domino* y el adquirente a *non domino* reclaman derechos excluyentes sobre la misma cosa. Frente a un supuesto de hecho como este, se pregunta: ¿Debe el Derecho invalidar el contrato concertado entre el *non domino* y el adquirente a *non domino* y restituir la cosa al *verus domino*? O, por el contrario, ¿debe el Derecho respaldar la confianza del adquirente a *non domino* depositada en la situación de *apariencia* de titularidad y consolidar el derecho recibido del *non domino*?

Se enfrentan, aquí, los más portentosos gladiadores de la ética jurídica: La **Justicia** *versus* la **Seguridad**. El *verus domino* exige la

3 V. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 9720 de las 8:30 horas del 1 de septiembre de 2004.

restitución de lo suyo, en apelación al principio ulpiano de justicia restitutoria (suum cuique tribuere): El Derecho debe dar a cada quien lo que le pertenece. El adquirente a non domino invoca el principio de seguridad jurídica de las transacciones. Se trata de un conflicto axiológico eterno, que no admite soluciones apriorísticas⁴.

La **eficiencia económica** tercia en dicho choque de valores y propone una solución pragmática⁵:

1. Si el costo en que debe incurrir el *verus domino* para evitar o para protegerse contra la falsa apariencia de titularidad del *non domino* **es menor** al costo en que ha de incurrir el adquirente a *non domino* para descubrir la falsa apariencia, el bien debe serle adjudicado al *adquirente a non domino* (y, por consiguiente, el contrato queda incólume). De este modo, el riesgo de pérdida lo asume el *dominus*, lo cual crea un incentivo a la eliminación de la falsa apariencia de titularidad del *non domino*.

2. Si el costo en que debe incurrir el *verus domino* para evitar o para protegerse contra la falsa apariencia de titularidad del *non domino* **es mayor** al costo en que ha de incurrir el adquirente a *non domino* para descubrir la falsa apariencia, el bien debe serle adjudicado al *verus domino* (y, por consiguiente, el contrato queda invalidado). De este modo, el riesgo de evicción lo asume el potencial *accipiens*, lo cual crea un incentivo a la investigación y aseguramiento de la realidad de la titularidad que ostenta el potencial *tradens*.

Las soluciones brindadas por los diversos sistemas al conflicto *verus domino*-adquirente a *non domino* suelen variar. El Derecho romano se inclinaba a favor del *verus domino*, a quien se concedía el derecho de reivindicar lo propio: *Ubi rem meam inuenio, ibi vindico*⁶. Dicho principio se acuñó bajo el brocardo *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet* (no es posible transferir más o mejor derecho que el que se tiene)⁷. El Derecho estadounidense, igualmente, tiende

4 Se ha dicho, con acierto: "...es un problema que durará eternamente el de decidir a cuál de los dos se debe dar la preferencia, si a aquel primer propietario (A) o el tercero (C) de buena fe. Cada uno de ellos encuentra un eco de defensa en nuestra conciencia. Y, bien mirado, no se trata solamente de decidir en pro o en contra de uno de los dos antagonistas casuales, como tales individuos. Más bien, cada uno tiene detrás de sí intereses mucho más poderosos: el propietario anterior, todo el ordenamiento jurídico de la propiedad, en el cual, si le privamos de su dominio no más que porque hay un tercero de "buena fe", abrimos una brecha profunda. Pero el tercero tiene a su favor todo el mundo vital del tráfico jurídico, que no puede permitir disputas nacidas de una relación de propiedad oculta y que sale a luz a trasmano, sino que, por el contrario, exige que se pueda confiar en la honrada apariencia de B, en su aspecto exterior de propietario. Se ve, pues, que contienen aquí dos valores culturales poderosos." HEDEMANN, Justus Wilhem: *Tratado de Derecho Civil. Vol. II. , Derechos Reales*. Traducción por José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 182.

5 V. COOTER, Robert, MATTEI, Ugo, MONATERI, Pier Giuseppe, PARDOLESSI, Roberto y ULEN, Thomas: *Il mercato delle regole. Analisi Economica del Diritto civile*. Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 157-159: "Al fine di creare efficienti incentivi, la responsabilità dovrebbe cadere in capo alla parte che può verificare la titolarità al minor costo." En el mismo sentido, ver: POSNER, Richard: *Economic Analysis of Law*. Aspen Law & Business. Fifth Edition, New York, 1998.

6 HEDEMANN, op. cit. P. 182.

7 MENGONI, Luigi: *Gli acquisti "a non domino"*. Giuffrè, 1968, p. 33 y ss.

a proteger al *verus domino*⁸, lo cual incentiva a los potenciales adquirentes a protegerse mediante una debida investigación del título del oferente (*due diligence*) y la toma de seguros de título (*title insurance*)⁹. El Derecho civilista tiende a reconocer validez de principio del *nemo plus juris*, pero reconoce importantes territorios de excepción, bajo la teoría de la apariencia¹⁰.

a) Principio general: El *nemo plus juris*.

Para que una enajenación sea válida, el tradens debe ostentar legitimación respecto de la cosa. Dicha legitimación proviene de la propiedad sobre el bien, la titularidad sobre el derecho o la debida representación. En otras palabras, el tradens debe ser: el dueño de la cosa corporal, el titular del derecho o su legítimo representante. El principio de legitimación, de abolengo romano, se acuña en los brocardos *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habeat* (nadie puede transmitir a otro mejor derecho que el que personalmente tiene) y *nemo dat quod non habet* (nada da quien nada tiene).

Nuestro ordenamiento tiene posiciones divergentes en materia de venta de cosa ajena, según que se trate de una compraventa

civil o una compraventa mercantil. La venta civil de cosa ajena es absolutamente nula. Sin embargo, dicha nulidad se subsana si el verdadero propietario ratifica la enajenación o si el vendedor llega a ser ulteriormente propietario de la cosa vendida¹¹ (artículos 1061 y 1063 del Código Civil). En otras palabras, la falta de legitimación originaria se corrige mediante la adquisición subsecuente del bien. La ley admite una alteración del orden natural de las cosas. Normalmente primero se compra y luego se vende. En el caso previsto por los artículos 1061 y 1063 primero se vende y luego se compra.

La compraventa mercantil de cosa ajena es válida si el comprador ignora dicha tal circunstancia. La promesa de venta mercantil de cosa ajena es válida y el promitente queda obligado a adquirirla y entregarla al comprador. En ambos casos el incumplimiento de las obligaciones de dar y de entregar la cosa se traduce en el pago de daños y perjuicios (artículo 440 del Código de Comercio). Dicho incumplimiento se verifica si el *verus domino* reivindica el bien.

Conviene no confundir las *fattispecies* de compraventa de cosa ajena, reguladas en los artículos 1061 y 1063 del *Código Civil* y

8 COOTER et al, op.cit., p. 157 y ss.

9 Con algunas excepciones, como ocurre en los pocos estados que mantienen el sistema Torrens de registro inmobiliario. "Under the recording system used in most states, in the event of a break in the chain of title as a result of which the current owner is not the true owner (maybe the register of deeds failed to record a deed that some previous owner had given), the land is returned to the true owner. The current owner protects himself against such an eventuality by buying title insurance, and so receives monetary compensation for his loss. Under the Torrens system in force in some states, the current owner prevails over the true owner, who is compensated from his loss from a public fund". POSNER, op. cit., p. 90-91.

10 V., para el Derecho francés: DANIS-FATÔME, Anne: *Apparence et Contrat*. L.G.D.J., Paris, 2004; y para el Derecho costarricense: RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos: *Curso de Derecho Privado*. Volumen II. *La Apariencia de la Situación Jurídica*. Areté, San José, 2000.

11 Para un caso de compraventa de cosa ajena subsanada por la adquisición subsecuente del bien, ver: Mauro Arias vs. José Neófito López, Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, número 318 de las 10:30 horas del 30 de septiembre de 2003.

440 del *Código de Comercio*, con la figura de la adquisición a *non domino*. La figura de la compraventa de cosa ajena no se concibe como una licencia para disponer de lo ajeno, pues ello implicaría negar la esencia misma del derecho propiedad. Se presupone el respeto por el derecho del *verus domino* (verdadero dueño), quien puede reivindicar su pertenencia. Desde el ángulo visual del verdadero propietario, la venta de lo suyo efectuada por un tercero constituye una injerencia ilegítima (*inmissio*) en su propia esfera patrimonial. En principio, el propietario puede **reivindicar** su bien, por el efecto de oponibilidad *erga omnes* del derecho real. Sin embargo, hay casos excepcionales —que aquí estudiaremos como supuestos de adquisición a *non domino*— en los que la acción reivindicatoria resulta ineficaz, pues el Derecho da por consolidado el derecho del subadquirente de buena fe. La figura de la adquisición a *non domino* supone que el verdadero propietario pierde en forma definitiva su derecho de propiedad. El derecho adquirido a *non domino* no es reivindicable por el *verus domino*.

b) Excepciones al principio *nemo plus iuris*: La adquisición a *non domino*

El requisito de la **legitimación** presupone que el *tradens* sea el dueño de la cosa o el representante de éste, con poderes suficientes de disposición (poder generalísimo, poder especial debidamente otorgado, etc.). El principio general es el *nemo plus iuris*, conforme al cual nadie puede transmitir a otro un derecho mejor que el que personalmente tiene.

Sin embargo, hay casos de excepción del *nemo plus iuris*, en los que un no-propietario (non domino) traspasa a un tercero (adquirente a non domino) un derecho que no le pertenece; un derecho que pertenece en realidad a otro

sujeto, el verdadero propietario (*verus domino*), a quien se niega el atributo de la restitución y la acción reivindicatoria.

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentran diversas disposiciones que favorecen al adquirente a non domino.

En materia de compraventa de bienes muebles, dispone el artículo 449 del *Código de Comercio*:

Artículo 449.

El que de buena fe comprare en un establecimiento abierto al público cosas que sean de su giro normal, no podrá ser privado de ellas, y aunque no pertenecieren al vendedor y dolosamente las hubiere vendido.

En materia de títulos valores, dispone el artículo 669 bis del *Código de Comercio*:

Artículo 669 bis.

Quien haya adquirido por justo título, de buena fe y sin culpa grave, la posesión de un título valor, de conformidad con las normas que disciplinan su circulación, adquiere válidamente el derecho representado en el título, aunque el transmitente no sea el titular, y cualquiera que sea la forma en que el titular haya sido desposeído.

Se presumirá el justo título y la buena fe en toda compraventa de títulos valores realizada por medio de una bolsa de comercio legalmente autorizada, en lo cual será suficiente prueba la certificación emitida por la bolsa de comercio a solicitud del comprador, quien podrá hacer valer su derecho ante la autoridad correspondiente.

En materia de derechos reales inscritos, dispone el artículo 456 del Código Civil:

Artículo 456

La inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la ley. Sin embargo, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título no inscrito o de causas implícitas o de causas que aunque explícitas no consten en el Registro.

2. El mito de la seguridad de las transacciones amparadas a la seguridad registral.

¿Otorga, el sistema de publicidad registral, garantía absoluta al adquirente de buena fe y a título oneroso? Nos gusta pensar que sí. Es reconfortante pensar que basta con efectuar un estudio de registro, y que cualquier dato, hecho o circunstancia que no conste en el Registro Público a la fecha de la transacción, es jurídicamente irrelevante y, por ello, incapaz de perturbar la tranquilidad del adquirente. Conforme a esta concepción idealizada, el sistema de registro público se proyecta como una suerte de ambiente de laboratorio, esterilizado, inmune a las contaminaciones exógenas. Bajo esta idea, la publicidad registral no sólo cumple un rol informativo o descriptivo, sino además una función normativa, al preceptuar que todo

lo que no conste públicamente en el Registro debe ser considerado como inoponible a quien contrata sobre la base de la información pública registral. En una palabra, la publicidad registral es tenida como la verdad oficial sobre la situación jurídica de bienes y derechos.

Desde el ángulo visual de un civilista tradicional, criado bajo el dogma de la publicidad registral, suena a anatema afirmar que una realidad extrarregistral llegue a imponerse a la publicidad registral y perjudicar al tercero de buena fe. Los cursos de Derechos Reales normalmente se concentran en el estudio aislado de las reglas de la publicidad registral (artículos 455, 456 y concordantes del Código Civil) y, en efecto, a simple vista y ateniéndose al tenor literal —y aislado— de dichas normas, el tercero subadquirente de buena fe y a título oneroso, que contrata al amparo de la publicidad, está a salvo de cualquier perturbación del universo extrarregistral.

Sin embargo, un estudio sistemático de nuestro ordenamiento permite concluir que nuestro sistema de publicidad nunca ha brindado al accipiens una garantía absoluta frente a las vicisitudes jurídicas exógenas o externas al Registro. Por más agradable y gratificante¹² que pueda resultar la idea de la protección de las transacciones amparadas al Registro, tal concepción es verdaderamente mítica y no corresponde a la realidad de nuestro Derecho positivo actual. En efecto, existen al menos trece fuentes de riesgo transaccional.

12 Sobre la tendencia —casi infantil— de los operadores jurídicos a creer en verdades jurídicas perfectas, consistentes y uniformes, ver la —aún vigente— obra de Jerome FRANK, *Law and The Modern Mind*. Tudor Publishing Company, New York, 1936.

3. Fuentes de riesgo transaccional

Definimos el **riesgo transaccional** como la posibilidad eventual de que una situación indetectable mediante un estudio de Registro, perjudique o limite el derecho real adquirido al amparo de la publicidad registral.

a) Riesgo de usucapión

La adquisición del derecho de propiedad, por vía de usucapión o prescripción adquisitiva ocurre ipso iure, sin necesidad de declaratoria judicial ni de inscripción registral¹³. Desde el preciso momento en que se configuran, en el mundo extrarregistral, los requisitos de la usucapión (posesión decenal quieta, pública, pacífica y a título de dueño, título traslativo de dominio y buena fe¹⁴), nace a la vida jurídica un nuevo derecho real de propiedad. Simultáneamente, el derecho del propietario registral deja de existir, pero el título permanece inscrito. Por consiguiente, quienquiera que derive un derecho real del propietario registral de un bien usucapido por otro, en realidad no adquiere nada. La usucapión contra tabulas admisible en nuestro Derecho positivo ex arts. 853 y siguientes del Código Civil) es oponible no sólo al propietario registral del mismo fundo, sino también a sus causahabientes a título universal o particular. La usucapión vence a la publicidad registral. En este caso, la seguridad jurídica del tráfico se inclina ante el valor subyacente a la figura de la usucapión, que es la seguridad jurídica individual del usucapiente y la justicia atributiva a favor del poseedor. Como puede apreciarse, en la figura

de usucapión priman otros valores distintos de la seguridad del mercado. Basta reconocer el riesgo de usucapión, para que el marco deóntico del adquirente diligente se considere ampliado. No basta con hacer un simple estudio de registro. El adquirente potencial, como parte de su mínima diligencia a los fines de evitarse errores inexcusables y daños atribuibles a su propia culpa, debe realizar una investigación de campo para descartar, in situ, las situaciones extrarregistrales de usucapión. Cabe agregar que el propietario registral del bien usucapido por otro pierde su propiedad sin contraprestación alguna.

b) Riesgo de insuficiencia de medida y otras inexactitudes del plano y del título

Uno de los mayores defectos del sistema inmobiliario costarricense es la falta de concordancia entre el Registro Público, el Catastro Nacional y la realidad física. Como consecuencia de lo anterior, existe el riesgo de que lo adquirido “conforme al Registro” no coincida con la realidad. El adquirente tiene la posibilidad de exigirle al su transmitente—dentro del plazo de un año a partir del otorgamiento del contrato traslativo—el restablecimiento del equilibrio entre precio y medida, a través de la *actio quanti minoris*, regulada en los artículos 1075 a 1080 del *Código Civil*. Sin embargo, los problemas de la falta de concordancia entre el título, el plano y la realidad física no se limitan a las insuficiencias de medida. Quizá el mayor riesgo es la coexistencia y la superposición de títulos de propiedad sobre una misma parcela.

13 La sentencia que declara la usucapión no tiene eficacia innovativa, sino eficacia declarativa de reforzamiento de una situación jurídica preexistente.

14 Cfr. arts 853 y siguientes del Código Civil.

c) Riesgo de duplicación y traslape de títulos

No hay modo de saber, a priori y mediante un simple estudio de Registro, si el título inscrito de un bien es el único título inscrito respecto de esa misma parcela o lote. Perfectamente cabe la hipótesis de que el título aparentemente perfecto sea, en realidad, un título repetido o traslapado. Tradicionalmente, nuestra jurisprudencia, en aplicación del principio rey de la publicidad, prior in tempore potior iure (primero en tiempo, primero en derecho) consideraba que el título más antiguo, o sea, el inscrito primero en tiempo, prevalecía sobre el título más joven. La segunda inscripción debía haber encontrado “cerrado el Registro”. La jurisprudencia dominante¹⁵ no favorece al título más antiguo, sino al título del poseedor (esta posición, en nuestra opinión, crea el incentivo perverso a la inscripción e invasión de lo ajeno). Lo cierto es que existe, en nuestro ordenamiento, un riesgo de repetición o traslape de títulos. ¿Cómo se conjura ese riesgo? Una posibilidad es simplemente tomar una póliza de seguros contra el riesgo de evicción. La otra es realizar un estudio minucioso in situ y en Catastro para descartar la presencia de indicios de una posesión adversa. Pero la realidad es que, en el estado actual de cosas, no hay mecanismo científico, con seguridad al 100%, para descartar el riesgo de repetición o traslape de títulos y planos. Cabe agregar que el derecho de posesión no es siempre ostensible, razón por la que no basta una simple visita al sitio.

d) Riesgo de demanialidad (o de propiedad estatal)

Los bienes demaniales –pertenecientes al Estado –están “fuera del comercio” (art. 262 del Código Civil). Por consiguiente, no son susceptibles de apropiación privada ni de prescripción adquisitiva. La falta de concordancia entre el Registro Público, Catastro Nacional y realidad física ha redundado en la inscripción, como propiedad privada, de terrenos que en realidad son bienes demaniales. La jurisprudencia ha protegido con celo la propiedad estatal, la que se considera inalienable e imprescriptible¹⁶. Por consiguiente, la publicidad registral no tutela al adquirente de un bien demanial, no obstante encontrarse inscrito en el Registro Público como propiedad privada. La adquisición a non domino del artículo 456 resulta inoperante en materia de cosas públicas. En este sentido, el Estado es un verus domino todopoderoso.

e) Riesgo de propiedad agraria adversa

Durante las últimas dos décadas del siglo pasado, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia desarrolló el concepto de propiedad agraria, contrapuesta a la civil. La noción de propiedad agraria era una propiedad posesiva: el ejercicio efectivo de los atributos del dominio consistente en la cría de animales y el cultivo de vegetales. En esa época la Sala Primera desdobló dos conceptos: Titularidad y propiedad. Una persona podía ser la titular

15 A partir de la sentencia número 132 de las 15:30 horas del 25 de septiembre de 1974, la Sala Primera de la Corte adoptó el criterio pro-poseedor, en la hipótesis de títulos repetidos. Dicho criterio se reitera, entre otras, en la sentencia de la misma Sala Primera, número 353 de las 9:30 horas del 14 de diciembre de 1990.

16 Por ejemplo, en la sentencia número 7 de las 15:05 horas del 20 de enero de 1993, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia realizó un recuento histórico de la legislación aplicable a la zona marítimo terrestre —anteriormente llamada la “milla marítima”—.

o propietaria registral de una finca. Pero otro sujeto podía ser el propietario agrario del fundo. Durante esa época de auge del Derecho Agrario, los conflictos entre el titular y el dueño agrario normalmente se dirimían a favor de éste. Por consiguiente, si alguien iba a adquirir un bien, el peor error en que podía incurrir era limitarse a realizar un estudio de registro. Lo verdaderamente decisivo era la investigación de campo, para determinar cuál era la “realidad” de la propiedad posesiva agraria. En esa época la propiedad agraria vencía a la publicidad registral. A lo largo de la primera década de este siglo, Sala Primera parece haber reunificado los conceptos de titularidad y propiedad.

f) Riesgo de limitaciones urbanísticas y ecológicas extrarregistrales

Conviene observar que los bienes inmuebles pueden estar sujetos a importantes limitaciones imperceptibles mediante un simple estudio de registro, provenientes de leyes y reglamentos urbanísticos y ecológicos. Sin que sea este el espacio para tipificar las posibles vicisitudes de orden legal, cabe señalar que las citadas limitaciones pueden impedir el desarrollo del propósito comercial del accipiens (v.gr., no se puede construir en terrenos sujetos a la protección de fuentes de aguas). En ciertos casos las limitaciones bordean la noción de privación de la propiedad o expropiación de hecho¹⁷.

g) Riesgo de obligaciones reales por accesión común

La accesión es un modo de adquisición del dominio sobre lo edificado o sembrado por otro en el fundo propio (art. 505 y ss del *Código Civil*). El accedente puede hacer suyo el edificio o plantación mediante el reembolso del valor de los materiales y la mano de obra. El estudio de Registro no indica si existen derechos de terceros propietarios de edificaciones. El que ha edificado en suelo ajeno no pierde su derecho por la enajenación del fundo. Por consiguiente, desde el ángulo visual del potencial adquirente, la existencia de derechos ajenos derivados de la edificación en cosa ajena, constituye una información imposible de discernir mediante un estudio de Registro, y que le puede implicar erogaciones significativas.

h) Riesgo de accesión invertida

La accesión invertida consiste en el derecho de quien edifica en suelo ajeno —típicamente, por extralimitación en las construcciones— para adueñarse del terreno, previo pago de una compensación económica. Si bien el ordenamiento costarricense no contempla dicha figura, la jurisprudencia le ha otorgado carta de ciudadanía¹⁸. Desde el ángulo visual del tercero adquirente del fundo, su derecho real puede verse limitado o suprimido en caso de que el accedente ejerza su derecho a la accesión invertida.

17 Sobre la distinción entre privación y limitación de la propiedad, ver: PAVAGEAU: Stéphanie: Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales. LGDJ, Paris, 2006, p 244 y ss.

18 Ver la sentencia 751-F-2000, dictada por la Sala Primera de la Corte a las 10:20 horas del 6 de octubre del 2000 y las precedentes allí citadas.

i) Riesgo de donación recalificada

Los bienes donados responden por las obligaciones que el donador tenía al tiempo de la donación (artículo 1402 del *Código Civil*). Este privilegio legal a favor de los acreedores del *tradens* prevalece, incluso sobre el derecho real de los acreedores hipotecarios del donatario. Este riesgo normalmente es detectable mediante un estudio de registro, cuando la causa *donandi* es explícita. Sin embargo, con cierta frecuencia, en la práctica forense, se otorgan compraventas por precios irrisorios y ello suele ser por dos razones: Bien para defraudar al Fisco; bien para ocultar la causa traslativa gratuita. En esta última hipótesis, los jueces se reservan siempre la potestad soberana de recalificar como donación el negocio que las partes calificaron como compraventa (o cualquier otro tipo de contrato oneroso). Esto implicaría que el derecho real hipotecario del acreedor del donatario quedaría expuesto a la acción pauliana de actos gratuitos que, en aplicación del derecho estatuido por el artículo 1402 del *Código Civil*, puede incoar el acreedor del donador.

j) Riesgo de acciones paulianas

El acreedor del *tradens* puede lograr la declaratoria de inoponibilidad o ineficacia relativa de los actos de disposición de su deudor, si demuestra que los bienes que éste conservó resultan insuficientes para honrar la deuda (*eventus damni*) y –tratándose de actos de disposición a título oneroso—que el deudor-*tradens* y el *accipiens* tenían conocimiento del daño que dicho acto causaría al acreedor (*concilium fraudis*). Dicho remedio contra el **fraude de acreedores** se denomina *acción pauliana o revocatoria* y se encuentra

reconocido positivamente en los artículos 848 y 1402 del *Código Civil*.

Desde el ángulo visual del tercero subdaquiente (el *accipiens*), el simple conocimiento del perjuicio que el acto le ocasiona al acreedor del *tradens*, le representa un **riesgo**, consistente en la exposición a la pérdida del bien adquirido por efecto de la acción pauliana. El bien adquirido queda expuesto a la persecución del acreedor victorioso de la acción revocatoria. Esto implica que la información que el potencial *accipiens* recabe sobre la situación financiera pasiva de su potencial *tradens*, puede redundar en su propio perjuicio. Tenemos aquí otro caso en el que una realidad extrarregistral puede desactivar la protección del tercero que contrata sobre la base de la publicidad registral. En el caso de la acción pauliana, una fuente de información extrarregistral cobra relevancia jurídica, al grado que un acto de adquisición de un derecho real puede devenir inoponible a un tercero cuyo crédito quirografario no constaba en el Registro a la fecha del perfeccionamiento del negocio adquisitivo.

k) Riesgos de obligaciones reales por mejoras y retención posesoria

La ley le concede ciertos derechos al poseedor condenado a restituir un bien inmueble. Si es un poseedor de buena fe, tiene derecho a que se le indemnicen las mejoras útiles y necesarias. Hasta tanto no se le paguen dichas mejoras, tiene derecho a retener el bien en su poder (artículo 328 del *Código Civil*). Si es un poseedor de mala fe, tiene derecho a que se le indemnicen las mejoras útiles y necesarias, pero no el derecho de retención (artículo 330 del *Código Civil*). Tales derechos pueden ser ejercidos contra el propietario del bien y contra sus sucesores a título individual o particular, por lo que son obligaciones reales extrarregistrales.

l) Riesgo de arrendamientos

Si bien los arrendamientos pueden inscribirse en el Registro Público¹⁹, ello no es obligatorio. El contrato de arrendamiento de inmuebles, regulado por la Ley 7527 General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, no requiere la inscripción, ni para su validez ni para su oponibilidad a terceros. En caso de negocios jurídicos traslativos de dominio, el contrato de arrendamiento mantiene su plena vigencia y el nuevo dominus ocupa la posición contractual del arrendante original (art. 75 de la Ley 7527). En el supuesto de traspaso forzoso por ejecución de una obligación hipotecaria preexistente al contrato, el arrendamiento subsiste por tres años. En la hipótesis de traspaso forzoso por ejecución de una obligación hipotecaria o quirografaria cuya anotación registral sea posterior a la fecha cierta del contrato, el arrendamiento subsiste plenamente. Desde el ángulo visual del adquirente potencial, la existencia eventual de arrendamientos constituye una situación jurídica extrarregistral que afecta el usufructo del objeto del contrato de adquisición. El riesgo se incrementa por el hecho de que el contrato de arrendamiento no siempre es ostensible. Puede perfectamente haber contratos de arrendamiento con condiciones suspensivas o de futura ejecución²⁰.

m) Riesgo de falsedad en los antecedentes de dominio

De acuerdo con la tesis dominante en materia penal²¹, la falsedad del antecedente puede implicar la supresión de todos los actos y derechos derivados del non domino. En materia

civil actualmente campea la tesis inversa. Pero esto, desde nuestro punto de vista es un error, por las razones que pasamos a analizar.

De lo expuesto hasta ahora, se sigue que la idea preconizada por algunos civilistas, de una seguridad plena de las transacciones concertadas con base en la publicidad registral, no es sino un **mito**. En todos los casos citados -usucapión *contra tabulas*, título repetido sin posesión, titularidad con propiedad agraria adversa, demanialidad, arrendamientos no inscritos, etc.-, el artículo 456 del *Código Civil* no libra al tercero de buena fe de las vicisitudes provenientes del universo jurídico extrarregistral.

4. ¿Por qué debe protegerse al verus domino en la hipótesis de falsedad?

Desmitificada la creencia en la protección a ultranza del tercero de buena fe, cabe analizar, primero en el plano *axiológico*, luego en el plano *exegético*, si en el caso del fraude inmobiliario procede favorecer al adquirente a *non domino*.

a) Plano axiológico. La *seguridad del tráfico jurídico* es el valor primario de la adquisición a *non domino*. Conviene, en este punto, hacer una distinción fundamental. Lo normal e ideal es que la publicidad registral concuerde con la realidad jurídica, esto es, que quien figure en el Registro como dueño sea, en realidad, el *verus domino*. Sin embargo, hay situaciones de disociación entre la información sometida a publicidad registral y la realidad jurídica. Las hipótesis de disociación son de dos tipos: **a) Voluntarias:** Se produce una disociación voluntaria cuando el *verus domino* decide, por acción u omisión,

19 V. el artículo 49, inciso (d) del Reglamento del Registro Público (26771-J).

20 Sobre las situaciones de pendencia de eficacia, ver: PÉREZ VARGAS, Víctor: Derecho Privado, pp. 347-350.

21 V. Sala Tercera de la Corte, sentencia número 346 de 3 de abril de 1998.

que otro sujeto figure en el Registro como propietario registral del bien, *verbigracia*, para evitar la persecución de acreedores; para sacar los bienes de su patrimonio a los fines de frustrar el derecho a gananciales de su cónyuge; o por simple inercia: El retraso en la inscripción de la escritura de adquisición del derecho real. Todas estas hipótesis tienen un **común denominador**: La discordancia entre la publicidad registral y la realidad jurídica es provocada voluntariamente por el *verus domino*. Correlativamente, es el *verus domino* quien, con su acción u omisión, ha creado o consentido el riesgo de que un potencial adquirente a *non domino* derive un derecho sobre el bien bajo la equívoca representación de que el propietario registral es el dueño sustancial de la cosa; y **b) Involuntarias**: La inscripción de documentos falsos constituye una hipótesis de disociación involuntaria entre la información pública registral y la realidad jurídica. En estos casos, el *verus domino* ni siquiera se percata de la presentación del falso documento en que se usurpa su identidad y su consentimiento en el acto de disposición de su patrimonio. El *verus domino* que previamente ha inscrito su derecho reposa sobre la convicción de que, sin su consentimiento, el *status quo* registral ha de permanecer inmutable. Vale decir que tampoco el *verus domino* tiene el deber jurídico de revisar a diario que su titularidad registral permanezca intacta.

Nuestra tesis es que debe darse un tratamiento distinto a las hipótesis de disociación involuntaria, del que se da normalmente a los supuestos de disociación voluntaria. En la *disociación voluntaria* es el *verus domino* quien crea y controla el **riesgo de enajenación por el non domino**. La persona que permite que otro figure en el Registro como dueño de lo suyo, con el fin de ahuyentar acreedores o por desidia en la inscripción de su derecho,

asume el riesgo de que el *non domino-aparente propietario* enajene el bien a favor de un subadquirente de buena fe. Quien crea un riesgo debe asumir las consecuencias de su materialización. En estos casos, favorecer al adquirente a *non domino* crea un **incentivo coherente a la debida inscripción de los derechos**. De este modo, la generalidad de *dominus*, al observar de qué manera un sujeto perdió un bien valioso por los actos desleales de su testaferro, tendrán un incentivo a apresurarse a corregir la distorsión entre la publicidad registral y la realidad jurídica.

En la *disociación involuntaria* el *verus domino* no crea ningún riesgo. Por el contrario, el sujeto que ha inscrito su derecho, lejos de buscar riesgos, lo que ha hecho es procurar una **posición de seguridad**. Se supone que en un Estado de Derecho la inscripción del derecho sirve como **mecanismo de protección** del propietario frente a las inmisiones en su esfera patrimonial. El derecho real inscrito activa la oponibilidad *erga omnes*. En teoría, la inscripción de un derecho real **cierra el Registro** a la inscripción posterior de cualquier derecho adverso, claro está, salvados los casos de actos consentidos o de legítimos actos de embargo y de remate originados en deudas o garantías consentidas por el *verus domino*. Es claro, entonces, que el *verus domino* de ninguna manera crea el riesgo de la inscripción de documentos falsos y de la subsecuente adquisición a *non domino*. No sólo no crea el riesgo, sino tampoco lo puede prevenir. El **riesgo de fraude** es, en efecto, **imprevisible** y, agreguemos, **inevitable**. Aun si un propietario paranoico adoptare la rutina de revisar sus bienes a diario y descubriera que el día anterior se presentó el documento falso y, literalmente, corriera a denunciar el ilícito, difícilmente podría obtener una orden de anotación penal del bien antes de que se

presente e inscriba el segundo acto a favor del adquirente a *non domino*. Curiosamente, los estafadores suelen ser sumamente eficientes en la inscripción de documentos.

En las *fattispecies* de **disociación voluntaria** entre publicidad registral y realidad jurídica, la posición pro adquirente a *non domino* crea un incentivo a la inscripción de los derechos. Así, el *verus domino* está **seguro**, si su derecho está debidamente inscrito a su nombre. *A contrario*, si el *verus domino* consiente que otro, en su lugar, aparezca como dueño registral, asume el **riesgo de enajenación por el non domino**. De acuerdo con el principio de **justicia retributiva**, quien crea un riesgo nocivo debe absorber las consecuencias si se llega a materializar el perjuicio. Desde el punto de vista de la **eficiencia económica**, resulta evidente que el costo en que debe incurrir el *verus domino* a los fines de evitar la falsa apariencia de titularidad del *non domino* resulta **menor** al costo en que ha de incurrir el potencial adquirente para descubrir la falsa apariencia: Basta con que el *verus domino* haga inscribir su título de propiedad o se abstenga de transferir el bien a un testamento. Los costos de inscripción son costos comunes a la generalidad de las transacciones.

En las *fattispecies* de **disociación involuntaria** entre publicidad registral y realidad jurídica, la posición pro adquirente a *non domino* lesiona, en última instancia, la **seguridad jurídica de las transacciones**. *A priori*, se diría que el triunfo del adquirente a *non domino* refuerza la confianza general en la publicidad registral. Pero esto es un error. Se trata, en el fondo, de una victoria pírrica. En efecto, el adquirente a *non domino* que hoy consolida su derecho, queda expuesto a sufrir el mismo despojo mediante falsedad documental. ¿Qué impediría que le pase lo mismo que al *verus domino*? La generalidad de derechohabientes

y propietarios legítimos puede concluir que sus derechos inscritos son frágiles y están a merced de los estafadores. El adquirente a *non domino* que hoy triunfa en los tribunales mañana puede perder ese mismo derecho a manos de un falsificador que inmediatamente enajena a favor de un nuevo adquirente a *non domino*. Y en tal caso no podría hablarse de una seguridad del tráfico jurídico, sino de una **inseguridad general del derecho de propiedad**. Se pregunta: ¿Qué le garantiza a cualquier sujeto —incluido el adquirente a *non domino*—, que no va a ser víctima de una expropiación de este tipo? En la realidad, no hay modo de prevenir y eliminar el riesgo de fraude inmobiliario, aun con la revisión cotidiana del Registro Público. Los costos individuales y sociales de una revisión diaria de las inscripciones registrales, aparte de estériles en el plano preventivo, resultan irracionales. A la luz del análisis de **eficiencia económica**, es claro que el costo en que debe incurrir el conjunto de *verus dominos* a los fines de evitar el riesgo de creación de falsas apariencias de titularidad del potenciales estafadores (*non dominos*) resulta **mayor** al costo en que ha de incurrir el potencial adquirente para descubrir la falsa apariencia. El adquirente potencial puede descubrir la falsa apariencia mediante un estudio minucioso de antecedentes de dominio y una investigación de campo similar a aquella necesaria para eliminar el riesgo de usucapación, de duplicidad de títulos y de propiedad o posesión agraria adversa. Además, el potencial adquirente es quien se encuentra en mejor posición para exigir a su potencial *tradens* toda la información que demuestre la realidad de su derecho, así como para negociar una garantía de evicción satisfactoria.

Por otra parte, si se reconoce al usucapiente el derecho de prevalecer sobre el adquirente a *non domino* al amparo del Registro, ¿por qué no reconocerle el mismo derecho al *verus domino*? En el caso de la usucapación, una

realidad jurídica extrarregistral, una propiedad sustantiva, prevalece sobre el derecho del subadquirente de buena fe al amparo del Registro. La seguridad del tráfico se inclina ante el derecho sustantivo del usucapiente.

b) Plano exegetico. El artículo 456 del *Código Civil* no rige de modo absoluto. Hay supuestos como los arriba indicados, en los que nuestro Derecho positivo permite que otras situaciones extrarregistrales sean impuestas al tercero adquirente de buena fe, cuyo derecho queda sin valor. Por ejemplo, en las hipótesis de adquisición de un bien usucapido por otro, de un bien demanial y de un bien poseído por un tercero que ostenta un título repetido sobre el mismo fundo. Por otra parte, la figura de la **falsedad documental**, a pesar de su ubicación topográfica en un código adjetivo, tiene su propio cuadro de efectos sustantivos de naturaleza civil. Dispone el artículo 468 del *Código Procesal Penal*: “*Cuando una sentencia declare falso un instrumento público, el tribunal que la dictó ordenará que el acto sea reconstruido, suprimido o reformado. Si es del caso ordenará las rectificaciones registrales que correspondan*”. La supresión del acto y la rectificación registral son efectos propios y especiales de la declaratoria de falsedad documental. Se trata de efectos sustantivos propios de la figura de la falsedad, que no pasan por la nulidad. El concepto de supresión implica la **eliminación radical de efectos jurídicos del acto**. Esta idea corresponde a la noción de **inexistencia**. No es una nulidad absoluta, pues en nuestro ordenamiento la nulidad

llamada “absoluta” no es verdaderamente absoluta, pues es subsanable por prescripción y, además, el acto nulo sirve de antecedente válido de actos subsecuentes (arts. 456 y 837 del *Código Civil*). La falsedad documental puede ser declarada por el juez civil si el delito ha prescrito o si el imputado no aparece o está ausente (art. 397 del *Código Procesal Civil*). En tales casos, el juez civil debe, por especialidad, aplicar directamente los efectos sustantivos de la figura de la falsedad (art. 468 del *Código Procesal Civil*), no los efectos de la nulidad “absoluta” (arts. 456 y 835 del *Código Civil*).

Por nuestra parte, consideramos que en los supuestos de falsedad documental debe hablarse de **inexistencia del negocio jurídico**. En tal sentido, se ha manifestado la jurisprudencia argentina:

“Si la escritura de venta ha sido materialmente falsificada, no hay acto jurídico o, para decirlo con más propiedad, estamos en presencia de un acto inexistente.”²²

“Transmitida con falso título la propiedad, el dueño verdadero no pasa por la protección de los terceros que contempla el art. 1051 del Cód. Civil, pues no es caso de nulidad sino de inexistencia jurídica del acto”²³. (el énfasis es nuestro).

Definimos la inexistencia como la radical irrelevancia jurídica negocial²⁴, o la total inaptitud de un acto o contrato para producir efectos jurídicos contractuales o negociales.

22 Sentencia de fecha 27 de agosto de 1979, citada por la Cámara Nacional Civil, Sala F., V. : ARMELLA, Noemí: Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Tomo III, Buenos Aires, 1998.

23 Sentencia de 26 de marzo de 1985, Cámara Nacional Civil, Sala C., ibidem.

24 V. PÉREZ VARGAS, Víctor: Derecho Privado, pp. 322-323.

En el ordenamiento costarricense la nulidad así llamada “absoluta” en realidad, no es absoluta. De hecho, un acto absolutamente nulo puede llegar a producir efectos jurídicos muy importantes. Básicamente: El acto absolutamente nulo se puede convalidar por prescripción ordinaria (art. 837 del Código Civil)²⁵. Y, además, un acto absolutamente nulo constitutivo de derechos reales puede servir de antecedente válido de un acto subsecuente ejecutado de buena fe, a título oneroso, al amparo de la información pública registral (artículo 456 *ibidem*). Esta situación se extiende a los demás supuestos de adquisición a non domino.

Hay casos totalmente repugnantes al sentido jurídico –como las enajenaciones perpetradas mediante falsedad documental– en las que calificar un acto como “absolutamente nulo” implica reconocer su aptitud para convalidarse por prescripción o para servir de antecedente válido de actos subsecuentes. La única solución es la utilización del concepto de inexistencia para desterrar el hecho del ámbito de la teoría del negocio jurídico y reenviarlo al territorio de los hechos ilícitos y el delito.

Aparte de su soporte lógico²⁶, el concepto de inexistencia encuentra asidero positivo en el artículo 162 del Código Procesal Civil, que preceptúa:

“Los efectos de la cosa juzgada material se limitan a lo resolutivo de la sentencia y no a sus fundamentos, lo cual hace indiscutible, en otro proceso, **la existencia o la no existencia de la relación jurídica** que ella declara.”

En otras palabras: Bien puede establecerse un proceso a fin que se declare la **inexistencia** de una relación jurídica contractual.

El concepto propuesto tiene otros asideros positivos específicos, por ejemplo en el ámbito de las cláusulas o actos que se reputan “no escritos”. Por ejemplo, el *Código de Comercio*, en su artículo 30, estatuye que el aumento de capital efectuado en contravención a las reglas allí preceptuadas “*se tendrá por no realizado*”. al podría convalidarse –aun por prescripción– un acto “tenido por no realizado”. Un acto no realizado, lisa y llanamente, **no existe**.

Las nociones de nulidad absoluta e inexistencia comparten una *zona de convergencia*, donde ambas confluyen a la erradicación total de efectos jurídicos. En tales hipótesis, resulta indiferente calificar un acto como absolutamente nulo o como inexistente.

La distinción entre ambas figuras cobra interés, no en la zona de convergencia apuntada, sino en aquellas *fattispecies* en las que la *nulidad*

25 Ya desde principios del Siglo XX, nuestro tratadista don Alberto BRENES CÓRDOBA, protestaba que “...por una inconsecuencia inexplicable, el Código actual establece de modo indirecto, que la nulidad absoluta es subsanable transcurrido que sea el período de diez años, pues tal conclusión se desprende de la frase que dice, con referencia a la indicada nulidad, que no puede subsanarse por la confirmación o ratificación de las partes, “ni por un lapso de tiempo menor que el que se exige para la prescripción ordinaria”. Tratado de las Obligaciones y Contratos, Librería e Imprenta Lehmann, San José, 1936, p. 254.

26 En virtud del principio de contradicción: La verdad lógica de una proposición requiere que no sea autocontradictoria. El contrato, definido como manifestación voluntaria bilateral o plurilateral conducente a la producción de efectos jurídicos patrimoniales, es irreconciliable con supuestos de hecho como la falsedad documental representativa de un contrato apócrifo, donde no hay manifestación ni voluntad del dante-causa. Tales supuestos constituyen la negación misma del contrato, y a tal postulado se dirige el concepto de inexistencia propuesto. V. KANT: Logique. Librairie Philosophique J. Vrin, p. 56.

absoluta permite que el acto produzca efectos jurídicos. Se trata de aquellos supuestos en que el acto absolutamente nulo se convalida por prescripción (artículo 837 del *Código Civil*) y sirve como antecedente o fuente de derivación de situaciones jurídicas válidas (artículo 456 del *Código Civil*). En estos casos, mientras la *nulidad absoluta* pierde su normal ferocidad para tornarse indulgente con el acto, la *inexistencia*, por su parte, mantiene su postura ineludible por suprimir y desgarrar todos los posibles efectos jurídicos del acto. Es, entonces, respecto de estas hipótesis, que interesa discernir entre el acto absolutamente nulo del acto inexistente.

¿Cómo discernir en qué casos la noción de inexistencia ha de desplazar a la de nulidad absoluta? La respuesta se encuentra en el plano axiológico. El valor que subyace a las hipótesis de actos nulos con efectos jurídicos (artículos 456 y 837 del *Código Civil*) es la **seguridad jurídica**. La prescripción se construye sobre la idea de precluir definitivamente la incertidumbre sobre tal o cual situación jurídica. Igualmente, la protección al tercero de buena fe que deriva del artículo 456 tiene por trasfondo la seguridad del tráfico jurídico. El concepto de inexistencia ha de desplazar a la nulidad en aquellos casos en los que: a) No se colma la aspiración a la seguridad jurídica; ó b) Surge un valor preponderante. En otros términos: Se trata de una discusión axiológica concreta.

En suma: El concepto de inexistencia que proponemos no es un concepto descriptivo, sino un **concepto normativo** dirigido expresamente a negar todo tipo de efectos a un acto ilegal, aplicable a aquellos supuestos en los que reconocer al acto en cuestión los efectos que la ley le reconoce al acto “absolutamente” nulo resulta repulsivo a los valores básicos del ordenamiento jurídico. Es

una noción axiológica de la voz “inexistencia”, en alusión, no a lo que no existe, sino a “*lo que no debe ni debió existir*”.

5. La responsabilidad estatal por el fraude inmobiliario

En nuestra opinión, el Estado debe responder por los daños y perjuicios irrogados al *verus domino* y al adquirente a *non domino* a raíz del fraude inmobiliario. Dicha responsabilidad deriva de la aplicación de los siguientes regímenes de responsabilidad administrativa:

a) La responsabilidad objetiva de la Junta Administrativa del Registro Nacional

La Ley de Promulgación del Código Notarial, número 7764 de 17 de abril de 1998, reformó el artículo 22 de la Ley de Creación del Registro Nacional, número 5695 de 29 de abril de 1975, en los siguientes términos: “*Artículo 22. La Junta Administrativa del Registro Nacional deberá indemnizar a los usuarios por cualquier perjuicio que el Registro Nacional les cause en la tramitación de documentos. Para ello, efectuará los trámites pertinentes, a fin de adquirir una póliza de fidelidad, individual o colectiva, expedida por una institución aseguradora autorizada por la ley.*” El Transitorio V de la Ley 5695, también promulgado por la Ley 7764, dispone: “*Transitorio V.- Hasta tanto no se ejecute lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Creación del Registro Nacional, la Junta Administrativa del Registro Nacional, mediante partida presupuestaria, destinará los recursos necesarios para cubrir los eventuales daños a terceros.*”

Como puede verse, se trata de un régimen de responsabilidad directa, objetiva e integral. No es necesario establecer la culpa de ningún funcionario. Basta con que se acredite el daño o perjuicio en conexión causal con la

tramitación de documentos. La tramitación de documentos, naturalmente incluye cualesquiera inscripciones, anotaciones y modificaciones de asientos registrales.

b) La responsabilidad estatal por actuación lícita

Los artículos 190, inciso primero, y 194 de la *Ley General de la Administración Pública* estatuyen la responsabilidad civil del Estado por actos lícitos y funcionamiento normal, cuando se reúnan las siguientes condiciones: Que se produzca un daño especial, por la pequeña proporción de afectados, o por la intensidad excepcional de la lesión. Este régimen se nutre, en el plano axiológico, de los principios de justicia distributiva y de igualdad ante la carga pública. En el ámbito filosófico, nuestro ordenamiento limita, con esta norma, el principio de utilidad: El beneficio del mayor número. Si un acto es lícito, por beneficiar a la colectividad, pero al mismo tiempo nocivo en perjuicio de unos pocos, resulta equitativo que la colectividad que se beneficia con el acto también soporte su contrapartida. No hay por qué sacrificar al individuo para colmar el interés colectivo. Ese sacrificio individual debe ser trasladado a la colectividad: Y el conducto para que se colme esta aspiración de principio es, precisamente, la indemnización de los daños y perjuicios por aplicación de estas normas: 190, inciso primero y 194 de la *Ley General de la Administración Pública*. El problema de esta vía indemnizatoria es que el resarcimiento es parcial: Se limita al daño emergente, quedando excluido el lucro cesante.

c) La responsabilidad estatal por falta del servicio público

La *Ley General de la Administración Pública*, en su artículo 190, estatuye el régimen de responsabilidad civil del Estado por falta del servicio público. Se trata de un régimen subjetivo. Para determinar la falta del servicio público se debe contrastar la realidad histórica con un modelo deóntico. Y éste se construye a partir de la pregunta básica: ¿Qué atributos se esperan del servicio público, en el sector de la actividad administrativa a que se refiere el caso bajo examen?

Todo Estado de Derecho debe elegir un **sistema de organización de derechos reales inmobiliarios**. Nuestro país eligió un sistema de registro público de derechos reales, desde la promulgación de la *Ley Hipotecaria* de 1865. Posteriormente, se ratificó dicho sistema con la promulgación del *Código Civil*. Nuestro Estado eligió, además, durante buena parte de su historia, instituir como Notarios Públicos a todos los abogados. Posiblemente se consideró deseable facilitar la agilidad de las transacciones, al multiplicar el número de fedatarios públicos. Pero este beneficio colectivo tuvo un precio: El incremento exponencial de los riesgos de fraude.

Como resultado de dichas decisiones públicas, se instituyó un sistema notarial y registral frágil y vulnerable al fraude. Consideramos que la falta de seguridad estática y la correlativa inseguridad dinámica es directamente imputable al Estado a título de falta del servicio público.

d) Responsabilidad objetiva del delegante por los hechos culpables del delegado.

El artículo 191 de la *Ley General de la Administración Pública* establece un sistema de responsabilidad estatal objetiva indirecta por las faltas de sus servidores. Se trata, en efecto de una responsabilidad objetiva del delegante por los hechos del delegado. Al estudiar las actas del debate legislativo relativo a esta disposición (método interpretativo que es válido, de acuerdo con el artículo 10 del *Código Civil*), resulta muy claro que esta disposición se originó como una superación del régimen de responsabilidad subjetiva indirecta del delegante por los hechos del delegado (que encontramos en el inciso tercero del artículo 1048 del *Código Civil*), llamada también culpa *in eligendo* e *in vigilando*; norma que, con anterioridad a la consagración positiva de un régimen de responsabilidad civil o pública especial, se aplicaba uniformemente a todo sujeto de Derecho, incluido el Estado. El artículo 191 de la LGAP creó un sistema de responsabilidad sin culpa del delegante, por los hechos del delegado.

Tradicionalmente, el concepto de servidor público se ha interpretado en un sentido restrictivo. Los notarios no son considerados servidores públicos. Sin embargo, esta idea tradicional debe ser rectificadas. Es evidente que la función del Notario es pública, independientemente de la falta de un vínculo de subordinación laboral. El Estado delega al notario la función de validar, para efectos de producir modificaciones de asientos de

un Registro Público. Para los efectos de la responsabilidad indirecta, lo relevante no es el vínculo laboral, sino el vínculo de delegación.

En síntesis, consideramos que el problema civil del fraude inmobiliario debe resolverse *–provisionalmente, hasta tanto no se realice la reforma general que se propone en la segunda parte de este trabajo–*, del siguiente modo:

1. El derecho real de propiedad lo ha de conservar el *verus domino*.
2. Ambas víctimas (el propietario despojado y el tercero defraudado por la publicidad registral) pueden accionar la indemnización de daños y perjuicios contra el Estado.

SEGUNDA PARTE: SOLUCIONES PROGRAMÁTICAS

Conviene analizar cómo *debería ser* un nuevo sistema costarricense de organización, circulación y protección de derechos reales.

1. Dos modelos contrapuestos: El sistema Torrens y el sistema estadounidense de seguros de título.

Existen dos modelos básicos, extremos, de sistemas de registro de derechos de propiedad: a) Los recortados bajo el patrón Torrens australiano²⁷, de publicidad registral normativa con protección al tercero de buena fe y un fondo público de indemnización de daños; y b) Los sistemas de registro público

27 En alusión a la Real Property Act australiana, conocida como Acta Torrens. Cfr. LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. y Vicente L. MONTÉS PENADÉS (Coordinadores): *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, p. 786. Dichos autores califican el modelo Torrens como "...el sistema más perfecto de publicidad inmobiliaria registral" (*ibidem*).

informativo, al estilo de los adoptados en la mayoría de los Estados de la Unión Americana, que carecen de protección al tercero de buena fe y donde los adquirentes potenciales se protegen mediante la toma de seguros de título (title insurance). Como puede apreciarse, los riesgos transaccionales se conjuran, en un caso, mediante un seguro colectivo, representado en un fondo público de indemnización²⁸; y en otro, mediante la mutualización de riesgos por vía de seguros individuales. Ambos modelos parten de la idea básica de que los siniestros consistentes en la aparición sorpresiva de derechos preferentes contrapuestos, no han de ser absorbidos integralmente por el damnificado, sino que son trasladados a una colectividad—sea en forma directa mediante la actuación de un fondo público de indemnización, o bien en forma indirecta por los mecanismos de la industria de los seguros de título—.

El problema del sistema costarricense es que, por un lado, se les ha creado a los usuarios—por parte de los mismos operadores jurídicos— la falsa idea de seguridad transaccional al amparo de la publicidad registral—mito que ha quedado destruido en la primera parte de este trabajo—; y por consiguiente, los usuarios, descansando en esa falsa precomprensión, realizan sus operaciones sin tomar precauciones contra los verdaderos riesgos subyacentes y, por la misma razón, sin tomar seguros de título. Por otra parte, el Estado les ha prometido a los derechohabientes la oponibilidad erga omnes de sus derechos inscritos, pero —al menos bajo la posición jurisprudencial dominante de la Sala Primera de la Corte— se les niega

el derecho a reivindicar lo suyo en caso de despojo mediante falsedad seguida de un acto traslativo a favor de un tercero. En fin, los propietarios actuales carecen de verdadera seguridad estática —están a merced de los estafadores—y los propietarios potenciales carecen de verdadera seguridad dinámica —por los abundantes riesgos transaccionales arriba descritos. Además, los adquirentes (a verus domino o a non domino) se transforman ipso facto en verus dominos expuestos a la expropiación mediante falsedad.

Tan lúgubre paisaje se remata con la resistencia del Estado a reconocer su responsabilidad por la falta del servicio público consistente en la creación de un ordenamiento jurídico sustantivo profundamente contradictorio y un sistema de publicidad registral riesgoso y vulnerable. Dicha posición estatal implica que cada propietario debe absorber sin protestar su pérdida individual, para “beneficio” de la falsa creencia colectiva en la seguridad de las transacciones, lo cual es un non sens.

2. Atributos que caracterizan al sistema costarricense actual

Nuestro sistema actual reúne atributos poco deseables para cualquier Estado de Derecho:

- Inseguridad estática, representada por la vulnerabilidad del sistema registral a la inscripción de documentos falsos.
- Inseguridad dinámica, representada por la existencia de —al menos— trece fuentes de riesgos transaccionales.

28 Sin embargo, en vista de que dichos fondos de indemnización no cubren todos los daños potenciales, no es extraño que los adquirentes se protejan, además, mediante seguros individuales de título. Así ocurre en los pocos estados de la Unión Americana que aún conservan sistemas de registro público tipo Torrens. V. SCHICK y PLOTKIN: *Torrens in the United States*, Lexington Books, USA, 1978, pp. 4-5.

- Multiplicidad de riesgos: Históricamente, todo abogado automáticamente adquiría la condición de notario público y con ello, la posibilidad fáctica de modificar asientos registrales. La cantidad de notarías existentes no resulta de un estudio de necesidades, sino que es un dato accidental.
 - Inseguridad técnica: No hay mecanismos confiables estatales de verificación de la autenticidad de las manifestaciones de voluntad del verus domino.
 - Irresponsabilidad administrativa: El Estado se niega a responder por los daños y perjuicios irrogados al verus domino y al adquirente a non domino en los casos de fraude inmobiliario.
 - Inexistencia de cultura de seguros de título.
 - Insuficiencia de fondos colectivos de indemnización.
 - Respuestas contradictorias del aparato judicial.
- b) Una investigación posesoria, para neutralizar los riesgos de usucapión, accesión común, accesión invertida, propiedad y posesión agraria adversas y arrendamientos. Esta investigación tiene un componente fáctico –el estado ostensible de la posesión—y uno jurídico –la posible existencia de derechos posesorios adversos--.
 - c) Una investigación topográfica, para verificar, por una parte, la correspondencia del título, el plano y la realidad física del inmueble objeto del contrato; y para detectar posibles duplicaciones o traslapes de planos con los fundos circunvecinos.
 - d) Una investigación jurídica de las leyes y reglamentos aplicables al fundo, para determinar la factibilidad jurídica del destino que se pretende dar al inmueble.

Dicha realidad no se resuelve mediante soluciones represivas ni extravagancias tecnológicas. Se requiere una reforma general del Derecho sustantivo y de la infraestructura del sistema notarial, registral y catastral.

3. Costos transaccionales actuales

Para conjurar los riesgos transaccionales, el adquirente potencial diligente debe, en la actualidad, soportar los siguientes costos transaccionales:

- a) El estudio registral, actual e histórico. Se trata de un estudio especializado, que debe ser realizado por un profesional (un notario);
- e) Una investigación histórica –tanto jurídica como fáctica –de antecedentes de dominio, para descartar indicios de fraude inmobiliario.
- f) Un seguro de título: Los riesgos transaccionales no pueden descartarse totalmente mediante el *due diligence*.
- g) Una investigación financiera del potencial *tradens*, para neutralizar el riesgo de acciones paulianas.
- h) Además, debe contribuir por vía tributaria al sostenimiento de un aparato registral diseñado para dar la protección y seguridad que en realidad no brinda. Tal contribución se convierte en un gasto sin contrapartida útil.

4. Características de un sistema económicamente eficiente

Un sistema económicamente eficiente debe facilitar las transacciones mediante la aminoración de costos transaccionales²⁹. A tal fin, se requiere:

a) Una fuente cierta –y preferiblemente única– de cognoscibilidad de derechos de propiedad, sus atributos y sus limitaciones. La precisa delimitación de los derechos de propiedad beneficia tanto el potencial tradens, quien puede probar fácilmente la existencia y contenidos precisos de su derecho, a los fines de su mercadeo o de la obtención de crédito; como, igualmente, el potencial accipiens, quien economiza costos de información en la investigación de título (due diligence). A contrario, cuando las fuentes de información son múltiples el costo de la información obstruye la concertación de los

negocios jurídicos. La incertidumbre sobre la pureza y contenido del título constituye un elemento disuasivo de las transacciones económicas. La información exacta es un bien determinante del perfeccionamiento de las operaciones económicas.

b) La seguridad estática y oponibilidad erga omnes de los derechos reales. El propietario debe poder confiar en que el status quo de su derecho se mantendrá inalterable a menos que intervenga su consentimiento o –en los supuestos excepcionales de traspaso forzoso, como en la expropiación– que medie una justa contraprestación³⁰. No existe, en realidad, una dicotomía o contraposición entre la seguridad estática y la seguridad dinámica de los derechos de propiedad. Por el contrario, a mayor seguridad estática de los derechos, mayor seguridad dinámica. Es más fácil comercializar un derecho sólido e inexpugnable que un derecho raquítico y vulnerable.

²⁹ Ver sobre este tema: COASE, R. H.: “*The Problem of Social Cost*”, Journal of Law and Economics, III, October 1-44, 1972, en: *Economic Foundations of Private Law*, edited by Richard A. POSNER and Francesco PARISI, Elgar Critical Writings Reader, UK, USA, 2002, pp. 207-250; DEMSETZ, Harold: “*Toward a Theory of Property Rights*”, American Economic Review, 57 (2), May, 1967, *ibidem* pp. 251-267; CALABRESI, Guido and MELAMED, Douglas: “*Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*”, Harvard Law Review, April, 1972, *ibidem* pp. 280-321; NORTH, Douglass C.: *Structure and Change in Economic History*, WW Norton & Company, New York, London, 1981; *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, U.S.A., 2006. FURUBOTN, Eirik G. and RICHTER: Rudolf: *Institutions and Economic Theory. The Contribution of the New Institutional Economics (Neue Institutionenökonomik)* The University of Michigan Press, 2000; COOTER, Robert, MATTEI, Ugo, MONATERI, Pier Giuseppe, PARDOLESSI, Roberto y ULEN, Thomas: *Il mercato delle regole. Analisi Economica del Diritto civile*. Il Mulino, Bologna, 1999; BARZEL, Yoram: *Economic Analysis of Property Rights*, Second Edition, Cambridge University Press, 1999. y POSNER, Richard: *Economic Analysis of Law*. Aspen Law & Business. Fifth Edition, New York, 1998.

³⁰ El concepto de derecho subjetivo consiste en un ámbito privativo donde el interés individual prevalece sobre el interés general. El sacrificio del interés particular para la satisfacción del interés general se justifica solamente si la colectividad beneficiaria paga por el beneficio recibido. De otro modo, se está en presencia de una confiscación. En el caso particular de la usucapión, se está en presencia del sacrificio de un interés particular para beneficio de otro interés individual, privativo, el del nuevo propietario que ha adquirido por prescripción. Dicha apropiación sin contraprestación no es sino una confiscación privada. En nuestra opinión, la usucapión se justifica moralmente sólo si media una contraprestación económica justa al usucapido. Sin perjuicio de la discusión sobre la justificación actual de la figura de la usucapión, en lo que concierne al tema de nuestro estudio resulta claro que la usucapión subrepticia actual, que mata el derecho real adverso a espaldas de la publicidad registral, como un tumor maligno oculto, muy poco contribuye a la seguridad del tráfico jurídico.

c) La seguridad dinámica derivada del acceso a seguros colectivos o individuales contra los riesgos transaccionales. El potencial adquirente debe poder acceder a mecanismos de transferencia de riesgos transaccionales.

En los sistemas tipo Torrens los riesgos transaccionales son transferidos a un fondo público de indemnización. En los sistemas centrados en el seguro los adquirentes se protegen mediante pólizas individuales.

d) La existencia de reglas claras del juego transaccional. Deben existir reglas precisas y coherentes sobre el perfeccionamiento del contrato y los mecanismos de transferencia del derecho de propiedad³¹;

e) Un sistema eficiente de pacificación de títulos y resolución de conflictos. En este punto resulta crucial la creación de incentivos económicos coherentes.

5. *La agenda futura del Derecho costarricense*

La primera decisión que debe tomarse es si conviene encauzar la reforma de nuestra organización de derechos reales hacia un sistema de publicidad registral normativa, tipo *Torrens*, con protección al tercero de buena fe, o bien en la dirección opuesta, hacia un sistema de registro informativo, sin certificación

pública de la existencia de derechos, como el que opera en la mayor parte de los Estados Unidos. La decisión no puede basarse en preferencias subjetivas, sino, principalmente, en **razones económicas de costo-beneficio**, partiendo de nuestra realidad actual. No se trata de una decisión *in abstracto*, sobre cuál sistema es mejor. Ambos modelos funcionan razonablemente en países desarrollados. Es preciso partir de la realidad concreta vigente. Ello no implica adherir *a priori* el sistema de publicidad normativa. Es evidente que nuestros legisladores de finales del Siglo XIX tuvieron en mente un sistema de registro público idóneo para facilitar las transacciones, con protección al tercero de buena fe. La idea de un registro público de derechos que sirva de soporte fidedigno de las operaciones económicas resultaba muy atractiva, por comparación a complejas e inseguras investigaciones de títulos. Sin embargo, la idea original resulta muy distante nuestra realidad actual, según quedó expuesto en la primera parte de este trabajo.

No puede aceptarse *a priori*, sin previa reflexión y análisis económico, que lo que convenga sea reforzar el sistema de publicidad normativa. Bien podría ocurrir que el camino más corto y menos costoso para llegar a un sistema de organización de los derechos reales con las características de eficiencia arriba apuntadas, sea convertir el Registro Público en un registro

31 La combinación de un sistema consensual de transmisión de propiedad inter partes, con un sistema de oponibilidad a terceros mediante publicidad registral –propia del Derecho costarricense–, no es sino un intento infructuoso de mezcla de agua y aceite. De dicho experimento no ha derivado más utilidad que el goce académico de las sutilezas del efecto traslativo inter partes y el efecto traslativo erga omnes. Tales refinamientos no reditúan provecho alguno y, por el contrario, son fuente de contradicciones insalvables: Antes de la inscripción de la compraventa, el vendedor es, vis-à-vis a su comprador, el ex propietario y garante de evicción; pero sigue siendo el dueño frente a terceros. Resulta difícil concebir cómo ha podido subsistir tanto tiempo semejante esquizofrenia institucionalizada.

de publicidad informativa sin protección al tercero de buena fe, y dejar que los riesgos transaccionales sean asignados al adquirente y simultáneamente transferidos o mutualizados por vía de pólizas de seguros. Esta hipótesis debe ser considerada seriamente y sometida a una ponderación costo-beneficio.

En caso contrario, de llegar a mantenerse la decisión ancestral a favor del registro de publicidad normativa, lo primero que debe organizarse es colectivización de los riesgos mediante la creación de fondos públicos de indemnización. No puede asignarse al *verus domino* la pérdida derivada del inadecuado funcionamiento del sistema registral. Tales pérdidas deben trasladarse a la colectividad beneficiaria de la publicidad normativa. En segundo lugar, debe realizarse equiparación entre títulos, planos y la realidad física de las parcelas, lotes y fincas, a fin de asegurar: Que todo el territorio nacional quede inscrito; y que cada finca cuente con un plano único y un registro único. Dicho fin no puede alcanzarse sin la instauración de un proceso de pacificación y purificación de títulos, con jueces y peritos especializados. En tercer lugar, deben someterse a publicidad registral

todas las reglamentaciones urbanísticas, ambientales y de cualquier otra naturaleza que afecten a cada fundo, a fin que baste un estudio de registro para conocer integralmente el contenido y limitaciones del derecho en cuestión. En cuarto lugar, deben revisarse, una a una, las instituciones sustantivas incluidas en el elenco de "riesgos transaccionales" (ver *supra*), y promulgar las reformas legales necesarias a fin que ninguna de ellas tenga vida autónoma extrarregistral, todo con el propósito de que el potencial adquirente y la generalidad de los usuarios, de un solo golpe de vista, puedan conocer la verdadera y completa situación jurídica de cada inmueble. En quinto lugar, nada mal vendría estatuir reglas claras y coherentes del juego transaccional, lo cual implica corregir el añejo error histórico que implicó la combinación de sistemas incompatibles de transmisión consensual y publicidad normativa. En sexto lugar, sería muy bienvenida la ayuda tecnológica necesaria a los fines de la construcción de murallas para repeler la inscripción de documentos apócrifos. Y, finalmente, quizá convenga reorganizar la cuestión del notariado público, pero ese tema es harina de otro costal.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES A TRAVÉS DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL EN CENTROAMÉRICA

Javier Llobet Rodríguez
Catedrático de la Universidad de Costa Rica

1. EL DEBER ESTATAL DE PROTEGER A LOS NIÑOS Y LOS ADOLESCENTES

El Derecho de la doctrina de la situación irregular, que imperó hasta la instauración de un nuevo paradigma por la Convención de Derechos del Niño de 1989, se caracterizaba por su carácter meramente tutelar, es decir protector de los niños y adolescentes. Lo anterior por supuesto desde un punto de vista teórico, ya que con frecuencia se llegaban a cometer las peores arbitrariedades. El nuevo paradigma del Derecho de la Niñez y la Adolescencia, parte de la consideración del niño y adolescente como un sujeto de derecho y no como un mero objeto de tutela. Sin embargo, no se abandona el deber estatal de protección de los menores de edad, aunque ahora para otorgarles derechos adicionales y no para restringir los derechos que se conceden a los adultos, como sucedía bajo la doctrina de la situación irregular.

La Convención de Derechos del Niño, lo mismo que las leyes y Códigos de la infancia y adolescencia centroamericanos parten de que la garantía de los derechos del niño y del adolescente se da prioritariamente en el ámbito familiar¹. Son los padres los que tienen en primer lugar el deber de cuidado y educación de sus hijos². Se parte de que los padres en principio son los mejor indicados para defender los derechos de sus hijos y para saber qué es lo que más los beneficia. Se considera para ello una presunción de que los padres actúan con base en el amor y el altruismo³. Así el papel que desempeña el Estado en la vida familiar y en la socialización de los niños y adolescentes es actuando en particular cuando el desarrollo de los deberes de los padres no se cumple, olvidándose los padres del carácter instrumental que tienen sus derechos, en cuanto deben actuar en defensa del interés superior del niño o adolescente⁴. Sobre el papel primordial que desempeña la familia dijo la Corte Interamericana de

1 Véase por ejemplo: Art. 4 de la Ley de Guatemala; Art. 7 del Código de Costa Rica; Art. 6 del Código de Nicaragua; Art. 83 del Código de Honduras.

2 Sobre ello: Aláez Corral (2003), p. 64, quien dice: "*En este régimen especial de protección tiene una especial participación la familia, como grupo social dentro del cual se desenvuelve durante los primeros años de edad el libre desarrollo de la personalidad del individuo y, con ello, el ejercicio actual, pero sobre todo potencial, de todos los derechos y libertades que la Constitución le reconoce*".

3 Cf. Grosman (2004), p. 47.

4 Sobre ello: Grosman (2004), p. 48.

Derechos Humanos en su opinión consultiva del 28 de agosto de 2002 sobre la condición jurídica y derechos del niño dijo:

“66. En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar (...)”.

Indicó además:

“71. El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño (...)”.

Se reconoce que la protección de los derechos del niño y del adolescente no corresponde solamente a la familia, sino también al Estado y a la comunidad a la que pertenece⁵. Con respecto a la obligación estatal de protección de los niños dijo la Corte Interamericana en la opinión consultiva de 28 de agosto de 2002:

“78. La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con

la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño (...)”. Sobre las obligaciones estatales de protección de la infancia y la adolescencia agregó la Corte:

“80. En cuanto a las condiciones de cuidado de los niños, el derecho a la vida que se consagra en el artículo 4 de la Convención Americana, no sólo comporta las prohibiciones que en ese precepto se establecen, sino la obligación de proveer de medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas (...)”.

81. El pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado (artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles. La Conferencia Internacional sobre Población y el

5 Véase: Nº 62 de la opinión consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, dada por la Corte Interamericana. En este sentido se dijo en una investigación uruguaya que la carta de ciudadanía de los niños, reconocida en la Convención de Derechos del Niño, “(...) tiene como reverso la obligación de los adultos, expresada en la tríada Estado, Comunidad y Familia, de crear las condiciones para que esos derechos sean ejercidos. Estas condiciones implican reacciones proactivas de generación de políticas públicas que garanticen los derechos económicos, sociales y culturales, así como reconocer y eliminar las restricciones para el ejercicio de los derechos civiles y políticos”. Pedrowicz (Coordinadora de la investigación) (2004), p. 11.

Desarrollo (El Cairo, 1994) resaltó que todos los Estados y todas las familias deberían dar la máxima prioridad posible a la infancia. El niño tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su bienestar y al más alto nivel posible de salud y a la educación. [...] (principio 11).

82. En igual sentido, la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) puntualizó que *deben reforzarse los mecanismos y programas nacionales e internacionales de defensa y protección de los niños, en particular las niñas, los niños abandonados, los niños de la calle y los niños explotados económica y sexualmente, incluidos los utilizados en la pornografía y la prostitución infantil o la venta de órganos, los niños víctimas de enfermedades, en particular el SIDA, los niños refugiados y desplazados, los niños detenidos, los niños en situaciones de conflicto armado y los niños víctimas del hambre y la sequía o de otras calamidades*".

Enfatizó la Corte:

"91. (...) El Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño".

En cuanto al papel del Estado es de gran importancia su obligación de intervención frente a familias disfuncionales, ello con base en el interés superior del niño, en particular en casos de abandono, de maltrato doméstico, abuso sexual y cualquier forma

de explotación de los niños y adolescentes. Igualmente debe intervenir el Estado para que los padres no vayan a impedir el desarrollo de las potencialidades del niño, por ejemplo que pongan obstáculos para su educación.

Por otro lado, el Estado tiene la obligación de garantizar condiciones de vida dignas para los niños y adolescentes, en particular la garantía de la educación, la salud, la alimentación y la vivienda. Se ha dicho desde esta perspectiva que no solamente la familia es responsable de la garantía de las condiciones necesarias para el desarrollo de las potencialidades del niño y del adolescente, sino el Estado tiene una corresponsabilidad, lo mismo que la Sociedad, de modo que debe dotarse al niño y al adolescente de las condiciones básicas necesarias para satisfacer sus necesidades⁶.

Con respecto a ello en la V Reunión Ministerial sobre Niñez y Política Social en las Américas, realizada en Kingston, Jamaica, del 9 al 13 de octubre de 2000 se aprobó una resolución denominada "El consenso de Kingston", en la que se reconoció que a pesar de los progresos logrados en los últimos años, la inversión social en materia de la niñez y la adolescencia sigue siendo insuficiente. Se asumió en dicha reunión los siguientes compromisos:

"1. Hacer todo esfuerzo necesario para que los niños, niñas, y adolescentes tengan oportunidades para desarrollar plenamente

6 Así: Pedernera (1997), p. 215. Véase también: Polakiewics (2004), p. 79, quien resalta los cambios que han ocurrido en la familia en los últimos tiempos, de modo que muchas de las funciones que le habían sido delegadas por el Estado, han dejado de ser exclusivas de ella. Agrega refiriéndose al abandono de la infancia como una vulneración de los derechos humanos: "La cuestión deja de pertenecer a la esfera de cumplimiento o incumplimiento de los responsables primarios del niño de sus deberes, para comprometer al Estado y a la comunidad, no ya en forma subsidiaria sino de modo directo, por la omisión de implementación de las acciones necesarias para evitar la violación de un derecho humano".

sus capacidades físicas, mentales, espirituales, morales y sociales y garantizar y promover el respeto por los derechos humanos.

2. *Desarrollar e implementar políticas y acciones integrales encaminadas a atacar los ciclos inter-generacionales de pobreza, erradicar la exclusión, la discriminación y la violación de los derechos humanos.*
3. *Promover acciones y mecanismos para maximizar la participación de los niños, niñas, y adolescentes en la toma de decisiones en todos aquellos asuntos que les afectan directa e indirectamente.*
4. *Apoyar la creación de mecanismos que faciliten la participación de la sociedad civil en todos aquellos asuntos que afecten a los niños, niñas y adolescentes.*
5. *Promover acciones para eliminar la discriminación y la exclusión de los grupos étnicos, los grupos religiosos, minorías lingüísticas y otras minorías y de las poblaciones indígenas, y para fortalecer las diversas identidades culturales.*
6. *Garantizar la protección de los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de abuso, incluyendo las lesiones, violencia, trato negligente, abuso sexual, explotación comercial, venta y tráfico, trabajo forzado, y el reclutamiento forzado u obligatorio para conflictos armados. Además, concebir para el efecto estrategias de apoyo combinadas, incluyendo reformas institucionales y legales, difusión de información, promoción del conocimiento de los derechos, formación de grupos de*

apoyo comunitarios y apoyo a mejores prácticas de crianza, con particular énfasis en el rol del padre.

7. *Asegurar la protección de los niños, niñas y adolescentes de toda forma de discriminación y castigo. Asimismo, apoyar e implementar políticas, planes y programas para promover su igualdad y respeto.*
8. *Asegurar que cada niño, niña, y adolescente en conflicto con la ley sea tratado de acuerdo a las garantías procesales, observando los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos legales nacionales e internacionales de protección a la niñez. Igualmente, tomar medidas según se necesiten para suministrar capacitación en derechos humanos y en administración de la justicia para la niñez y adolescencia, a todos aquellos relacionados con niños, niñas, y adolescentes en conflicto con la ley.*
9. *Asegurar los derechos de los niños, niñas y adolescentes con capacidades diferentes, incluyendo aquellos con discapacidades, a recibir servicios adecuados, la atención y la educación conforme a sus características. Así mismo, crear los mecanismos para apoyar a sus familias y/o a quienes les atienden y su integración plena a la sociedad.*
10. *Promover una alianza entre los gobiernos y la sociedad civil para apoyar a los niños, niñas y adolescentes para desarrollar valores que fomenten los derechos humanos y la igualdad, la paz, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y las relaciones equitativas de género.*

11. *Continuar el progreso hacia el acceso universal a los servicios integrales de salud, incluyendo la prevención efectiva, la atención temprana, el tratamiento y las estrategias de rehabilitación. Aumentar el conocimiento de niños, niñas, y adolescentes sobre salud sexual y reproductora, con especial énfasis en las enfermedades de transmisión sexual y el VIH/SIDA.*

12. *Avanzar hacia la universalización de una educación inicial, primaria y básica de alta calidad en un ambiente que promueva el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, estimule el respeto de los derechos humanos y los prepare para una vida responsable en la sociedad.*

13. *Incrementar los recursos, de acuerdo con su disponibilidad, para el pleno desarrollo y cuidado infantil temprano para asegurar mejores resultados de aprendizaje, reducir las desigualdades y garantizar el cumplimiento de los derechos humanos. Emprender acciones conjuntas con la sociedad civil y las familias para proveer salud, nutrición y educación adecuadas.*

14. *Diseñar y ejecutar programas enfocados a crear oportunidades para los niños, niñas, adolescentes, y adultos que no han recibido los beneficios de la educación formal o que se han retirado de la escuela. Se debe dar especial atención a los adolescentes en desventaja, tales como los que sufren alguna discapacidad, los afectados por el VIH/SIDA, las madres adolescentes y aquellos en conflicto con la ley.*

22. *Responder a los desafíos inesperados que surgirán y que este consenso no ha considerado.*

En todos esos casos, las decisiones que se tomen se basarán en los principios de la no-discriminación, el interés superior del niño, la máxima supervivencia y desarrollo y la participación de la niñez y la adolescencia”.

Se trata en definitiva de una reafirmación de los compromisos asumidos por los diversos Estados al ratificar la Convención de Derechos del Niño.

En Latinoamérica debe ser citada la declaración de Panamá, adoptada por los Jefes de Estado y de Gobierno de 21 países iberoamericanos en la ciudad de Panamá los días 17 y 18 de noviembre de 2000.

Se menciona entre otros aspectos:

“8. *Reconocemos la importancia fundamental de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho en nuestras sociedades y el papel rector y normativo del Estado en el diseño y ejecución de políticas sociales en beneficio de ellos y como garante de sus derechos y reiteramos nuestro compromiso en construir las bases para el desarrollo pleno de sus potencialidades y de su integración social, ante las oportunidades y retos que ofrece el mundo globalizado hoy*”.

Se admite en la declaración:

“(…) *La pobreza y extrema pobreza, la desigual distribución del ingreso, la exclusión social y la violencia intrafamiliar, son las principales causas de que los niños niñas y adolescentes ingresen prematuramente al mercado laboral, permanezcan en las calles, sean objeto de explotación económica o sexual, migren, infrinjan la ley y estén expuestos a situaciones de riesgo (…)*”.

En la declaración se hace una extensa enumeración de acciones tendientes a lograr la equidad y la justicia social, lo mismo que con respecto a la prevención de la delincuencia, tanto de la cometida en contra de los niños y adolescentes, como de la llevada a cabo por ellos⁷.

2. EL GASTO SOCIAL ESTATAL EN LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN CENTROAMÉRICA

Como una forma de combatir la pobreza y los problemas que ella implica para el desarrollo de una vida digna por parte de todos los que la sufren y en particular los niños y los adolescentes, tiene gran importancia lo que se ha denominado el gasto social, el que implica el ofrecimiento de bienes y servicios, por ejemplo la educación básica y los servicios de salud, lo mismo que suministrando transferencias monetarias para que las familias adquieran bienes y servicios en beneficio de los niños y los adolescentes⁸. Debe resaltarse que gran parte del gasto social no se dirige directamente a los niños y a los adolescentes, sino en

general a la totalidad de la población, pero en la medida en que benefician la situación de la familia llega a actuar también a favor de los niños y adolescentes⁹.

Debe tenerse en cuenta que se reconoce que existe una relación estrecha entre el gasto social y el grado de desarrollo humano, entendiéndose por éste “un proceso mediante el cual se amplían las oportunidades de los individuos, entre estas, las más importantes son una vida prolongada y saludable, acceso a la educación y disfrute de un nivel de vida decente”¹⁰. Se dice que los países con un menor desarrollo humano son aquellos países que invierten menos en gasto público social¹¹. Se señala que en Centroamérica el gasto público social sigue siendo insuficiente¹², lo que se refleja en los índices de pobreza centroamericanos. En un estudio entre 17 países latinoamericanos realizado en 1998-1999 el promedio regional fue de 540 dólares per cápita. Panamá y Costa Rica aparecieron entre los países con un mayor gasto social, siendo en el primero de dichos países de 644 y en el segundo de 622, mientras los demás

7 Cf. Declaración de Panamá: “Unidos por la niñez y la adolescencia, base de la justicia y la equidad en el nuevo milenio”. En: [www.iin.org.uy/declaracion de panama.htm](http://www.iin.org.uy/declaracion_de_panama.htm).

8 Así: UNICEF (2004), p. 115.

9 Dice Marta Polakiewicz: “Creemos que la mejor prevención es la que está destinada a sostener a la familia, a través de políticas sociales que disminuyan el desempleo, la marginalidad, la carencia y el desamparo en el que viven fracciones significativas de la sociedad”. Agrega: “Los derechos de la infancia no nacen de obligaciones sujetas a condición suspensiva; las familias con necesidades básicas insatisfechas, los índices de mortalidad infantil por causas evitables y todos los indicadores de pobreza estructural que forman parte de las estadísticas invocadas, aun desde el discurso oficial, deberán despojarse del tono demagógico que las tiñe e interpretarse, entonces como una mora por parte de los obligados directos respecto del cumplimiento de las obligaciones formalmente asumidas”. Polakiewicz (2004), pp. 80-81. Más adelante señala: “Es necesario comprender el carácter imprescindible y esencial de las políticas que hagan posible a las familias acceder a condiciones de vida dignas, que les permitan cumplir con su función de crianza. De lo contrario, sólo nos restará buscar soluciones tardías a problemas como la explotación infantil, los niños de la calle, el tráfico de niños, el consumo de drogas, la prostitución y tantos otros flagelos que día a día están cada vez más presentes en nuestra realidad cotidiana” (p. 100).

10 PNUD (2003), p. 34.

11 PNUD (2003), pp. 48 y 74.

12 PNUD (2003), p. 70.

13 PNUD (2003), p. 71.

países centroamericanos no alcanzaron los 100 dólares en 1997 y ocupan los últimos cuatro lugares entre los 17 países considerados. Así Guatemala apareció con un gasto de 107, El Salvador de 82, Honduras de 57 y Nicaragua de 57¹³. El promedio regional alcanzó 187 dólares, lo que es considerado como sumamente bajo dentro del contexto latinoamericano¹⁴.

Sin embargo, en lo relativo a Costa Rica debe resaltarse que desgraciadamente se ha producido una disminución del gasto social durante los dos últimos años, según se expresó en el Informe del Estado de la Nación de 2004¹⁵. Lo increíble es que según denuncia de la Contraloría General de la República, no obstante las múltiples necesidades existentes en materia social, las instituciones encargadas de programas sociales mostraron un superávit de 17,500 millones¹⁶.

El porcentaje del gasto social representó en Centroamérica el 10.7% del producto interno bruto, suma también muy baja¹⁷. En 1998-1999 el porcentaje de Panamá fue del 19.4%, de Costa Rica 16.8%, de Nicaragua 12.7%, de Honduras 7.4%, de Guatemala 6.2% y de El Salvador 4.3%.¹⁸

En lo relativo al gasto social, se señala que la educación tiene la mayor importancia en el gasto

social en Guatemala, Honduras y Nicaragua. Guatemala gastó 40 dólares per cápita en educación, 22 en salud, 16 en seguridad social y 30 en vivienda, agua, saneamiento y otros. Honduras gastó 32 en educación, 16 en salud y nutrición y 10 en vivienda, agua, saneamiento y otros. Nicaragua gastó 26 en educación, 20 en salud y nutrición y 12 en vivienda, agua, saneamiento y otros. En Costa Rica la mayor relevancia lo tiene la seguridad social, salud y nutrición. Así gastó en educación 163 dólares, en salud y nutrición 181, en seguridad social 216 y en vivienda, agua, saneamiento y otros 63. En Panamá resalta la salud y la nutrición. Gastó 198 en educación, 223 en salud y nutrición, 179 en seguridad social y 42 en vivienda, agua, saneamiento y otros. En lo relativo a la seguridad social se dice que no hay gasto en Honduras y Nicaragua, siendo muy bajo en Guatemala¹⁹.

Debe resaltarse lo bajo del gasto en salud en Centroamérica, resultando que menos de una cuarta parte de los centroamericanos están protegidos por un seguro social, siendo la mitad de los beneficiarios de Costa Rica y Panamá. En dichos países respectivamente están cubiertos el 60% y el 70% de la población, mientras que en países como El Salvador, Honduras y Guatemala el porcentaje es de menos del 15%. En Nicaragua es inferior al 10%.²⁰

14 PNUD (2003), p. 71.

15 Informe de la Nación (2005), p. 75.

16 Informe de la Nación (2005), p. 75.

17 PNUD (2003), p. 71.

18 PNUD (2003), p. 72.

19 PNUD (2003), p. 71.

20 PNUD (2003), p. 73.

3. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE COMO DERECHOS EXIGIBLES

La posición tradicional, imperante en un pasado, destacaba el menor grado de protección que reciben los derechos económicos, sociales y culturales, que los derechos civiles y políticos.

Ello se veía de la comparación entre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados ambos en el ámbito de la ONU en 1966. Así el artículo 2 inciso 2) del primero de ellos dice:

“Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

Por su parte el artículo 2 inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, incluso en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

La Convención de Derechos del Niño se caracteriza por haber contemplado tanto derechos civiles y políticos, como derechos económicos, sociales y culturales. Se señala en el artículo 4:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

La concepción tradicional de los derechos económicos, sociales y culturales le asignaba un carácter meramente programático a dichas

disposiciones, de modo que se consideraban como meras directivas, que eran ajenas a un derecho subjetivo, siendo en definitiva principios meramente políticos, abandonados para su reconocimiento a la discrecionalidad del legislador²¹. Otra posición, no muy distante a ésta, califica los derechos económicos, sociales y culturales como normas de principio, que el legislador está obligado a desarrollarlas, pero que sirven a configurar la estructura del Estado y a la interpretación de las normas jurídicas²². Ninguna de estas posiciones llega a reconocer un instrumento jurídico por el que se pudiera, por ejemplo, obligar al legislador a adoptar determinadas normas²³.

La tendencia actual es a reconocer la interdependencia que existe entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, de modo que estos últimos tienen relevancia para hacer efectivos los primeros, estando todos relacionados con la garantía del principio de dignidad

de la persona humana. En este sentido la Declaración de Teherán de 1968, proclamada por la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos de la ONU dijo:

“Como los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social”²⁴.

Sobre ello indica Carlos Villán Durán con acierto: *“En cuanto a la indivisibilidad, es otro principio de interpretación y de realización de los derechos humanos, pues no cabe establecer una separación entre las diversas categorías de derechos, toda vez que ‘el ser humano los necesita todos’ para conseguir su realización personal y social en dignidad.*

21 Sobre esta posición: Baldasarre (2001), p. 30. Critica Martín Prats: *“No es entonces por un tema de reconocimiento constitucional que los Derechos Humanos encuentran dificultades para ser protegidos o amparados sino que la no aplicación o mala interpretación de ciertos preceptos ha llevado a menoscabar en ocasiones la dignidad humana. En muchas ocasiones invocando razones de hecho de índole política, económicas o sociales se han justificado incumplimientos en las obligaciones constitucionales (...). La definición de muchas de las normas constitucionales que amparan derechos como programáticas ha dado lugar a que al no existir normas legales que la instrumenten sean dejadas como meros ideales a cumplir pero siempre y cuando las circunstancias lo permitan. De esa manera derechos fundamentales no son respetados en su integralidad y se justifica la actitud omisiva del Estado en tal sentido”*. Prats (1997), p. 51. Señala más adelante que a los derechos económicos, sociales y culturales las políticas oficiales los conducen: *“(…) a su consideración como meros principios programáticos y por tanto muchas veces postergables”*. Sin embargo, luego en forma confusa señala: *“Estos Derechos que si bien es cierto no pueden ser directamente exigibles por los particulares al existir una ausencia de vías o recursos procesales y legales correspondientes, igual obligan a los Estados, quienes no deben eludir la responsabilidad alegando la falta de recursos materiales”*. Prats (1997), p. 64.

22 Acerca de esta concepción: Baldasarre (2001), pp. 30-31.

23 Cf. Baldasarre (2001), p. 31.

24 En: Pacheco (1987), p. 187. Es conocida, sin embargo, la crítica realizada por Ernst Forsthoff a la compatibilidad entre el Estado de Derecho y el Estado Social, indicando que no son compatibles en el plano constitucional, teniendo prioridad los principios de una constitución liberal, relacionados con el Estado de Derecho. Señala que debe dársele prioridad a éste, de modo que el Estado Social puede abrirse paso solamente en la medida en que sea compatible con el Estado de Derecho. Indica que cualquier intento de fusionar el Estado de Derecho con el Estado Social está destinado al fracaso. Cf. Forsthoff (1986), pp. 43-67 (se trata de un artículo publicado originalmente en Alemania en 1961), pp. 43-67; Forsthoff (1986a), pp. 70-106.

*De ahí que la extrema pobreza constituya una negación de los derechos humanos más elementales, pues genera una exclusión social que impide el acceso al disfrute de los derechos que son básicos para asegurar la subsistencia humana en dignidad, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo*²⁵. Agrega más adelante: *“Forzoso es concluir que el disfrute de las libertades individuales debe ir acompañado del disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Dicho en términos más gráficos; de poco le sirve al ser humano tener reconocido el derecho de asociación si no dispone de recursos para cubrir sus necesidades básicas de subsistencia que le permitan ejercer simultáneamente sus derechos a la alimentación, salud, educación y vivienda*²⁶.

La diferenciación entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales no es fácil de hacer²⁷, existiendo derechos de muy difícil clasificación, por ejemplo el derecho de propiedad, libertad de enseñanza y la libertad de trabajo²⁸. Por otro lado, ya no puede admitirse la diferenciación que se hacía tradicionalmente entre ellos, en cuanto se indicaba que frente a los primeros

el Estado desempeña primordialmente una función pasiva, de no interferir violentándolos, mientras que en los segundos la obligación del Estado es principalmente positiva, de hacer, brindando prestaciones a los administrados²⁹. Así hoy día se ha indicado que con relación a los derechos civiles y políticos la obligación del Estado es también la de evitar violaciones a los derechos por parte de los mismos particulares, lo mismo que en caso de que se den, debe realizar una tutela judicial, de modo que, por ejemplo, con respecto a los hechos delictivos tiene el deber de llevar a cabo una investigación seria y eficiente³⁰. Igualmente con respecto a los hechos delictivos debe tener una legislación que respete el debido proceso y debe dotarse de los medios económicos a la Administración de Justicia, de modo que cumpla adecuadamente su función³¹.

Se tiende hoy a defender la juridicidad de los derechos económicos, sociales y culturales³². Se dice así por Ferrajoli que ninguna mayoría puede dejar de decidir las medidas necesarias para que a una persona le sea asegurada la subsistencia y la supervivencia. Indica así que son vitales el derecho a la vivienda, al trabajo, a la enseñanza y similares³³.

25 Villán Durán (2002), pp. 93-94.

26 Villán Durán (2002), p. 95. Sobre ello véase también: Gros Espiell (1988), pp. 324-325; Cançado Trindade (2006), pp. 95-144.

27 Cf. Gros Espiell (1988), p. 326.

28 Cf. Gros Espiell (1988), p. 330.

29 Tradicionalmente se ha dicho que los derechos civiles y políticos, llamados derechos humanos de la primera generación, implican un deber de abstención del Estado, que desempeña una función primordialmente pasiva, aunque existe también el deber del Estado de proteger estos derechos frente a terceras personas. Además debe garantizarse que los derechos se puedan ejercer sin discriminación. Por su parte, en los derechos económicos, sociales y culturales el Estado tiene primordialmente una obligación de hacer, de brindar los medios materiales que garanticen la asistencia económica, social, sanitaria, cultural, etc. Cf. Gros Espiell (1988), pp. 328-332.

30 Con respecto a ello: Abramovich/Courtis (2004), p. 31.

31 Cf. Hutter (2003), p. 70.

32 Cf. Ferrajoli (1995), pp. 860-866.

33 Cf. Ferrajoli (1995), pp. 865-866.

Debe llegarse a adoptar la concepción del enfoque de derechos con respecto a los derechos de los niños y los adolescentes. Sobre dicha concepción: Esta concepción implica: 1) la acción es obligatoria, 2) las personas gozan de derechos establecidos, 3) La gente pobre tiene derecho a la ayuda como sujeto de derechos, 4) todas las personas tienen el mismo derecho a la plena realización de su potencial: se les debe ayudar para que lo logren, 5) las personas con quienes se realiza el trabajo de desarrollo son participantes activos por derecho, 6) los derechos son universales e inalienables, no se les puede diluir ni negar, 7) se deben cambiar eficazmente las estructuras de poder que obstaculizan el progreso en el cumplimiento de los derechos humanos, 8) los agentes de desarrollo deben empoderar a los sujetos de derechos para que reclamen sus derechos y participen en forma activa en la toma pública de decisiones y 9) los derechos son invisibles e interdependientes, aunque en cualquier situación se requiera priorizar desde un aspecto práctico³⁴.

Tanto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, como el Comité de Derechos del Niño de la ONU, admiten la juridicidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Se ha dicho por el primero de ellos que el Estado al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adquiere una serie de obligaciones que se dividen en “estratos”, debiendo: a) respetar, b) proteger, c) promover y d) hacer efectivo cada uno de los derechos.

Así se requiere en primer lugar que el Estado adopte las medidas legislativas y de otro carácter (administrativas, judiciales, políticas, económicas, sociales, educacionales), que sean necesarias para el pleno goce de los derechos contemplados en el Pacto. Se dice por el Comité que conforme al Pacto debe lograrse en forma progresiva la plena efectividad de los derechos, pero que ello en ocasiones ha sido mal interpretado, ya que no se trata que deben hacerse efectivos los derechos del Pacto, sólo una vez que un Estado haya alcanzado un nivel de desarrollo económico, sino “*al contrario, el deber en cuestión obliga a todos los Estados Partes, independientemente de cuál sea su nivel de riqueza nacional, a avanzar de inmediato y lo más rápidamente posible hacia la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales*”. Agrega: “*La interpretación de esta cláusula nunca debe conducir a pensar que permite a los Estados aplazar indefinidamente sus esfuerzos para asegurar el goce de los derechos proclamados en el Pacto*”³⁵. Indica que aunque ciertos derechos deben prestarse para hacerse efectivos a una obligación progresiva, otros, por ejemplo la prohibición de discriminación, deben cumplirse inmediatamente³⁶. Señala además el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que la mención de que debe tratarse de hacerse efectivos los derechos hasta el máximo de los recursos de que se disponga, ha llevado con frecuencia para justificar la falta de disfrute de los derechos³⁷.

34 Esta enumeración es tomada de: Save the Children (2005), p. 31.

35 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, s.f.

36 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, s.f. Sobre la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad: Abramovich/Courtis (2004), p. 92-116.

37 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, s.f.

Sin embargo, indica- este requisito obliga a los Estados a garantizar al menos el mínimo de los derechos de subsistencia para todos, independientemente del desarrollo económico de un país determinado³⁸.

El Comité de Derechos del Niño de la ONU ha asumido lo indicado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de dicha organización³⁹. Ha señalado que cuando un Estado ratifica la Convención de Derechos del Niño adquiere la obligación de aplicarla⁴⁰, debiendo traducir en realidad los derechos humanos de los niños. Ha enfatizado que el Estado debe reconocer el derecho a invocar ante los tribunales no solamente los derechos civiles y políticos, sino también los derechos económicos, sociales y culturales⁴¹. Ha agregado: *“Para que los derechos cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar sus violaciones. Esta exigencia está implícita en la Convención, y se hace referencia a ella sistemáticamente en los otros seis principales instrumentos internacionales*

relativos a los derechos humanos. La situación especial y dependiente de los niños les crea dificultades reales cuando los niños quieren interponer recursos por la violación de sus derechos. Por consiguiente, los Estados deben tratar particularmente de lograr que los niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños. Ello debería incluir el suministro de información adaptada a las necesidades del niño, el asesoramiento, la promoción, incluido el apoyo a la autopromoción, y el acceso a procedimientos independientes de denuncia y a los tribunales con la asistencia letrada y de otra índole necesaria. Cuando se comprueba que se han violado los derechos, debería existir una reparación apropiada, incluyendo una indemnización, y, cuando sea necesario, la adopción de medidas para promover la recuperación física y psicológica, la rehabilitación y la reintegración, según lo dispuesto en el artículo 39”. Indica a continuación: *“El Comité subraya que los derechos económicos, sociales y culturales,*

38 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, s.f. Con respecto a lo indicado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales comenta Víctor Bazán: *“La observación general No. 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (ONU) – en adelante, también, Comité de DESC – pone de manifiesto que la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos ‘grupos’ de derechos (refiriéndose a la DESC y a los civiles y políticos) son indivisibles e interdependientes, al tiempo que ‘reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”*. Bazán (2005), p. 550. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, dado el 26 de febrero de 1999, dijo: *“35. La Comisión reconoce que el deber del Estado en este contexto es el de avanzar hacia la protección cabal de conformidad con sus posibilidades. De esta manera, la Convención de Derechos del Niño establece que las medidas que debe adoptar el Estado para garantizar la nutrición y la vivienda son las posibles ‘de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios’. De la misma manera en relación con los derechos económicos y sociales en general, la Convención Americana compromete a los Estados a adoptar medidas ‘para lograr progresivamente la plena efectividad’ de dichos derechos. 36. Sin embargo, la naturaleza del deber del Estado reseñada en el párrafo anterior no implica que no exista obligación concreta. De hecho, dado que los niños deben gozar de una especial protección requerida por su condición de menor, el deber de garantizarles un nivel de vida adecuado debe ser una prioridad entre los programas del Estado y el gasto público (...)”*. Cf. Relatoría de la niñez CIDH/OEA (2002), p. 205.

39 Comité de Derechos del Niño (2003), p. 3.

40 Comité de Derechos del Niño (2003), p. 2.

41 Comité de Derechos del Niño (2003), p. 3.

*así como los derechos civiles y políticos, deben poder invocarse ante los tribunales. Es esencial que en la legislación nacional se establezcan derechos lo suficientemente concretos como para que los recursos por su infracción sean efectivos*⁴².

Debe reconocerse que la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales da un cierto margen de apreciación a los Estados sobre la forma de implementarlos, ello a través de las diversas políticas económicas y sociales, debiendo así reflejar una razonabilidad⁴³. Este margen es propio del sistema democrático⁴⁴. Es decir con respecto a los medios para la garantía de dichos derechos, se permite con frecuencia un ámbito discrecional, aunque está reglado el fin al que debe dirigirse la política estatal, esto es a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁵, de modo que, como se dijo antes, se llegue a garantizar un nivel esencial de los derechos⁴⁶, debiéndose llegar en forma progresiva a la plena efectividad de

los derechos reconocidos⁴⁷. Se agrega a ello que el principio del interés superior del niño lleva a la prioridad que deben tener para el Estado los programas para la protección de la niñez y la adolescencia, de modo que incluso podría llegarse a discutir la insuficiencia del presupuesto nacional destinado a ello⁴⁸. El Comité de Derechos del Niño de la ONU ha llegado a indicar que debe existir una “visibilidad de los niños en los presupuestos”. Ha dicho que: *“Ningún Estado puede decir si para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales está adoptando medidas ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’, como lo dispone el artículo 4, a menos que pueda determinar la proporción de los presupuestos nacionales y de otros presupuestos que se destinan al sector social y, dentro de éste, a los niños, tanto directa como indirectamente*⁴⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al dar la opinión consultiva del 28 de agosto de 2002 sobre la condición y derechos

42 Comité de Derechos del Niño (2003), p. 9.

43 Dicen Víctor Abramovich y Christian Courtis: *“Cabe destacar que el examen judicial no necesariamente debe centrarse sobre la conducta concreta que debe exigírsele al Estado. Cuando el Estado asume una vía de acción en el cumplimiento de la obligación de adoptar medidas de satisfacción de un derecho social, el Poder Judicial puede analizar también la elección efectuada por el Estado a partir de nociones tales como la razonabilidad, o bien de carácter adecuado o apropiado, que tampoco son ajenas a la tradición de control judicial de actos de los poderes políticos. Los jueces no sustituyen a los poderes políticos en la elección concreta de la política pública diseñada para la satisfacción del derecho, sino que examinan la idoneidad de las medidas elegidas para lograr esa satisfacción. Aunque el margen que tiene el Estado para adoptar decisiones es amplio, aspectos tales como la exclusión de ciertos grupos que requieren especial protección, la notoria deficiencia de la cobertura de las necesidades mínimas definidas por el contenido del derecho o el empeoramiento de las condiciones de goce de un derecho son pasibles de control judicial en términos de razonabilidad o de estándares similares”*. Abramovich/Courtis (2004), p. 126.

44 Señala, sin embargo, con razón el Comité de Derechos del Niño: *“El Comité, subrayando que las políticas económicas no son nunca neutrales en sus consecuencias sobre los derechos del niño, expresa su profunda preocupación por los frecuentes efectos negativos que tienen sobre los niños los programas de ajuste estructural y la transición a una economía de mercado”*. Comité de Derechos del Niño (2003), pp. 15-16.

45 Cf. Gialdino (2002), p. 143.

46 Cf. Gialdino (2002), p. 136.

47 Cf. Gialdino (2002), p. 135.

48 Comité de Derechos del Niño (2003), p. 3.

49 Comité de Derechos del Niño (2003), p. 15.

de los niños partió de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales del niño, recogiendo los criterios arriba indicados. Allí hizo mención a la obligación estatal de realizar todas las medidas para la plena vigencia de los derechos de los niños (No. 91), señalando que el Estado para la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales debe realizar el mayor esfuerzo, ello “de manera constante y deliberada”, “evitando retrocesos y demoras injustificadas” y “asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles” (Nº 81).

La redacción de los Códigos y leyes de la niñez y la adolescencia en Centroamérica, debe llevar a considerar que regulan deberes estatales de protección, que implican a su vez derechos de los niños y adolescentes. Esto se aprecia, por ejemplo, en el artículo 4 de la Ley de Guatemala, que hace mención al deber del Estado de proteger a la familia, para que pueda cumplir con la garantía de los derechos de los niños, las niñas y los y las adolescentes. Se agrega a ello el artículo 6, que indica que el Estado debe tutelar la niñez y la adolescencia, estando obligado a desarrollar políticas públicas en ese sentido, asignándose fondos públicos específicos para ello. Además el artículo 76 regula la obligación estatal de intervenir ante cualquier violación o amenaza de los derechos de los niños y adolescentes. El artículo 6 del Código de Honduras establece la obligación estatal de desarrollar una política social de protección de la niñez y la adolescencia, garantizándole sus derechos. Ello debe llevar a considerar que se trata de derechos que pueden ser exigidos ante los tribunales.

En lo relativo a la exigibilidad por vía judicial de los derechos económicos, sociales y

culturales de los niños y los adolescentes debe destacarse lo indicado en el Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica, que señala en su artículo 4:

“Políticas estatales

Será obligación general del Estado adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas menores de edad.

En la formulación y ejecución de políticas, el acceso a los servicios públicos y su prestación se mantendrá siempre presente el interés superior de estas personas. Toda acción u omisión contraria a este principio constituye un acto discriminatorio que viola los derechos fundamentales de esta población.

De conformidad con el régimen de protección especial que la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño, este Código y leyes conexas garantizan a las personas menores de edad, el Estado no podrá alegar limitaciones presupuestarias para desatender las obligaciones aquí establecidas” (el subrayado no es del original).

Se establece, por otro lado, obligaciones concretas estatales con respecto en particular a la educación y salud. Así con respecto a la primera se dice en el artículo 59:

“Derecho a la enseñanza gratuita y obligatoria

La educación preescolar, la educación general básica y la educación diversificada serán gratuitas, obligatorias y costeadas por el Estado.

El acceso a la enseñanza obligatoria y gratuita será un derecho fundamental. La falta de acciones gubernamentales para facilitararlo y garantizarlo constituirá una violación del Derecho e importará responsabilidad de la autoridad competente”.

Por su parte en lo relativo a la salud se dispone por el artículo 41:

“Derecho a la atención médica

Las personas menores de edad gozarán de atención médica directa y gratuita por parte del Estado.

Los centros o servicios públicos de prevención y atención de la salud quedarán obligados a prestar, en forma inmediata, el servicio que esa población requiera sin discriminación de raza, género, condición social ni nacionalidad. No podrá aducirse ausencia de sus representantes legales, carencia de documentos de identidad, falta de cupo ni otra circunstancia”.

Se prevé también una ayuda estatal a los niños y adolescentes cuando los padres no pueden suministrarles alimentos. Se establece en el artículo 38:

“Subsidio supletorio

Si el obligado preferente se ausentare, presentare incapacidad temporal o imposibilidad de hecho para cumplir con el deber de brindar alimentos a una persona menor de edad

o una embarazada, el Estado le brindará supletoriamente los alimentos por medio de la incorporación de estas familias a procesos de promoción social y desarrollo humano, mediante programas interinstitucionales en los que, de acuerdo con su situación particular, intervendrán el Instituto Mixto de Ayuda Social, el Patronato Nacional de la Infancia, la Caja Costarricense de Seguro Social, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Salud o cualquier otro necesario para garantizar un tratamiento integral a la familia con el apoyo de las redes de la sociedad civil organizada, establecidas para tal fin. Las embarazadas tendrán derecho al subsidio únicamente durante el período prenatal y de lactancia. Cuando los alimentos son reclamados en sede judicial y se constate que ocurre alguna de esas circunstancias, el juez gestionará el subsidio ante el Instituto Mixto de Ayuda Social”.

Referencias similares a la protección en particular de la atención médica en centros hospitalarios, lo mismo que el derecho a la educación básica, se encuentran en los diversos países centroamericanos⁵⁰.

4. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DEL NIÑO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

⁵⁰ Arts. 41 (atención hospitalaria) y 43 (educación básica) del Código de Nicaragua; Arts. 22 (atención hospitalaria) y 36 (educación básica) del Código de Honduras; Art. 37 (educación básica) de la Ley de Guatemala. El artículo 28 de la Ley de Guatemala establece que queda garantizada la atención médica de los niños y adolescentes en el sistema público de salud; Arts. 353-364 del Código de Familia de El Salvador.

puede hacer referencia a instrumentos internacionales suscritos fuera del ámbito americano, pero con respecto a los cuales los Estados americanos forman parte⁵¹. En gran parte la opinión consultiva del 28 de agosto de 2002 es consecuencia de ello, realizándose un desarrollo principalmente de la Convención de Derechos del Niño⁵². Sin embargo de gran relevancia es que la Corte Interamericana ha admitido que puede acudir a la Convención de Derechos del Niño para llenar de contenido el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dice:

“Derecho del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Sobre ello debe destacarse lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los deberes de protección del Estado con respecto a la niñez y la adolescencia, evitando que se produzca la marginación social que lleva a muchos niños a vivir en la calle. Dijo así en la sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Caso de los “Niños de la Calle”), dictada en contra de Guatemala:

“191. A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una

práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los ‘niños de la calle’, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el ‘pleno y armonioso desarrollo de su personalidad’, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida”.

Se reiteró luego en dicha resolución además la obligación estatal de garantizar las condiciones mínimas de existencia a los niños, ello como consecuencia del principio de dignidad de la persona humana. Para ello se hizo mención a los artículos 2, 3, 6, 20, 27 y 37 de la Convención de Derechos del Niño, en cuanto establecen la prohibición de discriminación (Art. 2), el deber de protección y cuidado de los niños (Art. 3), el derecho a la vida, la supervivencia y al desarrollo del niño (Art. 6), al deber estatal de protección y asistencia de los niños privados de su medio familiar (Art. 20), la obligación estatal de garantizar un nivel de vida adecuado a los niños para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y la obligación estatal de prestar asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la

51 Véase: Corte Interamericana, opinión consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983 (No. 21). Sobre las opiniones consultivas. Llobet Rodríguez (2005), pp. 442-447, 469-479.

52 Una crítica a dicha resolución en: Beloff (2004), pp. 79-191.

nutrición, el vestuario y la vivienda (Art. 27), la prohibición de la tortura y detenciones arbitrarias, unido al trato digno que se le debe dar a los menores privados de libertad (Art. 37). Se señaló a continuación:

“196. Las normas transcritas permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las ‘medidas de protección’ a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación (...).”

La resolución de la Corte Interamericana tiene una especial importancia, ya que no solamente declaró la responsabilidad del Estado por la tortura y muerte de los menores de edad que fueron privados arbitrariamente de su libertad por fuerzas de la policía, sino además hizo referencia a que el estado en desamparo en que se encontraban las víctimas, por estar en situación de riesgo, implicó un incumplimiento de los derechos económicos y sociales de ellas, al impedírseles una mínimas condiciones de vida digna y el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad (Nº 191).

Sobre la importancia de dicha resolución se ha dicho: *“El fallo marca el inicio de una protección más efectiva e integral en materia de niñez, no solo desde el aspecto jurídico, sino también en*

las facetas social, política y económica. Desde el punto de vista jurídico, por otro lado, establece nuevos parámetros para determinar la violación de violación de diversos artículos de la CADH; por otro lado, interpreta el artículo 19 de la CADH con la Convención Internacional de Derechos del Niño de las Naciones Unidas. En la sentencia de fondo, la Corte resolvió que el Estado guatemalteco había violado las obligaciones derivadas del artículo 19 de la CADH en perjuicio de tres adolescentes menores de edad, lo que expande su jurisdicción (aunque sólo para menores de edad) a los casos sobre violaciones de derechos económicos, sociales y culturales, los cuales son ignorados e irrespetados. De este modo, la violación al artículo 19 de la CADH puede establecerse mediante la evidencia que demuestre la situación de precariedad y riesgo de los niños de la calle junto con la falta de medidas para subsanarla. Así la Corte reconoció que ‘Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus iuris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y alcance de la disposición general definida en el artículo 19 de la CADH’⁵³.

En la sentencia del 26 de mayo de 2001, referente a las reparaciones del caso de los “Niños de la calle”, la Corte Interamericana reiteró la necesidad de prevenir hechos como los resueltos. Indicó allí:

“(...) Esta Corte considera que Guatemala debe implementar en su derecho interno, de

53 Krsticevic/Nuño (Responsables del informe), 2003, p. 26. Sobre la protección otorgada por la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana a los derechos económicos, sociales y culturales: Bazán (2005), pp. 576-577. Con respecto a la posibilidad de reclamar ante la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana la violación de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de Estados que incluso no hayan ratificado el Protocolo de San Salvador, aunque sí lo hayan firmado: Bazán (2005), pp. 574-575, 582.

acuerdo al artículo 2 de la Convención, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias con el objeto de adecuar la normativa guatemalteca al artículo 19 de la Convención, para prevenir que se den en el futuro hechos como los examinados. Pese a lo dicho, la Corte no está en posición de afirmar cuáles deben ser dichas medidas y si, en particular deben consistir, como lo solicitan los representantes de los familiares de las víctimas y la Comisión, en derogar el Código de la Niñez de 1979 o en poner en vigencia el Código de la Niñez y la Juventud aprobado por el Congreso de la República de Guatemala en 1996 y el Plan de Acción a Favor de Niños, Niñas y Jóvenes de la Calle de 1997”.

Debe anotarse que Mary Beloff ha criticado fuertemente lo resuelto por la Corte Interamericana con respecto al artículo 19 de la Convención Americana, estimando que perdió la oportunidad de determinar las medidas especiales de protección que el Estado de Guatemala. Señaló que en definitiva la Corte partió de una concepción tutelar, ya superada con la Convención de Derechos del Niño. Dijo que la Corte no aprovechó la oportunidad para criticar las medidas de protección contempladas tradicionalmente en

Latinoamérica, de lo que era una expresión el Código de la Niñez guatemalteco de 1979, que llevaban a que niños pobres e imputados de delitos fueran tratados de igual manera⁵⁴.

Dicha crítica es exagerada, siendo consecuencia de la pretensión de Mary Beloff de que la Corte Interamericana desautorizara el sistema de la justicia juvenil conforme a la doctrina de la situación irregular que existía en ese momento en Guatemala, lo que no era propiamente lo que se discutía en el caso concreto. De todas maneras la Corte Interamericana poco tiempo después, en la opinión consultiva del 28 de agosto de 2002, referente a la condición jurídica y derechos del niño, se pronunció expresamente en contra del sistema tutelar propio de la situación irregular⁵⁵. Debe agregarse que pretensiones como las que se habían sostenido por las víctimas y por la Comisión Interamericana, de que se obligara a Guatemala a derogar el Código de 1979 o a poner en vigencia el Código aprobado en 1996, son peticiones concretas con respecto a las medidas a tomar, que en principio no corresponde a la Corte disponerlas, debido al ámbito de apreciación que debe concederse a los Estados para cumplir con las prescripciones de la Convención. Lo anterior máxime que en el caso concreto no estaba propiamente en discusión la justicia juvenil de

54 Beloff (2000), pp. 395-416.

55 Dijo la Corte: “108. Esto conduce a considerar la hipótesis de que los menores de edad –niños, en el sentido de la Convención respectiva- incurran en conductas ilícitas. La actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado. Esta Corte ha señalado que el principio de legalidad penal ‘implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales’. Esta garantía, contemplada en el artículo 9 de la Convención Americana, debe ser otorgada a los niños”. Mary Beloff, sin embargo, ha criticado fuertemente lo que indicó la Corte Interamericana con respecto a la justicia penal juvenil, considerando que en la misma se encuentran resabios de la concepción tutelar. Cf. Beloff (2004), pp. 131-142.

Guatemala. La crítica de Mary Beloff la lleva en definitiva a no reconocer el avance que supuso el reconocimiento del deber estatal de proteger los derechos económicos, sociales y culturales de los niños y adolescentes, tal y como se indicó arriba, que abrió la posibilidad de reclamar ante ella violaciones de derechos económicos, sociales y culturales de los niños, ampliando con ello el ámbito de su jurisdicción, tradicionalmente limitada a los derechos individuales y políticos.

Con posterioridad la Corte Interamericana en la sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Caso “Instituto de reeducación del menor” vs. Paraguay) reiteró la obligación estatal de tutelar los derechos económicos, sociales y culturales de los menores de edad, como consecuencia del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, interpretando el mismo en relación con la Convención de Derechos del Niño y el Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) (Nº 148). Señaló:

“149. En el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, debe tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos. Las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños”.

La obligación estatal de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de los niños, como parte de las obligaciones contraídas al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, ha sido sostenida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Por ejemplo en el quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, dado el 6 de abril de 2001 señaló:

“17. El derecho del niño a medidas especiales de protección exige que el Estado tome medidas para evitar que los menores sean objeto de violaciones y para responder con la debida diligencia a cualesquiera violaciones que tengan derecho que tengan lugar a pesar de tales medidas. El deber de prevenir se extiende a los derechos civiles y políticos, al igual que a los de orden económicos, social y cultural, según se requiera”⁵⁶.

5. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LOS NIÑOS Y LOS ADOLESCENTES POR LA JURISDICCIÓN NACIONAL

El reconocimiento de la Corte Interamericana de la judicialidad ante ella de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños y adolescentes, ello como consecuencia de lo establecido en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe llevar también a reconocer dicha judicialidad en los diversos países latinoamericanos. En efecto en general un principio del que parten los instrumentos internacionales

56 Cf. Relatoría de la niñez CIDH/OEA (2002), p. 242.

sobre derechos humanos es la aplicación prioritaria que debe hacerse de los mismos por la jurisdicción interna, de modo que los mecanismos de control de la violación de dichos instrumentos establecidos por la Comunidad Internacional, operan solamente con un carácter subsidiario⁵⁷.

Sobre la prioridad de la aplicación interna la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo en la sentencia del 29 de julio de 1988, relativa al caso Velásquez Rodríguez:

“61. La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta ‘coadyuvante o complementaria’ de la interna (Convención Americana, Preámbulo)”.

Ello lleva a que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general se establezca la necesidad de que se hayan agotado los recursos internos, esto antes de acudir a un órgano internacional de protección de los derechos humanos⁵⁸.

Así la CADH, lo mismo que otros instrumentos internacionales de derechos humanos, debe

ser aplicada en primer término por los órganos internos del Estado, dentro de los cuales tienen un papel relevante los órganos jurisdiccionales del mismo, especialmente cuando ha ocurrido una violación de los derechos humanos. Sobre ello es importante lo indicado por Juan Méndez:

“Una obligación internacional puede cumplirse de varias maneras y por vía de diversos poderes del Estado. Al derecho internacional le es indiferente que esa obligación se cumpla por vía administrativa, judicial o del Poder Legislativo, de la misma manera que la división de poderes sería inoponible a la comunidad como causal de incumplimiento de una obligación solemnemente contraída por ella (...). Sin embargo, ante un incumplimiento, ya sea total o parcial, es a la justicia a quien corresponderá arbitrar los medios para garantizar el goce del derecho, tanto porque en derecho interno el Poder Judicial es garante final de los derechos de las personas, como porque es el estamento judicial al que compete la responsabilidad por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno”⁵⁹.

Esto se refleja en el Art. 46 inciso 1 a) de la CADH, que dispone que para que una petición o comunicación sea admitida por la Comisión se requiere: *“que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme*

57 En ese sentido la Declaración de la ONU sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentalmente universalmente reconocidos indica en su artículo 3: *“El derecho interno, en cuanto concuerda con la Carta de las Naciones Unidas y otras obligaciones internacionales del Estado en la esfera de los derechos humanos y las libertades fundamentales, es el marco jurídico en el cual se deben materializar y ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales y en el cual deben llevarse a cabo todas las actividades a que se hace referencia en la presente Declaración para la promoción, protección y realización efectiva de esos derechos y libertades”*. Sobre la prioridad que debe tener la aplicación en la jurisdicción interna de los tratados internacionales relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales: Abramovich/Courtis (2004), pp. 75-76.

58 Sobre el agotamiento de los recursos internos: Navia, 1993, pp. 62-66; Piza, Rodolfo/Trejos, G. 1989, pp. 267-280.

59 Méndez, 1998, p. 532. Véase también: Abregú, 1998, p. 10. Sobre la complicidad de los poderes judiciales latinoamericanos con respecto a la tortura y las desapariciones forzadas durante la vigencia de la llamada Doctrina de la Seguridad Nacional: Zaffaroni, 2001, pp. 47-64.

a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”.

Por su parte el inciso 2) del Art. 46 de la CADH indica que las disposiciones del inciso 1 no se aplicarán cuando:

“a) No exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”⁶⁰.

De acuerdo con lo anterior, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha admitido la judicialidad de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños establecidos en la Convención de Derechos del Niño, ello a partir de la interpretación del artículo

19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe llegarse también a admitir dicha judicialidad en la jurisdicción interna, lo que no es sino una consecuencia del agotamiento de la vía interna, como previo a acudir ante la Comisión y la Corte Interamericana.

Es importante anotar que muchos de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños son discutidos a diario en la jurisdicción ordinaria, primordialmente la de familia o bien la relativa a la niñez y la adolescencia. Se resuelven asuntos allí relacionados con el derecho a la familia, medidas de protección a menores de edad⁶¹ y a mantener contacto con los padres que estén separados del niño, el derecho de guardia y crianza, el derecho a saber quiénes son los padres, la adopción de los niños, igualmente se llegan a discutir problemas de abandono, explotación económica, abusos sexuales y violencia doméstica, lo mismo que asuntos en que se discute el suministro de drogas a los

60 Véase: Corte Interamericana, opinión consultiva OC-11 del 10 de agosto de 1990, correspondiente a las excepciones al agotamiento de los recursos internos.

61 Por ejemplo en el voto 7388-2000 del 22 de agosto de 2000 dijo la Sala Constitucional costarricense se resolvió con respecto a un asunto en que se siguió un proceso especial de protección en sede administrativa, confiriéndose abrigo temporal a un menor recién nacido, tomando en cuenta que se presumía que la madre habría sido objeto de incesto por su progenitor, con quien habitaba, en un hogar en el que el padre ejerce el control casi absoluto en el núcleo familiar. Con base en ello se negó en vía administrativa la posibilidad de entregarle el niño a la madre. Se dijo por la Sala: “Estima la Sala que lleva razón la recurrente en cuanto a que su hijo tiene derecho a estar con ella y recibir su atención y sus cuidados. Es claro que la medida de protección que impugna la accionante, es perjudicial no sólo para el hijo de la recurrente, a quien se le está separando de su madre biológica con todas las consecuencias negativas que ello conlleva, sino que también perjudica a la amparada, a la cual se le está negando el derecho de permanecer con su hijo. Además, si el Patronato Nacional de la Infancia consideró que el hijo de la recurrente estaba en una situación de riesgo, debió haber tomado en cuenta que al ser la recurrente una menor de edad y al presumirse que es víctima de incesto por parte de su padre, también está en riesgo su integridad física y emocional. Es evidente que la medida de protección tomada por parte de la Oficina del Oeste del PANI, no responde a las necesidades reales de los menores involucrados, sea la recurrente y su hijo recién nacido. Es un derecho de los menores permanecer en familia y si como en este caso, se determina que el hogar de la recurrente no es el idóneo ni para ella ni para su hijo, debe adoptarse una medida por medio de la cual puedan permanecer juntos, se brinde protección a ambos y se capacite a la recurrente para que pueda dar a su hijo la atención y los cuidados que necesita”.

menores de edad⁶². Además en la jurisdicción penal se discuten muchos de estos problemas, lo mismo que problemas de sustracción de menores⁶³ y de traslado ilegítimo de los mismos a otros países⁶⁴. Se agrega a ello que en la jurisdicción nacional se resuelven también aspectos relacionados con el derecho

a la educación y la salud, por ejemplo en la jurisdicción constitucional costarricense se ha discutido con mucha frecuencia disposiciones tomadas en las escuelas y colegios con respecto a los estudiantes, por ejemplo reclamos de adecuaciones curriculares⁶⁵, de sanciones disciplinarias⁶⁶, el rechazo de

62 En el voto 10499-2004 del 29 de septiembre de 2004 de la Sala Constitucional costarricense se discutió la procedencia de diversas medidas de investigación que se realizaron para determinar si los miembros de una secta suministraban droga a menores de edad, lo que implicó realizarles una serie de exámenes médicos a los menores de edad que se consideraba que estaban en situación de riesgo, luego del allanamiento del lugar en que habitaban los miembros de la secta. Se dijo: “*Concluye la Sala que las libertades y derechos garantizados por medio del Recurso de Hábeas Corpus no han sufrido lesión alguna ni amenaza ilegítima proveniente de las autoridades públicas accionadas. En efecto, con los elementos probatorios con que se cuenta en la especie estima la Sala que por el contrario, la intervención de esas autoridades en lo que atañe concretamente al menor amparado, fue efectuada en tutela de su interés superior por su minoridad y en ningún momento fue arbitrariamente detenido, como se acusa, sino solamente rescatado de una situación de riesgo social en que se encontraba, dentro de una propiedad y rodeado mayoritariamente por mayores de edad que no son sus responsables, quienes son investigados por existir en su contra indicios de que lo inducían –a él y a otros menores de edad- al consumo de una droga prohibida y eventualmente dañina para la salud, como lo es la marihuana*”.

63 Véase por ejemplo: Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, voto 17-F-97 del 15 de enero de 1997; 388-F-97 del 12 de mayo de 1997.

64 Véase por ejemplo: Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, voto 465-F-98 del primero de julio de 1998; voto 662-2002 del 29 de agosto de 2002.

65 Por ejemplo en el voto 3320-2002 del 9 de abril de 2002 de la Sala Constitucional costarricense se dijo: “*Entiende esta Sala la necesidad y conveniencia de establecer un calendario de actividades programadas por el Ministerio de Educación en esta materia, para lograr una adecuada organización administrativa y de los recursos humanos y técnicos requeridos. Sin embargo, tal calendarización no debe excluir la valoración de circunstancias o casos especiales como el del amparado, que en fecha cercana a la realización de las pruebas de bachillerato, encontró una posibilidad para mejorar las condiciones en que efectuaría tales pruebas. El menor recibió el apoyo de una institución especializada en deficiencias visuales -Fundación Hellen Keller-, que ofreció un tutor que le asistiera en los exámenes. Sin embargo, vio truncada la posibilidad de aprovechar este recurso, por una disposición administrativa inflexible, que debe ceder ante el interés superior del menor. Debe aclararse que el objeto de las adecuaciones curriculares es hacer efectivo un derecho que consagran las leyes y los tratados internacionales, a contar en el proceso educativo con recursos que técnicamente se hayan recomendado para garantizar su desempeño en igualdad de condiciones que los demás estudiantes, tomando en cuenta la discapacidad o deficiencia del menor*”. Véase además voto 17529-05 de la Sala Constitucional que se refirió a la adecuación curricular necesaria para un examen. En el voto 16637-06 de la Sala Constitucional se ordenó al Director del Instituto Superior de San José y Presidente de Apoyo Institucional de ese centro, que tome las medidas de su competencia para que se gestione lo que sea necesario para que el amparado se le aseguren las lecciones de apoyo para el cumplimiento de la adecuación curricular significativa en las materias debidamente aprobadas por las autoridades competentes.

66 Se ha dicho, por ejemplo, por la Sala Constitucional costarricense que en la aplicación de las sanciones disciplinarias debe seguirse el debido proceso, incurriéndose en una actuación ilegítima al expulsarse a un estudiante sin que hubiera finalizado el período escolar y sin que se le hubiera remitido a otro servicio educativo apto para sus condiciones personales (Voto 1246-96). Consúltese ello en: Fallas Vega/Linkimer Bedoya/Ramírez Altamirano (2005), pp. 581-582. Sobre la necesidad de respetar el debido proceso para la imposición de sanciones disciplinarias por un centro educativo: Sala Constitucional, votos 9203-06, 9866-06, 10950-06, 11443-06 y 15207-06.

la admisión a una escuela o colegio⁶⁷ y la continuidad en un centro educativo privado a pesar del no pago de las mensualidades⁶⁸. Se ha exigido al Estado que nombre docentes para los grados cuarto, quinto y sexto, ello en una escuela que gran parte del año ha estado cerrada por falta de docentes⁶⁹. Uno de los votos de mayor relevancia, en cuanto consagró el derecho a una educación inclusiva de las personas con una discapacidad, es el 4904-06 de la Sala Constitucional. Alegó el recurrente que en el Colegio privado se ha negado la admisión a los menores amparados por el sólo hecho de

ser portadores de Síndrome de Down, lo cual es un acto discriminatorio y violatorio del derecho a la educación. Indicó que a los menores no se les aplicaron exámenes de admisión con las adecuaciones respectivas y fueron rechazados por no contar esa escuela con un curriculum adecuado ni con personal calificado, lo que considera el recurrente contrario a lo dispuesto en la ley número 7600 de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Se declaró con lugar el recurso. Se ordenó al Director General del Colegio recurrido, permitir el ingreso del menor amparado al proceso de educación

67 Sobre ello véase, por ejemplo, el voto 735-99 de la Sala Constitucional costarricense, que establece que pueden fijarse límites a la admisión en un centro educativo de acuerdo al cupo disponible al momento de la solicitud, lo que en definitiva persigue una adecuada calidad de la enseñanza. Consúltese ello en: Fallas Vega/Linkimer Bedoya/Ramírez Altamirano (2005), p. 584.

68 Ha dicho, por ejemplo, la Sala Constitucional costarricense que los colegios privados no están obligados a brindar el servicio educativo cuando los padres no han cumplido con la contraprestación pecuniaria, sin embargo, la suspensión de servicios educativos de manera alguna puede ser intempestiva ni arbitraria, y en todo caso debe el centro – tomando en cuenta la naturaleza de la actividad que desarrolla- garantizar al educando que pueda continuar con su formación educativa en otro centro educativo, público o privado (Votos 904-99 y 4096-96). Sin embargo, se dijo en el voto 15118-06 en un asunto en que al estudiante no se le permitió seguir en el centro privado en el tercer cuatrimestre del año por falta de pago, que la enseñanza privada no es gratuita y no está prescrito que así lo sea. Por ende, para que los estudiantes disfruten del derecho a la educación, sus padres o representantes deben someterse al pago del costo que supone la enseñanza privada, o bien, optar por la enseñanza pública, que sí es gratuita y costeadada por el Estado. Se ha señalado que la retención de los certificados de aprovechamiento hasta que se cancelen las mensualidades debidas, es ilegítima (Voto 58-99). Consúltese ello en: Fallas Vega/Linkimer Bedoya/Ramírez Altamirano (2005), p. 581.

69 Voto 17383-06. Reclamó el recurrente, en su condición de Presidente de la Junta de educación de la Escuela (...), que a los niños de cuarto, quinto y sexto grado de la Escuela (...) se les ha violentado su derecho a la educación por cuanto, el Ministerio de Educación Pública no ha dispuesto las medidas necesarias para resolver la falta de nombramiento de profesor, y la escuela ha permanecido la mayor parte del tiempo cerrada durante el presente año lectivo. Se declaró con lugar el recurso. Se ordenó al Director General de Personal del Ministerio de Educación Pública, en caso que no lo hubiere ya hecho, nombre el personal docente necesario para que imparta lecciones a los niños de IV, V y VI grado de la Escuela (...). Se ordenó asimismo al Ministro de Educación Pública girar las instrucciones pertinentes a efectos de determinar, junto con los docentes encargados del proceso de recuperación, si los estudiantes de VI grado de la Escuela (...) no se encontraran suficientemente preparados para la prueba nacional de sexto grado en el referido centro educativo, y si fuera el caso, suspender la aplicación de dicha prueba hasta que se les preparara debidamente. Véase también: Sala Constitucional, voto 12760-06, en el que se declaró con lugar el recurso por la falta de nombramiento de un docente de francés. Puede consultarse además voto 8386-06 de la Sala Constitucional, que se refirió a la falta de nombramiento de docente en la educación preescolar.

de ese Colegio, para quien debe establecer una adecuación curricular conforme a sus condiciones personales. Se dispuso que el señor Ministro de Educación Pública debe proceder a reglamentar debidamente, en un plazo de hasta cuatro meses, contado a partir de la notificación de esta resolución, las condiciones de ingreso y

permanencia de personas con discapacidad en los centros de enseñanzas públicos y privados, de manera que se garantice su acceso a la Educación de conformidad a los parámetros internacionales y nacionales fijados al efecto⁷⁰. Además son frecuentes los reclamos en relacionados con protección de la vida y salud de

70 La Sala Constitucional en el voto 7205-06 declaró con lugar un recurso de amparo en que se había negado la matrícula a una menor de edad con discapacidad por falta de docentes. Alegó la recurrente que su hija tiene discapacidad auditiva, viven en Ciudad Colón y cuando fue a matricular a la menor en sétimo año y a solicitar que se le suministrara su educación con un tutor según lo dispone la ley 7600, le dijeron que en esa región no había código abierto para ello, que fuera a matricularla en el Colegio México donde hay otra niña sorda recibiendo clases. Que no tiene los medios ni motivos para enviar a la amparada de Ciudad Colón a San José para estudiar, y exponerla así a otros peligros. Se consideró por la Sala que en el caso de la menor amparada, se ha dado una violación del derecho a la educación y a la igualdad. Se ordenó al Ministro de Educación Pública, a la Directora Regional de Enseñanza de Puriscal, y a la Directora del Liceo (...) de Ciudad Colón, proveer lo necesario, en el marco de sus competencias, para que la menor amparada, reciba, de inmediato, la educación que necesita en un centro de estudios cercano a su lugar de residencia. Es importante también el voto 6169-06 de la Sala Constitucional en el que se declaró con lugar un amparo en que se reclamaba que se había limitado el ingreso de un menor de edad a un centro educativo. Alegaron los recurrentes que solicitaron matrícula para su hijo que tiene capacidades especiales, en la Escuela (...). Agregaron que iniciado el curso lectivo, el Director de esa escuela les indicó que el menor quedaba sin matrícula bajo el argumento de que no se siguió el proceso de integración. La Sala estimó demostrado que ese centro de enseñanza no ha propiciado el acceso del menor a la educación en condiciones de igualdad y que más bien, le ha limitado su derecho a educarse en ese centro educativo y a desarrollarse con otros niños en igualdad de condiciones dentro de un proceso educativo al que tiene todo el derecho de integrarse pues lejos de facilitar ese acceso, más bien le ha puesto diferentes trabas y pretextos para hacer más difícil su situación y la de sus padres, cuando precisamente por tratarse de un menor con discapacidad, se debió de haberle dado un trato diferente en aras de favorecer su integración al sistema educativo formal. Sobre el acceso a la educación de personas con discapacidad véase además: Sala Constitucional, voto 3544-06.

menores de edad⁷¹ y contra de los servicios de la seguridad social⁷², en particular puede resaltarse el no suministro de determinados

medicamentos a los pacientes, por ejemplo los enfermos de hepatitis C⁷³, del SIDA⁷⁴ o los de cáncer⁷⁵, o bien la práctica de determinado

- 71 En el voto 2658-2002 del 15 de marzo de 2002 de la Sala Constitucional costarricense, por ejemplo, se dijo: *“Debe indicarse, en primer lugar, que distinto a lo que alega el recurrente, en el presente caso no se está en presencia de un acto administrativo final que se haya dictado en un procedimiento en que no se haya dado participación a las partes interesadas, sino que, por el contrario, la resolución que cuestiona el petente -y que motiva la interposición de este amparo- es justamente el acto inicial del correspondiente procedimiento administrativo. Procedimiento que se inició ante la existencia de denuncias graves y concretas, en el sentido de que en el ‘Gran Circo Mundial’ laboraba un niño menor de quince años -en contravención a lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico-, con el agravante que sus labores implicaban un grave riesgo para su vida. Ante tal denuncia, la Oficina Local del Sur del Patronato Nacional de la Infancia -como se les notificó expresamente a las partes- resolvió iniciar el procedimiento especial de protección en sede administrativa, previsto por artículo 128 y siguientes del Código de la Niñez y de la Adolescencia, a fin de resguardar -en especial- el derecho fundamental a la vida y a la salud del menor, y, como medida cautelar y mientras se profundizaba la investigación, se dispuso el cese inmediato de las labores denunciadas en el caso del menor. De lo antes indicado se desprende que, al momento de plantearse el recurso, la autoridad recurrida ha actuado dentro del ámbito de su competencia, al tenerse por probado la existencia de una amenaza a la vida del menor y con el único interés de tutelar sus derechos fundamentales, en concordancia con lo previsto por los artículos 21, 51 y 55 de la Constitución Política”*. En el voto 10659-2001 del 19 de octubre de 2001 de la Sala Constitucional costarricense se rechazó un recurso a favor de un menor de doce años que reclamaba el derecho a participar en las competencias de juegos nacionales, ello a pesar de la prohibición que se dispuso en los mismos tomaran parte menores de doce años. La Sala Constitucional declaró sin lugar el recurso, tomando en cuenta que las autoridades señalaron que la decisión la habían tomado con base en estudios médicos que recomiendan que a nivel competitivo no participen los menores de doce años, no siendo consecuencia propiamente de un recorte presupuestario. Dentro del Derecho Comparado ha sido común que se haya admitido el reclamo de violaciones al derecho a la salud, por ejemplo, por no brindarse la atención adecuada para una enfermedad. Sobre ello: Abramovich/Courtis (2004), p. 137, quienes indican: *“Los tribunales han sido particularmente sensibles a los reclamos judiciales cuando se pone en juego la salud de personas vulnerables tales como niños, mujeres embarazadas o víctimas de graves accidentes o enfermedades. En muchos de esos casos, las necesidades de tutela urgente- y las características de las acciones judiciales que se emplean para reclamar la protección judicial- postergan a aquellas objeciones basadas sobre la mayor exigencia probatoria y técnica de la cuestión”*.
- 72 Por ejemplo en el voto 8173-2002 del 23 de agosto de 2002 dijo la Sala Constitucional costarricense: *“En el caso concreto la Sala considera que la actuación de la autoridad recurrida no viola los derechos fundamentales del amparado, en tanto se tiene por acreditado –según el recurrido en su informe bajo juramento– que la exigencia formulada por la autoridad recurrida en el sentido de que se actualizara el carné de filiación del menor, en modo alguno condicionó la prestación de los servicios de salud, razón por la cual se debe declarar sin lugar el recurso de amparo. En efecto, aunque el recurrente no había actualizado dicho carné, lo cierto es que el amparado recibió la atención médica que requería por parte del Dr. R. G., quien determinó que no necesitaba en forma inmediata la realización de la prueba Holter, sino que podía practicársele en otra oportunidad de acuerdo con su evolución. Por ello, tampoco es pertinente el reclamo planteado por el recurrente en cuanto al funcionamiento del equipo utilizado para esa prueba, teniendo en cuenta –en todo caso– que la autoridad recurrida está realizando los trámites pertinentes para adquirir –mediante la Compra Directa N°490-02- el equipo médico en cuestión, que podrá ser usado por el amparado en el caso de que así lo necesite”*.
- 73 Véase: Sala Constitucional de Costa Rica, voto 12769 del 12 de noviembre de 2004, que acogió un reclamo a favor de un mayor de edad.
- 74 La Sala Constitucional costarricense, en asuntos en general relacionados con mayores de edad, pero aplicables también a menores de edad, ha resaltado la obligación de suministrar a los pacientes de SIDA la terapia de combinación de antirretrovirales, apropiada a la condición clínica (Voto 250-98). Fallas Vega/Linkimer Bedoya/Ramírez Altamirano (2005), p. 127.
- 75 Sobre ello existen numerosas resoluciones de la Sala Constitucional costarricense, en general relacionadas con mayores de edad, que han afirmado el derecho a que a los enfermos de cáncer se les suministren los medicamentos necesarios para aliviar el dolor, teniendo derecho a una muerte sin dolor. Véase por ejemplo voto 3785-2004 del 16 de abril de 2004.

tratamiento⁷⁶. Es importante mencionar el voto 8377-2003 del 8 de agosto de 2003, dispuesto por la Sala Constitucional costarricense, que trató un caso de una menor de edad, cuyo tratamiento la Caja Costarricense de Seguro Social se negó a costear, que padecía una enfermedad de Gaucher tipo 1, que “es la más común de un grupo conocido como enfermedades por depósito lisosomal que se caracterizan por la acumulación de ciertas grasas o carbohidratos en compartimentos celulares conocidos como lisosomas”. Se dijo por la Sala:

“Los representantes de la Caja Costarricense de Seguro Social aducen que las resoluciones de este Tribunal que la han obligado a suministrar tratamiento para diversas patologías, como el SIDA, la Esclerosis Lateral Amiotrófica y Esclerosis Múltiple se alejan de criterios científico-técnicos y amenazan la equidad, universalidad solidaridad y accesibilidad del sistema de seguridad social. Lo anterior porque la atención de un grupo de pacientes enfermos con estas patologías tiene

un costo muy elevado, que es prácticamente imposible de sufragar para un país en vías de desarrollo, sin desatender a otros sectores vulnerables, que debe cubrir obligatoriamente en acatamiento a las políticas institucionales. Este Tribunal es consciente de que los recursos económicos del sistema de seguridad social son escasos, sin embargo considera que el desafío principal que la Caja Costarricense de Seguro Social enfrenta en esta etapa de su desarrollo institucional, en el que se han logrado para Costa Rica estándares de calidad de vida y salud comparables a los de los países desarrollados, radica en optimizar el manejo de los recursos disponibles, disminuir costos administrativos, para que los recursos del sistema de seguro de salud sean invertidos eficientemente. La Sala aprecia que el medicamento prescrito a la amparada es ciertamente muy oneroso, sin embargo, en atención a las características excepcionales de la enfermedad que sufre, que es letal y dado que se ha descartado que sus padres tengan la posibilidad de colaborar en la adquisición de los medicamentos mediante estudios de

76 La Sala Constitucional costarricense en el voto 8341-2001 del 17 de agosto de 2001 resolvió: “Básicamente el aquí recurrente alega que su hijo no fue tratado debidamente en el Hospital de Niños por su padecimiento de cáncer en la sangre, indicando que el Dr. C. de Medicina tres de ese nosocomio, simplemente le indicó que no se le atendería, no se le harían transfusiones de sangre y que mejor se le llevara para la casa. Otra situación se desprende de lo informado bajo la fe de juramento por parte del Director del Hospital accionado, al indicar que efectivamente el niño fue diagnosticado con Leucemia Linfocítica Aguda desde el mes de abril del año 2000, por lo que se intentaron dos tratamientos curativos, el primero que no mostró ningún resultado pasándose a la quimioterapia, mas la enfermedad avanzó en el cuerpo del menor. Debido a que en el mes de marzo anterior el niño reingresó al hospital en donde se le practico examen de médula encontrándose con que el 90% estaba invadido por células malignas, lo que derivó que por criterio médico se dispusiera detener los tratamientos curativos y pasarlo a la atención paliativa, especial para pacientes en estado terminal. Todo lo cual le fue debidamente explicado a los padres del menor y contando con su anuencia ha sido atendido por un equipo interdisciplinario especialista en estos casos paliativos, incluso aplicándole un medicamento llamado ‘Fentanyl’, el que tiene como fin el controlar el dolor con muy buenos resultados. Además, se ha indicado que efectivamente en el mes de marzo pasado el niño fue atendido en el hospital ante una recaída, pero parece que el conflicto que se plantea en el amparo, lo es propiamente por la no realización de las transfusiones de sangre, de las cuales de forma técnica los médicos indican que no se le aplicarán debido a que consideran que ello equivale a una agresión, debido al estado del paciente y que del mismo no se obtendrá resultado curativo alguno”.

trabajo social, con fundamento en los artículos 21 y 173 de la Constitución Política y 24 y 26 de la Convención de los Derechos del Niño procede declarar con lugar el recurso”.

Pueden ocurrir también otros casos en que se afecta una colectividad de niños y adolescentes, lo que ha llevado a Gilbert Armijo a hablar de la “Tutela constitucional del interés difuso” de la niñez y la adolescencia⁷⁷. Así indica él que algunos de los derechos establecidos en el Código de la Niñez y la Adolescencia costarricense: “(...) *están concebidos para ser reclamados sólo individualmente. En otros casos, tal y como ocurre con la salud y la educación, es factible distinguir una dimensión colectiva y una perspectiva individual que es característica del interés difuso*”⁷⁸. Agrega: “*Es comprensible que se le imponga al Estado la obligación de adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para garantizar la plena efectividad de estos derechos. Su incumplimiento es sancionado como un acto discriminatorio, que viola los derechos fundamentales de esta población*”. Indica además: “*No desconocemos que la mayoría de las constituciones o convenios internacionales sobre la protección de los niños, convierten en operativos una serie de derechos (salud, cultura, medio ambiente, etc.), que en sí mismos no son intereses difusos. Es decir, el texto de derechos humanos, o la Constitución, en nuestro caso, no reconoce intereses difusos, sino derechos que pueden*

originar dichos intereses. Se trata de derechos derivados que pueden ser individuales o de naturaleza social, que es por donde se define el interés difuso. Es así que podemos hablar de interés difuso en cuanto la legitimación está inicialmente indeterminada”⁷⁹.

Se refiere en definitiva él a cuando se toman determinadas disposiciones por el poder legislativo o el Poder Ejecutivo que afectan en general por ejemplo el derecho a la educación o a la salud de los niños y adolescentes. Realmente no debe afirmarse, de acuerdo con mi criterio, la existencia de un “interés difuso”, terminología que corresponde a los derechos de la tercera generación, como el derecho a un medio ambiente sano, sino debe seguirse hablando de un derecho económico, social o cultural, o sea lo que se ha conocido como derechos de la segunda generación. Así como no puede hablarse de intereses difusos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales de la totalidad de la población, tampoco puede hacerse mención a intereses difusos con relación a los derechos económicos, sociales y culturales de los niños. La discusión mía con Gilbert Armijo aparentemente es meramente terminológica, puesto que él reconoce que hay derechos económicos, sociales y culturales que son reclamables individualmente, mientras hay otros que pueden ser reclamados por una colectividad de niños y adolescentes. En eso comparto el criterio externado por él. La diferencia con respecto a la posición de Gilbert

77 Armijo (1998).

78 Armijo (1998), p. 95.

79 Armijo (1998), p. 98.

Armijo es que él prefiere la tutela de ello como del interés difuso, ello partiendo desde el punto de vista procesal de la legitimación para presentar el reclamo, mientras mi criterio parte de la naturaleza del derecho, admitiendo la legitimación para reclamarlo como interés colectivo. Así admito que puedan accionarse judicialmente a favor de los diversos niños o adolescentes perjudicados por la medida, que pueden ser en definitiva la totalidad de dichos niños y adolescentes. Se ha señalado al respecto por la doctrina como un ejemplo, el reclamo en contra de la escasa asignación presupuestaria a la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia⁸⁰.

El reclamo en defensa de los derechos de la niñez y la adolescencia, ya sea catalogándolos como interés difuso o bien como colectivo, ha sido admitido por la Sala Constitucional costarricense en diversas resoluciones⁸¹, estimando, por ejemplo, que debe dotarse de contenido presupuestario a la garantía que debe dar el Estado de los derechos de la niñez y la adolescencia. El voto que en su momento causó más polémica en Costa Rica fue el relativo a la obligación del curso lectivo de doscientos días conforme al Convenio Centroamericano de Unificación de la Educación Básica del 22 de junio de 1962, que fue dispuesto por resolución 11515-02 del 6 de diciembre de 2002. En dicho voto

se ordenó a la Ministra de Educación a que procediera "(...) a realizar las actuaciones necesarias, incluidas las relacionadas con las modificaciones presupuestarias, a efecto de restablecer el ciclo lectivo en doscientos días (...)". Se dijo para ello que:

"El Derecho a la Educación, en sus tres vertientes -derecho a educar, derecho a elegir los educadores y derecho a aprender-, no puede, al igual que cualquier otro derecho fundamental o humano, estar sujeto a restricciones, limitaciones o condicionamientos de índole presupuestario".

Se agregó:

"La Ministra de Educación, con el aval del Consejo de Gobierno, justifica la reducción del ciclo lectivo de 200 a 174 días y, por consiguiente, la inobservancia del Convenio Centroamericano sobre Unificación Básica de la Educación y el retorno a los términos del artículo 176 de la Ley de Carrera Docente, en razones de orden presupuestario como lo son el acusado déficit fiscal y las restricciones impuestas por el Ministerio de Hacienda a los anteproyectos de presupuesto. Esos argumentos meramente crematísticos no tienen la virtud de enervar la aplicación y respeto del Derecho a la Educación en su manifestación específica de los educandos a aprender, dado que, éste es

80 Así: Polakiewicz (2004), p. 102, la que dice: "En el aspecto puntual de los derechos económicos-sociales y culturales de la infancia, a pesar de la reserva que implica que el Estado se comprometa 'hasta el máximo de los recursos de que dispone' (art. 4, Convención de Derechos del Niño), entendemos que los ciudadanos tienen la facultad de controlar la asignación de recursos y, consecuentemente, de pedir la declaración de inconstitucionalidad del presupuesto, que es una ley, si la distribución implica una asignación de recursos insuficiente para la protección de las familias y de la infancia".

81 La Sala Constitucional costarricense no se ha complicado al respecto y ha admitido la legitimación para presentar el reclamo, indicando que el mismo es admisible ya sea como defensa de un interés difuso o bien colectivo. Véase por ejemplo: voto 3825-2001 del 11 de mayo de 2001.

un derecho que se encuentra consagrado en el texto constitucional y que, por ende, debe ser respetado y fortalecido y no cercenado”.

Se dijo además con respecto a la protección progresiva al derecho a la educación, como derecho económico social cultural:

“Ciertamente, el ciclo lectivo no es una cuestión meramente cuantitativa sino, también, cualitativa, por lo que, resulta lógico y razonable que al ampliarse el lapso en que los educandos están sometidos a los procesos educativos mejore la calidad y la consistencia de su formación. Nótese, adicionalmente, que a tenor del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por la Ley N° 4534 del 23 de febrero de 1970), los estados deben adoptar medidas internas para ‘(...) lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura (...)’, razón por la cual los poderes públicos deben mantener en sus políticas de mejoramiento cuantitativo y cualitativo del sistema educacional una tónica que revele un ritmo progresivo o, por lo menos, sostenido y no adoptar políticas y realizar actuaciones que lejos de implicar un progreso supongan un retroceso”.

Este criterio ha sido reiterado en diversas resoluciones de la Sala Constitucional costarricense, por ejemplo por el voto 11598 del 11 de diciembre de 2002, en el que se agregó la relación que tiene otorgar los recursos presupuestarios a la educación con el cumplimiento del derecho a la educación, establecido en la Convención de Derechos del Niño y en el Código de la Niñez y Adolescencia costarricense. Se dijo:

“III.- El derecho a la educación analizado en la sentencia citada, ha sido contemplado

además en los Convenios Internacionales y Leyes que también hacen parte del Derecho de la Constitución, como la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño y el Código de la Niñez y la Adolescencia. La Convención sobre los Derechos del niño, aprobada por Ley 7184 del 18 de julio de 1990, tutela a todo ser humano menor de dieciocho años de edad –artículo 1- y consagra el principio que debe regir todas las actuaciones de las autoridades públicas y los particulares, al señalar, en su artículo 3.1 que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Por su parte el artículo 4 obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención, entre los cuales está el derecho de educación (...).”.

Indicó:

“La falta de inclusión en el ‘Proyecto de Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario para el Ejercicio Económico del 2003’ monto requerido para cumplir el ‘Convenio Centroamericano sobre Unificación Básica de la Educación’, en cuanto establece que el curso lectivo debe ser de doscientos días, es inconstitucional además porque obstaculiza el cumplimiento efectivo del derecho a la educación consagrado en la Constitución Política, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”.

Se dijo en el voto 2743-2003 del 3 de abril de 2003 por la Sala Constitucional que la utilización de fondos asignados a programas

sociales relacionados con el apoyo a la educación, para financiar que se mantengan los doscientos días lectivos al año, es contrario a la Constitución Política, ello con base en la progresividad que debe darse en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Se indicó:

“Precisamente estarían siendo usados fondos ya presupuestados para la cobertura de programas sociales, en el pago del incentivo por los doscientos días de clases. Además de ser opuesta a lo ordenado en la referida resolución, la rebaja consultada es contraria al Derecho de la Constitución. Ello es así por cuanto estaría disminuyendo las posibilidades reales del Ministerio de Educación Pública de atender sus obligaciones en campos tan sensibles como los cubiertos por las partidas en cuestión, elementos todos del derecho a la educación, entendido no solo como el derecho de la persona (y el correlativo deber del Estado de prestar el servicio, sino además de hacerlo en forma integral, eficaz, de forma que sea verdaderamente accesible a toda la población una educación de calidad, que forme ciudadanos dotados de un adecuado bagaje cultural y de las herramientas necesarias para hacer frente a un cada vez más competitivo mercado laboral (...). Lo cierto es que desde el momento en que dichos fondos fueron asignados a los programas sociales mencionados, según solicitud expresa del Ministerio de Educación Pública presentada el once de octubre de dos mil dos (cfr. folios 76, 120 y 132 del expediente legislativo), debido a la necesidad (externada por el propio Ministerio) de reforzar tales programas, dichos recursos pasaron a estar vinculados a un fin ineludible: permitir el mejoramiento del servicio público educativo que presta el Estado a sus habitantes, por medio del mejoramiento de su infraestructura;

la compra de más materiales didácticos e insumos para los comedores escolares; la ampliación de los programas de becas, que permiten a los estudiantes de escasos recursos acceder al derecho reconocido por los artículos 50, 77 y 78 de la Constitución Política; así como el mejoramiento y actualización del programa de informática educativa. En atención a la regla de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, reconocida en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado costarricense se encuentra obligado a elaborar y ejecutar políticas tendientes a lograr progresivamente la plena efectividad del derecho fundamental a la educación. A la luz del Derecho de la Constitución, solo son tolerables los progresos (y excepcionalmente el sostenimiento) en la prestación del servicio de educación pública, y no su regresión”.

Se dijo también por la Sala Constitucional costarricense en el voto 3825-2001 del 11 de mayo de 2001, que era contraria a la Constitución la negativa del Ministro de Hacienda de girar fondos asignados por vía de un impuesto cuya recaudación tiene un destino específico a diversas instituciones de ayuda social, entre ellas algunas relacionadas con la niñez y la adolescencia, no admitiéndose la argumentación del Ministro de que los compromisos estatales son múltiples y los recursos limitados. Señaló:

“El Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor, los Patronatos Escolares, las Juntas Administrativas de Institutos Técnicos, el Instituto de Alcoholismo y Farmacodependencia, el Consejo Nacional de Rehabilitación, el Instituto Mixto de Ayuda Social, el Patronato Nacional de la Infancia, el Fondo para la Niñez y la Adolescencia,

Fundación Mundo de Oportunidades, la Fundación Ayúdanos para Ayudar y el Fondo de Pensiones del Régimen no contributivo de la Caja Costarricense de Seguro Social cumplen funciones que posibilitan el cumplimiento, por parte del Estado, de los derechos a la vida, a la salud, a la educación, a la protección del menor, los ancianos y la familia, etc. todos ellos expresa o implícitamente reconocidos en nuestra Constitución Política. La dotación de recursos prevista por la Ley 7972, desarrollada en la Ley de Presupuesto para el ejercicio económico de 2000, no hace sino posibilitar el cumplimiento de las obligaciones públicas que conlleva la existencia (y el inexorable deber de satisfacción) de los mencionados derechos fundamentales, al permitirle a las instituciones en cuestión llevar a cabo los programas respectivos. Al negarse el Poder Ejecutivo, debido a la decisión del Ministro de Hacienda, a girar los fondos presupuestados de conformidad con la Ley número 7972, en forma refleja está lesionando (o al menos poniendo en un inminente riesgo de lesión) los derechos fundamentales prestacionales citados”.

En sentido similar, pero específicamente con respecto a los recursos que se le deben dar al Patronato Nacional de la Infancia para la atención de los menores de edad, debe destacarse el voto 2075-2001 del 16 de marzo de 2001, que ante un recurso de amparo presentado por Casa Alianza dijo:

“III.- Alegan los recurrentes que el Patronato Nacional de la Infancia no está recibiendo los fondos que anualmente le corresponden de

conformidad con las leyes especiales que se han encargado de asignarle un porcentaje específico de determinados ingresos que percibe el Fisco. Por su parte, el Ministro de Hacienda al rendir su informe, aduce que este tipo de leyes que establecen rentas con destino específico le imprimen una rigidez inconveniente al presupuesto de la República, toda vez que la Constitución otorga competencia al Poder Ejecutivo para distribuir los ingresos de conformidad con las necesidades imperantes en el ejercicio económico respectivo, de manera que se debe contar con la flexibilidad suficiente como para distribuir los recursos de modo que puedan satisfacerse en la medida de lo posible la totalidad de las necesidades de la colectividad. Con base en ese razonamiento, estima el titular de Hacienda que hasta la fecha se han venido asignando al PANI los recursos necesarios para que esa institución desarrolle sus funciones. No obstante, los datos objetivos revelan que cada vez más se dificulta brindar atención y apoyo a la gran cantidad de menores que se encuentran en estado de abandono y riesgo social, situación que lamentablemente suele desembocar en problemas de delincuencia, drogadicción y prostitución. De cara a esta realidad, es evidente que la dotación de recursos en la medida que lo prevén las leyes sobre la materia permitiría a esa institución desarrollar una serie de programas y actividades que brinden soluciones efectivas para los niños y adolescentes del país, y en esa medida las pretensiones de los recurrentes merecen ser acogidas por parte del Tribunal (...)⁸².

82 En el mismo sentido véase también: Sala Constitucional, votos 2547-2001 del 3 de abril de 2001; 2794-2003 del 8 de abril de 2003, 8471-2003 del 13 de agosto de 2003 y 13760-2004 del primero de diciembre de 2004.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense, sin embargo, desgraciadamente no ha sido uniforme sobre ello. Así en el voto 2794-2003 del 8 de abril de 2003 se declaró con lugar un recurso de amparo en contra del Ministro de Hacienda por no girar los fondos correspondientes a un impuesto específico al Patronato Nacional de la Infancia y otras instituciones. Sin embargo, en el voto 4848-2002 del 22 de mayo de 2002, lo mismo que en algún voto adicional⁸³, sostuvo un criterio diverso, considerando que no podían admitirse los impuestos con destinos específicos de fondos, ya que se dijo que rompen con el principio del equilibrio presupuestario, de modo que ha rechazado reclamos posteriores que se han presentado para que se giren los fondos correspondientes a dichos impuestos a instituciones como el Patronato Nacional de la Infancia.

Dentro de los votos relevantes en Costa Rica con respecto a los menores de edad está la declaratoria de inconstitucionalidad de las limitaciones de que los menores de edad extranjeros en el sistema educativo fueran becados, ello como consecuencia de un recurso presentado por el defensor de los habitantes. Se dijo en el voto 7806-2003 del 30 de julio de 2003:

“La Sala estima que el derecho al acceso al fondo de becas únicamente para costarricenses constituye una medida discriminatoria en perjuicio de toda persona extranjera, ya sea menor o mayor de edad porque el otorgamiento de becas si bien no es per se un derecho fundamental, en el conjunto de otros apoyos integra el derecho a

la educación y éste no es privativo únicamente para costarricenses. El Estado no puede hacer nugatorio este derecho a aquellas personas que no tienen los medios económicos para poder obtenerlo basados únicamente en razones de nacionalidad, al igual que no lo podría hacerlo basado en razones similares, como de raza, sexo, etc. En este sentido, la nacionalidad se convierte en una condición ilegítima de exclusión de la adjudicación de becas. Con las normas cuestionadas se está negando irrazonablemente a los extranjeros de bajos recursos económicos el acceso a la educación, por cuanto el Estado dispone, en virtud del principio de solidaridad social, de mecanismos para facilitar la prosecución de estudios, los que no pueden ser utilizados discriminatoriamente.

El derecho a la educación, por pertenecer a los llamados derechos sociales, requiere para su plena vigencia de la capacidad del Estado para garantizarlo. No obstante, es imposible pretender que el Estado lo garantice más allá de su capacidad real para financiarlo. El Estado se encuentra obligado en garantizar el acceso a la educación, sin que ello implique en modo alguno, que se encuentre en la obligación de becar a todos los habitantes, sino en el que sea factible su ingreso y permanencia a los centros educativos públicos, conforme a las posibilidades de cupo, rendimiento académico y no establecer limitaciones sobre las condiciones personales del alumno que lo priven del sistema educativo en general. De tal forma que no resulta válido que se limite irracionalmente a los extranjeros, pues en aplicación del principio de solidaridad social, el acceso a las aulas de los diferentes

83 Véase también: Sala Constitucional, voto 2370-2003 del 21 de marzo de 2003.

*centros educativos, de una población de bajos recursos, es general y la implementación del sistema de becas es importante para el desarrollo de la educación nacional, por lo que no debe de haber diversidad de trato basada en criterios como el de nacionalidad”*⁸⁴.

Este voto tiene como antecedente el voto 8857-98 de la Sala Constitucional del 15 de diciembre de 1998, que consideró inconstitucional la exclusión de los niños extranjeros, con independencia de su status migratorio, como beneficiarios del bono para la educación básica⁸⁵.

6. CONCLUSIONES

La Convención de Derechos del Niño y la legislación ordinaria que la desarrolla a nivel centroamericano establece no solamente derechos civiles a favor de los niños y adolescentes, que lleva al reconocimiento de su carácter de sujetos de derecho y a la admisión de las garantías propias que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional habían establecido para todos los seres humanos, aunque se les negaba a los niños y adolescentes. Se une a ello la regulación de derechos económicos, sociales y culturales de los niños y adolescentes,

que deben ser reconocidos como verdaderos derechos, de modo que pueden ser incluso reclamados judicialmente, ante la jurisdicción nacional, e incluso acudirse en caso de no ser reconocidos, una vez agotados los recursos internos a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A pesar de ello no puede dejar de reconocerse la diferencia que siempre existe entre teoría y práctica, entre legislación y realidad, en Latinoamérica y en particular en Centroamérica, en donde se es muy dado a reconocer normativamente los diversos derechos, pero a que la práctica refleje una violación de facto de los mismos. Ello se refleja en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, puesto que a pesar de que deben ser reconocidos como derechos e incluso en la práctica debe ello llevar al compromiso estatal en su garantía y a poder accionar judicialmente reclamándolos, los indicadores sociales revelan un incumplimiento, como se expresa en las bajas cantidades de gasto público social en Centroamérica. Abramovich, Víctor/Courtis, Christian (2004). Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta.

Aláez Corral, Benito (2003). Minoría de edad y derechos fundamentales. Madrid, Tecnos.

84 Véase también: Sala Constitucional de Costa Rica, voto 10821 del 26-9-2003. Una de las formas en que tradicionalmente se ha logrado que la jurisdicción, dentro del Derecho Comparado, haya admitido la tutela de derechos económicos, sociales y culturales, ha sido a través del reclamo de la violación al derecho de igualdad. En este sentido señalan Víctor Abramovich y Christian Courtis: “*Cuando un determinado derecho social ha sido reconocido a determinadas personas o grupos en una determinada medida, sí es factible realizar juicios de comparación entre la situación de los beneficiados y la de quienes aún no lo son, controlando la legalidad y razonabilidad del factor de diferenciación utilizado por el Estado al proveer, garantizar o promover selectivamente los intereses tutelados por el derecho*”. Abramovich/ Courtis (2004), p. 169. En la resolución indicada de la Sala Constitucional costarricense lo que se discutía en definitiva era la violación al derecho de igualdad de los niños inmigrantes, ello comparándolo con los niños costarricenses.

85 Sobre este voto: Martínez, María Elena (2000), pp. 366-374.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Abregú, Martín (1998). La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción. En: Abregú, M./Courtis, C. (Editores). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 3-31.
- Armijo, Gilbert (1998). La tutela constitucional del interés difuso. Un estudio según el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica. San José, UNICEF.
- Baldasarre, Antonio (2001). Los derechos sociales (Traducción: Santiago Perea Latorre). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Bazán, Víctor (2005). Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005 (Uruguay), T. II, pp. 547-583.
- Beloff, Mary (2000). Los derechos del niño en el sistema interamericano de protección de derechos humanos cuando un caso no es "el caso". Comentario a la sentencia Villagrán Morales y otros (caso de los "Niños de la calle". En: ¿Más derecho? (Argentina), I, pp. 395-416.
- Cançado Trindade, Antônio (2006). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (s.f). Folleto informativo N° 16 (Rev. 1).
- Comité de Derechos del Niño (2003). Observación General No. 5 (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44).
- Estado de la Nación (2005). Estado de la Nación en desarrollo humano sostenible. Un análisis amplio y objetivo sobre la Costa Rica que tenemos a partir de los indicadores actuales (2004). Informe 11. San José, Estado de la Nación.
- Ferrajoli, Luigi (1995). Derecho y razón (Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez y otros). Madrid, Trotta.
- Forsthoff, Ernst (1986). Problemas constitucionales del Estado Social. En: Abendroth/Forsthoff/Doehring. El Estado Social. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 43-67.
- Forsthoff, Ernst (1986a). Concepto y esencia del Estado Social de Derecho. En: Abendroth/Forsthoff/Doehring. El Estado Social. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 69-106.
- Gialdino, Rolando (2002). Judicialidad de los Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Culturales. En: Derechos Humanos en situación de crisis en Uruguay. Montevideo, Konrad Adenauer-Stiftung y otros, pp. 121-155.
- Grosman, Cecilia (2004). El interés superior del niño. En: Grosman (Directora). Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad. Buenos Aires, Editorial Universidad, pp. 23-75.

- Hutter, Franz-Josef (2003). No rights. Menschenrechte als Fundament einer funktionierenden Weltordnung. Berlín, Aufbau Taschenbuch Verlag.
- Krsticevic/Nuño (Responsables del informe) (2003). Construyendo los derechos del niño en las Américas. Lima, CEJIL/Save the Children.
- Martínez, María Elena (2000). Comentario académico. En: *Iudicium et Vita* (Costa Rica), No. 7, diciembre de 2000, pp. 366-374.
- Méndez, Juan (1998). Derecho a la verdad frente a las graves violaciones de los derechos humanos. En: Abregú, Martín/Courtis, Christian (Editores). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 517-540.
- Navia, N. (1993). Introducción al sistema interamericano de protección a los derechos humanos. Bogotá, Temis.
- Pedemera, Luis (1997). "Las penas" de la infancia. *El Uruguay de los 90: entre políticas sociales y políticas criminales*. Instituto de Estudios Legales y Sociales de Uruguay, pp. 39-116.
- Pedrowicz (Coordinadora de la investigación) (2004). *Discriminación y Derechos Humanos en Uruguay. La voz de las niñas, niños y adolescentes*. Montevideo, Comité de los derechos del niño/Save the Children.
- Piza Rocafort, Rodolfo/Trejos Salas, Gerardo (1989). *Derecho Internacional de los derechos Humanos. La Convención Americana*. San José, Juricentro.
- PNUD (2003). Segundo informe sobre desarrollo humano en Centroamérica y Panamá 2003. San José.
- Polakiewics (2004). Infancia abandonada como una violación de sus derechos humanos personalísimos: el papel del Estado. En: Grosman (Directora). *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*. Buenos Aires, Editorial Universidad, pp. 77-104.
- Prats, Martín (1997). Estado, control social y políticas sociales: enfoque desde los derechos humanos. En: *El Uruguay de los 90: entre políticas sociales y políticas criminales*. Instituto de Estudios Legales y Sociales de Uruguay, pp. 39-116.
- Save the Children (2005). *Programación de los derechos del niño*. Lima.
- Stiglitz, Joseph (2005). *Los felices 90. La semilla de la destrucción* (Traductores: Victoria Gordo del Rey/Moisés Ramírez). Madrid, Punto de Lectura.
- UNICEF (2004). *IV Estado de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia*. San José, UNICEF y otros.
- Villán Durán, Carlos (2002). *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid, Trotta.
- Villapondo, Waldo (2000). *De los derechos humanos al Derecho Internacional Penal*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2001). Los aportes y desarrollos del poder judicial en la lucha contra la impunidad. En: Méndez/Abregú/Mariezcurrena (Editores) *Verdad y justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone*. San José, IIDH, pp. 47-64.
- www.iin.org.uy/declaracion de panama.htm.

EL DIVORCIO EN EL DERECHO DE FAMILIA CHILENO, ALEMÁN Y COSTARRICENSE

*Msc. Carolina Andrea Riveros Ferrada**
*Msc. Yuri López Casal***

Introducción

El divorcio, que es uno de los modos mediante el cual fenece, jurídicamente, el matrimonio, desencadena un conjunto de importantes consecuencias jurídicas, tanto en lo que respecta a las personas que otrora fueron cónyuges entre sí, como en cuanto a los hijos procreados durante la vigencia del vínculo matrimonial. En el presente ensayo se pretende describir, desde la perspectiva del Derecho comparado, el tratamiento legal, doctrinario y jurisprudencial que presenta el divorcio en el Derecho de Familia chileno, alemán y costarricense. La Máster Riveros Ferrada ha llevado a cabo, con base en sus estudios de postgrado en Alemania, el desarrollo del divorcio en Chile y en Alemania, en tanto que el Máster López Casal se ha ocupado de la parte relativa al divorcio en Costa Rica.

I. El divorcio en el Derecho de Familia chileno

1. Aspectos generales

El día 17 de Noviembre de 2004, comenzó a regir en Chile la nueva Ley de Matrimonio Civil¹, ésta vino a derogar la ley que existía desde 1884. En términos generales, y sin entrar en detalles, pues no es el tema al cual alude este artículo, se puede indicar que la nueva ley trata diversos aspectos que tienen relación con la institución del matrimonio. Ella se refiere a los requisitos para contraer matrimonio, la forma y celebración de éste, la separación de los cónyuges, la nulidad y disolución del matrimonio. La nueva ley puede describirse como un hecho social y cultural, pues incorpora al sistema jurídico chileno el divorcio vincular, pero además establece

* Abogada chilena residente en Alemania. Magíster Legum (LL. M.) en Derecho Civil de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemania. Candidata a Doctora en Derecho Civil en la Ludwig-Maximilians- Universität München, Alemania.

** Juez del Tribunal de Juicio de Puntarenas. Magíster Legum (LL. M.) en Derecho Civil de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemania.

1 El texto íntegro de la nueva Ley de Matrimonio Civil (L 19.947) se ubica en www.bcn.cl. (página web de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile). También se puede obtener el texto íntegro del Código Civil Chileno

normas de protección para los cónyuges e hijos, es decir, también busca el fortalecimiento de la institución del matrimonio y de la familia. Ambos son considerados intereses superiores que deben ser resguardados.

En este sentido vale destacar, en el caso de divorcio y la nulidad, existe la posibilidad de una compensación económica al cónyuge que se dedicó al cuidado de los hijos y/o a las labores del hogar y no pudo realizar una actividad remunerada o lo hizo sólo parcialmente.

Otro aspecto también novedoso es la incorporación de la separación judicial, por medio de la cual los cónyuges adquieren la calidad legal de separados, aunque no están facultados para contraer nuevo matrimonio. Ellos quedan liberados de las obligaciones de cohabitación y fidelidad. La separación judicial es generada por la falta imputable de un cónyuge que implica un grave incumplimiento de obligaciones y deberes matrimoniales y con respecto a los hijos.

Finalmente se establecen instrumentos para la solución de los conflictos que acarrearán la crisis del matrimonio, tales como la conciliación y la mediación.

Ahora bien, en cuanto al divorcio, éste se establece como una causal de terminación del matrimonio y está regulado en el art 42 LMCCCh, conjuntamente con la muerte

natural de uno de los cónyuges, así como la muerte presunta de alguno de ellos, tras los respectivos plazos y la sentencia de nulidad. Las causales están taxativamente enumeradas. El divorcio se constituye como una excepción a la indisolubilidad del matrimonio, éste último concepto se encuentra establecido en el art. 102 del CCCh “*el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente*”.

Con la reciente creación de los Tribunales de Familia, los Juzgados de Familia son los llamados a conocer las acciones de divorcio².

2. Las causales de divorcio

El divorcio chileno sigue un modelo mixto, es decir, se basa en el concepto de *divorcio-sanción*, mas también se pueden ver rasgos de un *divorcio-remedio*. Se afirma que es un modelo mixto pues exige, para que uno de los cónyuges pueda demandar el divorcio, la falta imputable del otro cónyuge. Se busca, por así decirlo, la culpabilidad de uno de los cónyuges en el fracaso de la relación matrimonial, pero además la ley reconoce la posibilidad de obviar dicha opción y permite la solicitud conjunta de los cónyuges para demandar el divorcio, en el caso que haya transcurrido el plazo prefijado por la ley. Por otro lado, existe la posibilidad de demandar el divorcio unilateralmente. Se

2 Art. 8 N° 16) Ley de Tribunales de Familia. (L. 19.968) “Competencia de los juzgados de familia. Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias: 16) Las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la ley de Matrimonio Civil”. Esta ley fue recientemente modificada por la ley 20.086 publicada el 15.12.2005.

establece, en tal supuesto, un plazo más extenso que en el caso del divorcio solicitado de mutuo acuerdo. Es indudable que la posibilidad de demandar el divorcio sin tener que entrar a probar culpas de uno u otro cónyuge parece ser una opción más adecuada y razonable a la hora de determinar el fracaso de un matrimonio y las consecuencias que de ello derivan, tanto para los ex-cónyuges, como para los hijos³.

2.1. El divorcio-sanción y sus causales

El divorcio como sanción se encuentra plasmado en el Art. 54 LMCCCh. Dicho precepto requiere, para la configuración del divorcio, la falta de uno de los cónyuges, siempre que dicha falta *“constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común”*. Por tanto, son tres los supuestos básicos para que se constituya el divorcio-sanción: en primer lugar la falta imputable a uno de los cónyuges; en segundo lugar, que dicha falta constituya una violación grave a los deberes matrimoniales o respecto de los hijos y en tercer lugar, que tal falta torne intolerable la vida en común⁴.

En este sentido cabe decir que los deberes que emanan del matrimonio están establecidos en

el Libro I Título VI del Código Civil Chile N° En términos generales, respecto a las obligaciones y derechos entre los cónyuges, se puede decir que son obligaciones civiles que se basan en obligaciones de orden moral. En primer lugar, el art. 131 CCCh establece que *“los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos”*. La obligación de guardarse fe implica un deber de fidelidad que es transgredido al cometerse adulterio⁵. El deber de socorro implica la obligación de alimentos, pero no se agota en dicha obligación, pues puede ocurrir que no se deban alimentos pero que uno de los cónyuges deba auxiliar al otro. El deber de ayudarse mutuamente aporta un elemento ético al matrimonio.

En segundo lugar, el art. 133 CCCh indica: *“Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo”*. La norma establece el deber de cohabitación, es decir, el deber de hacer vida en común. Finalmente, el art. 134 establece: *“El marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que medie entre ellos”*. De esta norma también se deriva la obligación de socorro y alimento que se tienen los cónyuges mutuamente.

3 Concuerdan con esta opinión TURNER SAEZLER, Susan Las prestaciones económicas entre los Cónyuges divorciados en la nueva Ley de matrimonio civil, en Rev. derecho (Valdivia). online. jul. 2004, vol.16, pp. 83-104. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, Nulidad y divorcio en el proyecto de nueva Ley de matrimonio Civil, en Estudios Públicos, 86 (otoño 2002), p. 233.

4 Véase BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, Separación, Divorcio y Nulidad (Santiago, 2004) p. 364.

5 El art. 132 CCCh el adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad.

En cuanto a los deberes de los padres respecto de los hijos, se puede indicar los padres tienen el deber de cuidado personal, crianza, educación, supervisión y alimentación de los hijos. Estos deberes se desprenden del art. 222 inciso 2 CCCh: *“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”*⁶.

El art. 54 inc.2 LMCCCh enumera seis casos en los cuales se tipifica la conducta que da lugar al divorcio. Es importante indicar que esta enumeración no es taxativa, sino solamente ejemplar. En este punto vale decir, además, que la nueva LMCCCh recoge en sus numerales acerca de las causales de divorcio, en gran medida las causales de divorcio descritas por la antigua LMCCCh. Otra acotación importante a este respecto, es que Chile contaba con una institución denominada divorcio, mas

dicho divorcio impedía a los cónyuges casarse nuevamente, sólo era una separación de cuerpos⁷. A su vez, existían causales de divorcio perpetuo y de divorcio temporal, según la gravedad de la falta cometida. Las causales de divorcio-sanción de la actual ley son:

1° Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos.

Esta causal estaba parcialmente contenida en la antigua Ley de Matrimonio Civil, en cuanto, entre otras causales, también había lugar al divorcio perpetuo en el caso de *“Malos tratamientos graves y repetidos, de obra o de palabra”*⁸. La nueva ley es genérica al referirse a los modos en que se puede transgredir la integridad física o psíquica de un cónyuge y no exige la reiteración de los malos tratamientos, como sí lo hacía la ley anterior. Por otra parte, a mi juicio, será un antecedente importante para la calificación de esta causal la existencia de condenas en razón de la Ley de Violencia Intrafamiliar⁹.

6 EL concepto de interés superior también se encuentra presente en Art. 3 inc. 1 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial atenderá a la que se atenderá será el interés superior del niño”. Chile firmó y suscribió la Convención 26.01.1990.

7 Art. 19 antigua LMCCCh.

8 Art 21 N° 2 antigua LMCCCh.

9 Ley N°20.066; de 7 de octubre de 2005, Ley de Violencia Intrafamiliar. Ella en su art. 5 señala “Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente...” Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 287-2006, 16 de agosto de 2006. “QUINTO: Que apreciando la prueba rendida, conforme a las normas de la sana crítica, se arriba a la siguiente conclusión: la conducta desplegada por la demandada es constitutiva de falta que constituye una violación grave del deber de respeto y protección que se deben los cónyuges entre sí, tomándose, en consecuencia, intolerable la vida en común. Al respecto, son elocuentes las dos condenas por violencia intra-familiar de que ha sido objeto la demandada (roles 1574 y 1720 del mismo Tribunal), así como el contenido de los informes sociales de fojas 24 a 31, en los que se confirma que la convivencia de la pareja se ha caracterizado desde un comienzo por ser disfuncional, caracterizados por hechos de violencia intrafamiliar, y por el marcado interés material de parte de la demandada, existiendo asimismo un abandono continuo o reiterado del hogar común. Por estas consideraciones, y visto, además, lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 19.947, y artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil...”

2° Transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de transgresión grave de los deberes del matrimonio.

En este número se hace directa alusión a las normas del Código Civil Chileno, ya arriba citadas, es decir, la violación de los artículos 131 y 133. Asimismo, al cometerse adulterio también se incurre en una violación del deber de fidelidad (Art. 132), y por tanto, se configura la causal que se comenta¹⁰.

En cuanto al abandono, se puede indicar que, tanto el abandono continuo como la reiteración en un lapso de tiempo, se considera una violación grave a los deberes del matrimonio¹¹. La antigua LMCCCh sólo indicaba el abandono del hogar común como causal de divorcio temporal¹².

3° Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal.

Son tres los elementos que exige esta causal. En primer lugar, la sentencia ejecutoriada condenatoria; en segundo lugar, la condena debido a la comisión¹³ de determinados delitos¹⁴ y en tercer lugar, que en razón de dichas circunstancias se provoque la ruptura de la armonía conyugal¹⁵.

4° Conducta homosexual

Esta tipificación constituye, sin lugar a dudas, la novedad dentro de las causales de divorcio.

10 Corte Suprema, rol 5048-2006, 12 de marzo de 2007. "Tercero ...la infracción al deber de fidelidad no sólo se traduce en que uno de los cónyuges cometa adulterio, puesto que éste no es sino una forma en particular de infringir dicha obligación ... incurre en esta infracción y, por ende, en la referida causal del divorcio, el marido o la mujer que realiza una conducta que compromete la búsqueda del bien para ambos cónyuges, entendido éste último concepto en términos amplios, abarcador de todas las circunstancias de la vida conyugal, esto es, que se destruya la fe, confianza y lealtad debida manifestada ostensiblemente en el quehacer personal del cónyuge infractor...".

11 Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 287-2006, 16 de agosto de 2006.

12 Art. 21 N° 7 antigua LMCCCh.

13 Los autores Barrientos Grandón y Novales Alquézar indican que la voz "comisión" se utiliza sin mayores precisiones, por ende, ella debe sólo involucrar al cónyuge autor. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, Separación, Divorcio y Nulidad (Santiago, 2004) p. 371.

14 El Título VII del Libro II del Código Penal denominado Crímenes y Delitos contra el Orden de las Familias, contra la Moralidad Pública y contra la Integridad Sexual. Se integran entre otros delitos: aborto, abandono de niños, violación, estupro, incesto etc. El Título VIII se denomina Crímenes y Simple Delitos contra las Personas se incluyen los delitos de homicidio, infanticidio, lesiones corporales, entre otros.

15 Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 665-2006, 4 de octubre de 2006. "SEGUNDO: Por otra parte, es efectivo que también resulta insuficiente el certificado de reclusión de fojas 7, e xpedito por el señor Alcaide del Centro de Cumplimiento Penitenciario de esta ciudad, junto a los testimonios de oídas de las testigos citadas precedentemente, para acreditar la existencia de una sentencia ejecutoriada que haya condenado al demandado como responsable de crímenes o simples delitos contra las familias o la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II Títulos VII y VIII del Código Penal, que impliquen una ruptura de la armonía conyugal pues, si bien el certificado aludido expresa que Humberto Trujillo Molina, fue condenado por Abuso Sexual, a la pena de cuatro años, cuyo cumplimiento inició el 04 de abril del año 2005 y que tal delito se encuentra comprendido en las disposiciones que considera la ley para estos efectos, lo cierto es que la disposición referida exige que tal conducta involucre una ruptura de la armonía conyugal, lo que no se da en la especie, puesto que el cese de la convivencia se habría producido con mucha anterioridad al despliegue de la misma".

La definición de conducta homosexual no está contenida en la nueva ley, debe entenderse como la relación de personas del mismo sexo, es decir, la inclusión de conductas homosexuales y lésbicas. En este sentido, lo que constituye la causal de divorcio no es la homosexualidad en sí misma, sino la exteriorización de la conducta homosexual. Por ello, más que una nueva causal, la conducta homosexual debe ser entendida como una reiteración o especificación de la causal N° 2, en la cual se tipifica la violación al deber de fidelidad.

5° Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos

Se requiere, para la configuración de esta causal, la existencia de dos elementos: en primer lugar, el alcoholismo o drogadicción de uno de los cónyuges, esto es, la existencia de una enfermedad; en segundo lugar, que dicha situación impida gravemente la convivencia entre los cónyuges o entre éstos y los hijos. La causal tiene su antecedente en la antigua LMCCCh, que tipificaba también como causal de divorcio perpetuo "*Vicio arraigado de juego, embriaguez o disipación*"¹⁶. No sólo es necesario la existencia de una de las enumeradas enfermedades, sino que, como

consecuencia de ella, se genere un conflicto que entorpezca la convivencia armónica de la familia.

6° Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.

Esta causal estaba parcialmente incluida en la antigua ley y constituía una causal de divorcio perpetuo "*Tentativa de uno de los cónyuges para prostituir al otro*"¹⁷. Se agregó, en la nueva ley, la tentativa de prostituir a los hijos. El concepto de tentativa debe ser interpretado según las normas del Código Penal¹⁸. El concepto de prostitución debe ser entendido como una conducta en la cual se realizan habitualmente tratos sexuales con diferentes personas.

2.2. El divorcio-remedio

El concepto de divorcio-remedio se encuentra establecido en el art. 55 LMCCCh. En primer lugar, se establece el divorcio por mutuo acuerdo. Los cónyuges deben acreditar que ha cesado la convivencia durante un lapso mayor a un año¹⁹. Además, deben acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos, esto es, deben reglarse diversas materias como, por ejemplo, el régimen de bienes del

16 Art. 21 N° 9 antigua LMCCCh.

17 Art. 21 N° 4 antigua. LMCCCh.

18 Art 7 CPCh " Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento".

19 El cese de la convivencia debe probarse mediante escritura pública o acta extendida o protocolizada ante un notario público; un acta ante el Oficial Civil; transacción aprobada judicialmente (Art. 22 LMCCCh). También la presentación de una demanda de alimentos, de tuición o el establecimiento de régimen de visita a los hijos se considerará como fecha cierta para la prueba del cese de la convivencia (Art. 25 LMCCCh).

matrimonio²⁰; en cuanto a los hijos, deben regularse las materias de alimentos, cuidado personal, visitas etc. La integridad y suficiencia del acuerdo está determinada, según la misma norma lo indica, por el resguardo que se haga al interés superior de los hijos. Consecuentemente por el decrecimiento del menoscabo económico que pudo causar la ruptura y el establecimiento de relaciones equitativas hacia el futuro²¹. También en el art. 55 inc. 3 se preceptúa el divorcio unilateral. En este caso, un cónyuge puede demandar el divorcio y se requiere que el cese efectivo de la convivencia sea de por lo menos tres años. Se faculta al Juez para rechazar la solicitud de divorcio unilateral, pues no habrá lugar al divorcio cuando el demandante no haya cumplido con la obligación de alimentos respecto de su cónyuge e hijos comunes, de forma reiterada, pudiendo hacerlo²².

3. Plazos

Existen tres diferentes plazos que permiten presentar a un cónyuge una solicitud de divorcio:

1. Los cónyuges no viven todavía un año separados: En este caso se aplica el divorcio-sanción, por lo cual un cónyuge puede pedir la terminación del matrimonio alegando que el demandado ha provocado con su conducta la ruptura de la convivencia matrimonial (Art. 54 LMCCCh).
2. En el caso que ambos cónyuges demandan el divorcio y acreditan la cesación de la convivencia común por un lapso mayor a un año (Art. 55 inc 1 LMCCCh).

20 El art. 55 inc. 2 hace una remisión al art. 21 LMCCCh precepto que regla la separación de hecho de los cónyuges, en esta norma se hace referencia a los alimentos, dicha alusión no puede ser aplicada al divorcio, pues éste extingue la obligación de alimentos entre los ex-cónyuges.

21 Respecto al acuerdo entre los cónyuges, denominado por la doctrina convenio regulador, véase BARCIA LEHMANN, Rodrigo El convenio regulador en el Derecho español y en el proyecto de ley de Matrimonio Civil Chileno, en *Ius et Praxis*. online. 2002, vol.8, N° 2, pp. 445-478.

22 Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 311-2007, 22 de junio de 2007 “ Primero: Que, analizados los antecedentes del juicio de divorcio, esta Corte comparte el parecer de la señora juez de primer grado, que no hace lugar a la acción pues, en primer lugar, el demandante no probó la causal del N° 2 del artículo 54, referida más arriba y, al contrario, de los dichos de un testigo, cuyo testimonio es debidamente ponderado, puede inferirse que el actor tuvo conductas que constituyen dicha causal, por ese motivo, no puede invocarla en su favor. En cuanto al segundo motivo, precisamente, el incumplimiento de su deber de pagar la pensión alimenticia ..., en reiteradas oportunidades, pudiendo hacerlo, como se acreditó, le impiden invocar el cese efectivo de la convivencia como causal de divorcio...”; Corte de Apelaciones de Concepción, rol 996-2006, 3 de julio de 2006, la Corte otorgó la acción de divorcio al cónyuge, afectado por una declaratoria de quiebra, aunque el actor incumplió la obligación de alimentos: “3. Que, así las cosas, corresponde analizar, en primer lugar, si la declaratoria de quiebra que afecta al actor constituye impedimento suficiente para dejar de cumplir la obligación alimenticia a favor de su cónyuge, especialmente, teniendo presente que el inciso 3° del artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil priva de la acción de divorcio al actor que no ha dado cumplimiento reiterado a su obligación de alimentos durante el cese de la convivencia, pudiendo hacerlo. Lo que significa, por el contrario, que no pudiendo hacerlo, el actor no se ve privado de la acción. Con el objeto de cumplir los fines del juicio de quiebra, de otro lado, el legislador ha privado al fallido del derecho de administrar y de disponer de sus bienes, que es el efecto inmediato que produce la declaratoria de quiebra y que se conoce con el nombre de desasimio y que, en el caso, alcanza también a la obligación de alimentos, al no quedar excluida por la ley. De esta forma, tal como lo dejó establecido esta misma Corte de Apelaciones al acoger la acción de amparo deducida por el alimentante, éste se encontraba en la imposibilidad legal de atender el pago de dicha deuda... Tampoco existe prueba alguna en el proceso que permita, al menos, presumir que el fallido posea bienes que escapen a la quiebra y con cargo a los cuales haya podido cumplir su obligación de alimentos”.

3. El cese efectivo de la convivencia conyugal por un período de por lo menos tres años, también permite el divorcio (Art. 55 inc 3 LMCCCh).

4. Titularidad y ejercicio de la acción de divorcio

La acción de divorcio corresponde exclusivamente a los cónyuges, cualquiera de ellos puede demandarlo a no ser que se invoque una de las causales descritas en el art 54 LMCCCh pues, en ese caso, sólo el cónyuge que imputa la falta puede invocar la acción, no así el imputado.

Además, la acción es irrenunciable y no se extingue por el mero transcurso del tiempo.

Finalmente, en cuanto al cónyuge menor de edad y al interdicto por disipación, ellos pueden ejercer por sí mismos la acción de divorcio o ejercer dicha acción por medio de sus representantes.

5. Efectos jurídicos del divorcio

Desde que queda ejecutoriada la sentencia que declara el divorcio, éste produce sus efectos (Art. 59 LMCCCh). Ahora bien, el art. 60 LMCCCh establece que el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial

originados a causa del matrimonio y establece como ejemplo los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos.

Los efectos jurídicos del divorcio afectan en primer lugar a los ex-cónyuges, pero también generan efectos respecto de los hijos. En este ensayo sólo nos referiremos a los efectos entre los cónyuges. Se analiza la liquidación del régimen legal matrimonial²³, derechos sucesorios, derechos de alimentos y la compensación económica.

5.1. Efectos entre los cónyuges

5.1.1. Liquidación de la Sociedad Conyugal

La Sociedad Conyugal es el régimen legal matrimonial²⁴ en el Derecho chileno (Art. 135 CCCh)²⁵. En términos generales, la sociedad conyugal es una sociedad de bienes, corresponde a una comunidad de gananciales²⁶, cuya administración le corresponde al marido (Art 1749 CCCh)²⁷. La liquidación de la sociedad conyugal tiene como fin la constatación de la producción de gananciales durante la vigencia de la sociedad. Es posible que las partes acuerden la liquidación de la sociedad conyugal, por ejemplo, durante el juicio de divorcio²⁸.

23 En este punto vale indicar que también es menester la liquidación del régimen de participación en los gananciales cuando éste haya sido el régimen de bienes pactado por los cónyuges. Ahora bien, se ha omitido el análisis de este régimen en este acápite por la escasa aplicación que éste tiene en el derecho chileno y además, ya que, en el caso del derecho alemán dicho régimen es el régimen legal matrimonial.

24 El régimen matrimonial es definido como el estatuto jurídico que regula las relaciones pecuniarias de los cónyuges entre sí y respecto de terceros, RAMOS PAZOS, René Derecho de Familia (Santiago, 2003), I, p. 129.

25 Art. 135 inc 1 CCCh: "Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título De la sociedad conyugal".

26 RAMOS PAZOS, René Derecho de Familia (Santiago, 2003), I, p.133.

27 Art. 1749 Inc 1 CCCh: "El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de la mujer...".

28 Juzgado de Santiago, 14 de noviembre de 2005, sin rol.

Las operaciones que se requieren para la liquidación de la sociedad conyugal son las siguientes:

La confección de un inventario de los bienes: Esta obligación se encuentra establecida en el Art. 1765 CCCh²⁹. El objetivo del inventario es dejar constancia de todos los bienes y deudas. Es por ello que debe integrar todos los bienes, tanto sociales, como los bienes propios y todos aquellos bienes que se encontrasen en poder del marido o la mujer³⁰. Por otra parte, la alusión que hace la norma que se comenta a las prescripciones de la sucesión por causa de muerte, debe ser entendida como una remisión al art. 1253 CCCh y éste a su vez se remite a los arts. 382 y ss. CCCh., relativo a las normas de tutores y curadores³¹.

El inventario puede ser solemne o simple, aunque deberá ser solemne en el caso que entre los involucrados hubiera menores,

dementes u otras personas inhábiles para la administración de sus bienes³².

La tasación de los bienes inventariados: Con respecto a la tasación, vale decir que esta obligación también se desprende del art. 1765 CCCh ya antes citado. La norma, como ya se dijo, se remite a las disposiciones de la sucesión por causa de muerte, en este caso en particular, al art. 1335 CCCh³³. La tasación deberá realizarse por peritos a no ser que los involucrados hayan determinado otro modo. Esta disposición se ve complementada por la norma del art. 657 CPCCh³⁴, por medio de la cual puede omitirse el trámite de la tasación, aún en el caso de existir incapaces entre los involucrados.

La determinación del acervo bruto o cuerpo común de bienes: De acuerdo con los bienes que fueron inventariados, se realiza la formación del acervo bruto, es decir, éste incluye todos los bienes. Además, deben

29 Art. 1765 CCCh: "Disuelta la sociedad, se procederá inmediatamente a la confección de un inventario y tasación de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable, en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte".

30 En este sentido, es preciso indicar que, el art. 1739 inc 1 CCCh, establece una presunción de dominio respecto a los bienes sociales en cuanto señala "Toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges durante la sociedad o al tiempo de su disolución, se presumirá pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario".

31 Art. 382 inc. 1 CCCh " El inventario hará relación de todos los bienes raíces y muebles de la persona, cuya hacienda se inventaría particularizándolos uno a uno, o señalando colectivamente los que consisten en número, peso o medida, con expresión, de la cantidad y calidad, sin perjuicio de hacer las explicaciones necesarias para poner a cubierto la responsabilidad del guardador".

32 Art. 1766 inc 2: "Si entre los partícipes de los gananciales hubiere menores, dementes u otras personas inhábiles para la administración de sus bienes, serán de necesidad el inventario y tasación solemnes; y si se omitiere hacerlos, aquel a quien fuere imputable esta omisión, responderá de los perjuicios; y se procederá lo más pronto posible a legalizar dicho inventario y tasación en la forma debida".

33 Art. 1335 CCCh: "El valor de la tasación por peritos será la base sobre que procederá el partidor para la adjudicación de las especies; salvo que los coasignatarios hayan legítima y unánimamente convenido en otra, o en que se liciten las especies, en los casos previstos por la ley".

34 Art. 657 inc.2 CPCCh " Podrá, sin embargo, omitirse la tasación, si el valor de los bienes se fija por acuerdo unánime de las partes, o de sus representantes, aun cuando haya entre aquéllas incapaces, con tal que existan, en los autos antecedentes que justifiquen, la apreciación hecha por las partes, o que se trate de bienes muebles, o de fijar, un mínimo para licitar bienes raíces con admisión de postores extraños".

incluirse en el acervo bruto los frutos de los bienes, incluyendo los frutos que la mujer administraba según las disposiciones de los art. 166 y 167³⁵.

La restitución de los bienes propios de los cónyuges: Cada cónyuge o heredero podrá sacar del acervo bruto sus bienes propios. Lo que realiza el involucrado es un retiro material del objeto, pues él es el dueño del bien³⁶.

La liquidación de las recompensas: En cuanto al tema de la liquidación de las recompensas, es menester indicar que, tanto la sociedad, como cada uno de los cónyuges puede adeudar recompensas. Es por eso que se requiere hacer la liquidación para en definitiva establecer si el cónyuge tendrá derecho a los gananciales o si el cónyuge deberá pagar a la sociedad.

La partición de los gananciales: Los gananciales deberán repartirse por mitades; sin embargo, existen algunas excepciones a este respecto. En el caso de que el cónyuge o heredero hubiere ocultado o distraído dolosamente un bien de la sociedad, perderá su porción en dicho bien y deberá restituirlo doblado (art. 1768 CCCh). Puede ocurrir, además, que la mujer haya renunciado a sus gananciales (Arts. 1781 y ss. CCCh)³⁷.

La división del pasivo social: En cuanto a la división del pasivo, es necesario distinguir entre la obligación a la deuda y a la contribución a la deuda. El marido está obligado a las deudas, pues es él quien responde frente a los terceros, en cuanto él administra la sociedad conyugal. Además, esta obligación continúa aún después de la disolución (Art. 1778 CCCh)³⁸. La mujer está obligada respecto de terceros sólo hasta lo que recibió a título de gananciales. Ella posee el beneficio de emolumento (art. 1777 inc. 1 CCCh)³⁹.

Ahora bien, el hecho que el marido esté obligado al pago de las deudas no significa que, en definitiva, deba soportar dichas deudas, es decir, en la contribución a las deudas sociales, tanto el marido como la mujer son responsables. En este sentido, el art. 1778 ya citado establece que el marido es responsable de las deudas salvo su acción contra la mujer para el reintegro de la mitad de las deudas. Con todo, la contribución a las deudas de ambos cónyuges por mitades, posee excepciones: en primer lugar, puede existir entre los cónyuges una convención que reparta las deudas de otra manera; en segundo lugar, existe el ya antes mencionado beneficio de emolumento de la mujer y, finalmente, la

35 El art. 166 CCCh se refiere a donaciones, herencia o legados que fueron hechos a la mujer con la condición que no los administre el marido. El art. 167 CCCh estipula el caso en que en las capitulaciones matrimoniales se haya pactado que la mujer administre separadamente alguna parte de sus bienes.

36 Arts 1770, 1771, 1772 CCCh .El art 1770 se refiere a los bienes propios, los precios saldos y recompensas de cada cónyuge. El art. 1771 se refiere a las pérdidas o deterioros de las especies o cuerpos ciertos, finalmente el art. 1772 establece reglas en cuanto a los frutos.

37 Art. 1781 CCCh "Disuelta la sociedad, la mujer mayor o sus herederos mayores tendrán la facultad de renunciar los gananciales a que tuviere derecho...".

38 Art.1778 CCCh"El marido es responsable de total de las deudas sociales ..."

39 Art. 1777 inc. 1 CCCh " La mujer no es responsable de las deudas de la sociedad, sino hasta la concurrencia de su mitad de gananciales"

existencia de una deuda personal genera un cambio en cuanto al reparto de la contribución a las deudas.

5.1.2. Derechos sucesorios

Los derechos sucesorios que existían entre los cónyuges⁴⁰ se extinguen. Esto se encuentra de forma ejemplar establecido en el art 60 LMCCh, al indicar la norma que se comenta, que el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio.

5.1.3. Derecho de alimentos

Del mismo modo, prescribe el art. 60 LMCCh que los derechos de alimentos cesan, ya que cesa la causa que origina este derecho, esto es, el matrimonio⁴¹.

5.1.4. Compensación económica

5.4.1.1. Generalidades

La compensación económica⁴², que se instituye con la nueva Ley de Matrimonio Civil, es una nueva institución en el Derecho de Familia chileno, específicamente relativo a los efectos patrimoniales del matrimonio que termina. Esta institución se encuentra ubicada en el Capítulo VII de la Ley de Matrimonio Civil, relativo a las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio, junto a la conciliación y a la mediación, aunque debe indicarse que la compensación económica no rige para el caso de la separación, sino sólo en el supuesto del divorcio y de la nulidad del matrimonio⁴³.

La compensación por menoscabo económico se puede definir como “la prestación a que tiene derecho el cónyuge que durante el matrimonio no se dedica a una actividad remunerada como

40 A este respecto el art 983 CCCh establece: son llamados a la sucesión intestada los descendientes del difunto, sus ascendientes, el cónyuge sobreviviente, ...” Además el art. 1182 CCCh “Son legitimarios ... 3° El cónyuge sobreviviente. ...”

41 Art. 321 CCCh “Se deben alimentos 1° Al cónyuge ;” Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 1357-2006, 1 de agosto de 2006. “1°... b) Que el derecho de alimentos en beneficio de Teresa Aránguiz, materializado en un derecho de habitación, ..., ha concluido por el divorcio decretado que significa la terminación del matrimonio entre las parte ...”

42 Esta Institución tiene como referencia modelos de derecho comparados, el derecho español y derecho francés principalmente, aunque posee una estructura jurídica particular que la diferencia de aquéllos. En este punto véase VIDAL OLIVARES, Álvaro La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil, en VIDAL OLIVARES, Álvaro (coordinador), El nuevo Derecho chileno del Matrimonio (Santiago, 2006) p. 219.

43 La imprecisión en que la ley incurre se debe a que se siguió el modelo español, específicamente el Capítulo IX del Libro Primero del Código Civil denominado “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio” en dicho Capítulo se regula la pensión compensatoria, que es procedente tanto en el caso de divorcio como en el de separación. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, Separación, Divorcio y Nulidad. (Santiago, 2004) p.402.

podía y quería, por dedicarse al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común y a quien el divorcio o la nulidad matrimonial le causa un menoscabo económico⁴⁴. La institución de la compensación económica es de aplicación restrictiva, y, por ende, deberán ser probados todos los elementos que la constituyen para que sea admisible⁴⁵.

5.4.1.2. Elementos esenciales de la compensación económica

Se dará lugar a esta compensación cuando uno de los cónyuges, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o lo hizo en menor medida de lo que podía o quería. De esta manera, surge para ese cónyuge un derecho para que se le

compense el menoscabo económico sufrido. Los elementos esenciales de esta institución son: La dedicación de un cónyuge a las labores domésticas y/o de cuidado de los hijos⁴⁶, debido a dicha dedicación, la falta de una actividad remunerada⁴⁷ o la realización de ésta en menor medida⁴⁸ y, finalmente, que la nulidad matrimonial o el divorcio le haya provocado un menoscabo económico⁴⁹. En este sentido el menoscabo económico debe ser entendido como un desequilibrio de orden económico que se produce a la terminación del matrimonio⁵⁰.

El art. 62 entrega algunos criterios —listado que no es taxativo—, a través de los cuales es posible determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación. En este sentido, establece la norma se considerarán especialmente la duración del matrimonio⁵¹ y de la vida común

44 VIDAL OLIVARES, Álvaro La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil, en VIDAL OLIVARES, Álvaro (coordinador), El nuevo Derecho chileno del Matrimonio (Santiago, 2006) p. 254.

45 Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 2321-2005, 22 de diciembre de 2005. No se acogió la demanda reconvenzional, pues no se probó el menoscabo económico. Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 1614 -2005, 23 de marzo de 2006. "2.- ... En suma, es el menoscabo económico mismo, que se habría producido para ella por el hecho del matrimonio, lo que no invoca ni acredita, y eso impide al Tribunal acoger compensación alguna en su favor ..."

46 Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 855-2005, 20 de diciembre de 2005. "SEXTO:...las partes están contestes que la cónyuge solicitante de la compensación económica, se dedicó a lo menos quince años al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar común..." Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 120-2006, 13 de abril de 2006. La mujer en este caso estuvo al cuidado de una hija y de las labores del hogar común.

47 Corte de Apelaciones de Talca, rol 1622-2006, 31 de enero de 2007; Corte de Apelaciones de Talca, rol 418-2007, 6 de junio de 2007.

48 Corte de Apelaciones de Chillán, rol 589-2005, 23 de noviembre de 2005. "4° ... durante el matrimonio la demandante reconvenzional tuvo cierta actividad remunerada o lucrativa, no es menos verdad que lo hizo en menor medida de o que podía, por haberse dedicado a las labores propias del hogar común y el cuidado del hijo de las partes ...".

49 Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 563-2006, 25 de agosto de 2006. "4°) ... que el demandante proporciona alimentos a ella y sus hijas fijados de común acuerdo, que el bien raíz adquirido durante la sociedad conyugal lo habita ella y sus dos hijas, habiéndose constituido en favor de éstas últimas, siendo de cargo del actor el pago de los dividendos hipotecarios. 5°) Que lo expuesto precedentemente, hace concluir al tribunal que en la especie no ha existido un menoscabo económico para la cónyuge demandante que deba ser compensado"

50 Véase TURNER SAELZER, Susan Las prestaciones económicas entre los Cónyuges divorciados en la nueva Ley de matrimonio civil, en Rev. derecho (Valdivia). online. jul. 2004, vol.16, p.83-104. La profesora indica que " el art. 62 sigue la tesis subjetiva del derecho español al señalar que las circunstancias en él indicadas sirven para determinar tanto la existencia del menoscabo económico como la cuantía de la compensación. Es decir, tales circunstancias no sólo cumplen una función de cuantificación del menoscabo sino que condicionan su propia existencia."

51 Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 274-2005, 13 de junio de 2006. El matrimonio duró 19 años. Corte de Apelaciones de Concepción, rol 1451-2006, 7 de agosto de 2006. El matrimonio duró más de 20 años.

de los cónyuges⁵², la situación patrimonial de ambos, la buena o mala fe, la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario, su situación en materia de beneficios previsionales y de salud, su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge⁵³.

Es interesante indicar que, en el caso que el beneficiario estuvo de mala fe o dio lugar al divorcio-sanción, el Juez cuenta con la facultad de denegar la compensación económica o disminuir prudencialmente su monto⁵⁴.

La regla general es que la compensación es acordada por los cónyuges mayores de edad, en cuanto a su monto y forma de pago. El acuerdo entre las partes deberá constar en una escritura pública o en un acta de avenimiento y además se requiere la aprobación del juez. (Art. 63 LMCh)⁵⁵. Las partes pueden también renunciar a la compensación económica⁵⁶.

En caso de no existir acuerdo, la compensación será determinada por el Juez (Art. 64 LMCh). La compensación económica es una prestación única⁵⁷. Con todo, en cuanto a la determinación de la forma de pago, el Juez puede establecer la

52 Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 744-2005, 31 de octubre de 2005. "TERCERO: Que para determinar el monto de la compensación económica ha de considerarse la vida en común que tuvieron, la situación patrimonial del cónyuge demandante, la buena fe de éste ... y especialmente el hecho de que la demandada ha tenido una vida en común con otra persona,..."

53 El profesor Vidal Olivares realiza un análisis temporal de las circunstancias del art. 62, indicando que junto al elemento esencial, esto es, que el beneficiario se haya dedicado a la familia, las circunstancias pueden agruparse en cuanto al pasado "el tiempo de duración del matrimonio y de la vida en común y la colaboración que hubiere prestado el cónyuge beneficiario a las actividades lucrativas del otro cónyuge". Las relacionadas con el presente "En el presente se halla la situación patrimonial de los cónyuges; la situación en materia de beneficios previsionales, la edad y el estado de salud y cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral del cónyuge beneficiario". Finalmente las circunstancias relacionadas con el futuro "Las circunstancias presentes permiten una prospección de las perspectivas de vida hacia el futuro previsible del cónyuge beneficiario" Además, el autor agrupa las circunstancias en objetivas y subjetivas, de acuerdo a si éstas dicen o no relación con la conducta de los cónyuges durante la vigencia del matrimonio VIDAL OLIVARES, Álvaro, La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil, en VIDAL OLIVARES, Álvaro (coordinador), El nuevo Derecho chileno del Matrimonio (Santiago, 2006) p 262 ss.

54 Corte Suprema, rol 5048-2006, 12 de marzo de 2007.

55 En el caso del divorcio de común acuerdo, es menester, la fijación de la compensación. De esta manera Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 1081-2005, 23 de marzo de 2005. Las partes presentaron un acuerdo, en el cual fijan la compensación económica

56 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1616-2006, 11 de enero de 2007.

57 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 9287-2005, 21 de marzo de 2006, prestación única; Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 1511-2006, 30 de agosto de 2006, se otorgó un plazo de 10 meses para pagar la compensación económica; Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 2981-2006, 18 de mayo de 2007, se estableció un pago único o en cuotas. Sin embargo, en la práctica se ha establecido como excepción el pago de una prestación única o por lo menos en pocas cuotas.

modalidad de entrega de dinero o la constitución de derechos de usufructo⁵⁸, uso y habitación⁵⁹. Si el cónyuge deudor no tiene bienes suficientes para pagar de una sola vez la compensación, dividirá el Juez el monto total en cuantas cuotas fuere necesario y es importante la capacidad económica del deudor⁶⁰. Además, para los efectos del cumplimiento, cada cuota será considerada alimentos debidos por ley, a menos que el deudor ofrezca otras garantías para el pago efectivo y oportuno, lo cual deberá ser declarado en la sentencia. Como ya se señaló, la consideración de las cuotas como alimentos, no viene a verificar la naturaleza jurídica alimenticia de la compensación económica sino que, por el contrario, establece un argumento para refutarla.

II. El divorcio en el Derecho de Familia alemán

1. Aspectos generales

De acuerdo a las normas del BGB⁶¹, específicamente §1353 Abs.1 S.1 BGB⁶², el matrimonio se realiza para toda la vida. Sin embargo, este principio que rige la institución del matrimonio alemán puede ser vulnerado a través del divorcio. Por ello, se considera el divorcio como una causal de disolución del matrimonio, por razones que surgieron luego de su celebración. Este concepto se diferencia de la anulación del matrimonio, ya que en ésta el motivo de la disolución acontece al momento de su celebración⁶³.

58 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1629-2006, 5 de abril de 2007, en este caso el Tribunal le otorgó una compensación económica a la mujer en dinero y en un derecho de usufructo; Corte de Apelaciones de Santiago, rol 62-2007, 17 de mayo de 2007. La mujer obtiene como compensación económica un derecho de usufructo vitalicio sobre un inmueble.

59 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2683-2006, 8 de junio de 2007, el actor ofreció bienes muebles para el pago de la compensación económica, la oferta fue rechazada por el Tribunal. Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 266-2006, 25 de mayo de 2006. " 1.-...desde que el resto que solicita, consistente en su mantención como carga dentro del sistema de previsión de salud del actual marido, resulta improcedente, pues el artículo 65 de la Ley de Matrimonio Civil no contempla tal posibilidad".

60 Véase Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 855-2005, 20 de diciembre de 2005, se fijaron 156 cuotas; Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 120-2006, 13 de abril de 2006, se fijaron 70 cuotas; Corte de Apelaciones de Concepción, rol 2166-2006, 27 de marzo de 2006, se fijaron 60 cuotas; Corte de Apelaciones de Concepción, rol 998-2006, 11 de abril de 2007, se fijaron 120 cuotas; Corte de Apelaciones de Chillán, rol 589-2005, 23 de noviembre de 2005, se fijaron 100 cuotas; Corte de Apelaciones de La Serena, rol 379-2007, 8 de junio de 2007, se fijaron 100 cuotas; Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 529-2006, 20 de junio de 2006, se fijaron 180 cuotas; Corte de Apelaciones de Santiago, rol 193-2007, 14 de mayo de 2007, se fijaron también 60 cuotas; Corte de Apelaciones de Santiago, rol 56-2007, 30 de mayo de 2007, se fijaron 134 cuotas;

61 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch= Código Civil Alemán)

62 Las normas no especificadas deben entenderse citadas del BGB. § 1353 Abs. 1 "Eheliche Lebensgemeinschaft. Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; sie tragen füreinander Verantwortung".

63 Es importante destacar que, la anulación del matrimonio (§ 1313 ss.) en Alemania tiene efecto hacia el futuro, por ello, el legislador efectuó una remisión a las normas del divorcio.

El proceso de divorcio es conocido por los Juzgados Civiles, específicamente por los Juzgados de Familia⁶⁴. El Juzgado es competente para conocer los asuntos conyugales, tuición de menores, derecho a visitas, etc. El divorcio y sus efectos son conocidos generalmente por el mismo tribunal y las sentencias deben dictarse conjuntamente.

2. Causal de divorcio

El divorcio alemán está regido desde el año 1976⁶⁵ por la idea del divorcio-remedio a diferencia del denominado divorcio-sanción, puesto que en el Derecho alemán sólo se constata la ruptura irremediable de la convivencia matrimonial. Por ello es irrelevante cuál de ambos cónyuges es responsable por aquel quiebre en la comunidad matrimonial⁶⁶, más aún si se considera que ni los cónyuges ni el Juez —muchas veces— están en la situación de determinar cuáles fueron las causas de la ruptura matrimonial y con qué intensidad afectaron a la relación matrimonial⁶⁷. La única razón existente para demandar el divorcio es la ruptura de la convivencia entre los cónyuges. Según § 1565 Ab.1 S.2⁶⁸ el matrimonio está arruinado, cuando no existe una comunidad de vida entre los cónyuges y no es de esperar que los cónyuges restituyan

dicha comunidad. En este sentido, el Juez de Familia debe enfocar su labor a dos aspectos: en primer lugar, debe conocer el estado actual del matrimonio y, en segundo lugar, las posibilidades de una reconciliación entre los esposos. Por lo que respecta al análisis del estado actual del matrimonio, el Juez puede examinar si los cónyuges viven por mucho tiempo separados, si existe una relación extramarital, etc. En cuanto al segundo aspecto, el Juez debe establecer si existe o no, por parte de los esposos, voluntad de reconciliación⁶⁹.

3. Plazos para presentar la solicitud de divorcio

Existen tres diferentes plazos que permiten a uno de los cónyuges presentar una solicitud de divorcio:

3.1. Los cónyuges no viven todavía un año separados: En este caso uno de los cónyuges puede pedir la disolución del matrimonio alegando que el demandado ha provocado con su conducta la ruptura de la convivencia matrimonial y de esta manera la continuación del matrimonio sería para él inexigible (§ 1565 Abs. 2⁷⁰). Así, por ejemplo, el marido solicitó el divorcio debido a que su mujer, luego de la

64 § 23 b VVG (Gerichtsverfassungsgesetz).

65 Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (EheRG) de 14.06.1976. Esta ley comenzó a regir el 01.07.1977.

66 GERNHUBER, Joachim - COESTER-WALTJEN, Dagmar Lehrbuch des Familienrechts, (München 2006), p. 226, n. 4 s; LÜDERITZ, Alexander – DETHLOFF, Nina Familienrecht, (München 2007), p.195, n.166.

67 SCHLÜTER, Wilfried Familienrecht (Heidelberg, 2006) p. 119; RAUSCHER, Thomas Familienrecht (Heidelberg, 2001) p.322, n. 512.

68 § 1565 Abs. 1 S. 2 “Die Ehe ist gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen”.

69 KLEIN, Michael en WEINREICH, Kompakt-Kommentar Familienrecht (München 2005) p. 574 n. 8 ss.

70 § 1565 Abs. 2 “Leben die Ehegatten noch nicht ein Jahr getrennt, so kann die Ehe nur geschieden werden, wenn die Fortsetzung der Ehe für den Antragsteller aus Gründen, die in der Person des anderen Ehegatten liegen, eine unzumutbare Härte darstellen würde”.

separación, inició labores de prostitución⁷¹. La idea es evitar que el cónyuge que con su conducta provocó la ruptura del matrimonio pueda, además, solicitar antes del año el divorcio. Podríamos decir que aquí se sigue el adagio jurídico “Nadie puede sacar provecho de su propio dolo”. Al margen de dicho argumento, el hecho de que se requiera de la existencia de una situación grave que provoque y fundamente el divorcio implica también cierta posibilidad para que los esposos puedan tomar una decisión de dicha envergadura, esto es, la decisión de divorciarse, sin mayor premura, evaluando todos los efectos⁷².

3.2. Cuando los cónyuges viven más de un año separados y ambos demandan el divorcio o bien, uno de ellos lo solicita y el otro otorga su consentimiento se presume, irrefutablemente, que el matrimonio está arruinado (§ 1566 Abs.1⁷³).

3.3. Cuando los cónyuges viven separados más de tres años⁷⁴ se presume, irrefutablemente, que la convivencia matrimonial no puede restablecerse. Por ello, a diferencia del caso anterior, no se requiere, por parte de los cónyuges, voluntades comunes (§ 1566 Abs. 2⁷⁵).

De esta forma crea el legislador alemán dos presunciones, las cuales buscan evitar que aspectos íntimos de una pareja sean materia de juicio. Como punto esencial se hace necesario referir al concepto de separación, éste se encuentra definido en §1567 Abs. 1⁷⁶ y contiene dos elementos: el primero es de orden objetivo, éste tiene relación con la inexistencia de una comunidad entre los cónyuges y el segundo aspecto, que es de orden subjetivo, se refiere a la falta de voluntad —por lo menos de uno de los cónyuges— de rehacer la vida en común. No se consideran como separados, para estos efectos, los cónyuges que viven separados porque uno de ellos se encuentra en la cárcel o debe vivir en otra ciudad debido a su trabajo. Es posible —según la norma que se comenta— que ambos cónyuges continúen viviendo en el mismo inmueble pero manteniendo una vida de separados, es decir, el legislador permite que la vivienda siga siendo común, sin embargo, es estricto en cuanto deben establecerse similares condiciones a como si viviesen en diferentes hogares⁷⁷. Por último, una reconciliación por breve tiempo no influye para la determinación de los plazos del § 1566.

71 OLG Bremen FamRZ 1996, 489.

72 SCHLÜTER, Wilfried, cit (n. 6), p.123.

73 § 1566 Abs. 1 “Vermutung für das Scheitern. Es wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder der Antragsgegner der Scheidung zustimmt”.

74 SCHWAB, Dieter Familienrecht (München, 2006) p. 146 n. 303.

75 § 1566 Abs. 2 “Es wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt leben”.

76 § 1567 Abs. 1 “Getrenntleben. Die Ehegatten leben getrennt, wenn zwischen ihnen keine häusliche Gemeinschaft besteht und ein Ehegatte sie erkennbar nicht herstellen will, weil er die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnt. Die häusliche Gemeinschaft besteht auch dann nicht mehr, wenn die Ehegatten innerhalb der ehelichen Wohnung getrennt leben”.

77 Esta posibilidad tiene como fundamento, el hecho que no todos están en condiciones de mantener dos hogares paralelamente.

Es interesante destacar que la declaración de divorcio puede ser denegada, a pesar de la existencia de los requisitos ya enumerados, es decir, el matrimonio está arruinado y los plazos se han cumplido⁷⁸. Esta cláusula de dureza está basada en dos casos: en primer lugar, en el evento de que con la denegación del divorcio se pueda proteger el interés superior de un hijo menor de edad. Así se estableció en un juicio de divorcio, en el cual el hijo amenazaba con cometer suicidio si sus padres se divorciaban⁷⁹. En segundo lugar, también se configura esta excepción en el caso de que el demandado se encuentre bajo tales circunstancias que hagan necesaria la conservación del matrimonio. Se otorgó esta excepción en el caso de un cónyuge que poseía una enfermedad muy grave y en la que efectivamente se pudo establecer que psicológica y físicamente la declaración de divorcio significaría una enorme carga para dicha persona⁸⁰. Se denegó la excepción en el juicio de divorcio en que uno de los cónyuges exigía el mantenimiento del matrimonio por razones de índole religiosas⁸¹.

4. Titularidad y ejercicio de la acción de divorcio

Uno o ambos cónyuges pueden solicitar el divorcio (§ 1564 Abs. 1 S. 1⁸²). Para el evento que sea un divorcio de mutuo acuerdo, puede uno de los cónyuges solicitar el divorcio y el otro debe expresamente declarar que consiente dicha solicitud⁸³.

En el caso las personas que están bajo curaduría general, los curadores⁸⁴ pueden ejercer la acción de divorcio, con la anuencia del Tribunal correspondiente. La acción es, además, irrenunciable y no se extingue por el mero transcurso de tiempo.

5. Efectos jurídicos del divorcio

Con la sentencia de divorcio se disuelve el matrimonio (§ 1564 Abs.1 S.2⁸⁵). Enseguida surgen los efectos jurídicos del divorcio, puesto que la sentencia posee un carácter constitutivo. Para regular los efectos del divorcio, el legislador alemán toma en consideración dos aspectos

78 GERNHUBER, Joachim - COESTER-WALTJEN, Dagmar Lehrbuch des Familienrechts, (München 2006), p. 258, n. 53 s; GIESEN, Dieter Familienrecht (Tübingen, 1994).

79 OLG Hamburg FamRZ 1986, 470.

80 BGH FamRZ 1985, 905.

81 OLG Stuttgart FamRZ 1991, 334.

82 § 1564 Abs. 1 S. 1 "Eine Ehe kann nur durch gerichtliches Urteil auf Antrag eines oder beider Ehegatten geschieden werden".

83 V. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd en GEHARDT, Peter - V. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd - KLEIN, Michael Handbuch Fachanwalt Familienrecht (München, 2005) p.197. n. 65 y ss.

84 Las normas de los curadores están en §§ 1896 y ss. En términos muy generales, se puede indicar que los adultos que poseen una enfermedad física, o una discapacidad corporal o mental, pueden tener un curador.

85 §1564 Abs. 1 S. 2 "Die Ehe ist mit der Rechtskraft des Urteils aufgelöst".

determinantes: por una parte, se intenta buscar un equilibrio justo y adecuado que considere el aporte de ambos cónyuges a la vida matrimonial y, por otra parte, se estima que con el divorcio no se acaba o parcialmente sigue existiendo una suerte de deber de protección y asistencia respecto del otro cónyuge. Por lo tanto, existe de cierto modo un reconocimiento de la responsabilidad que cada uno posee respecto de su ex-cónyuge.

Los efectos jurídicos del divorcio que se analizan a continuación son: la distribución de los gananciales (régimen de participación en los gananciales), distribución de los enseres del hogar y el inmueble familiar y la determinación de los derechos de alimentos, entre otros.

5.1. En cuanto a la distribución de los gananciales se debe indicar, en primer lugar, que el régimen de participación en los gananciales es el régimen legal matrimonial en el Derecho de familia alemán (§ 1363 Abs. 1⁸⁶). En segundo lugar, es preciso señalar que el régimen de participación permite la libre

administración y disposición del patrimonio a cada cónyuge durante su existencia (§ 1364⁸⁷). No obstante, el Derecho alemán contiene herramientas jurídicas que limitan dicha facultad durante el matrimonio, es decir, mientras los cónyuges se encuentran casados bajo este régimen⁸⁸.

Existen normas que tienen por objeto la conservación de la base económica de la familia y su adecuada protección, con lo cual se impide que uno de los cónyuges pudiese reducir su patrimonio para perjudicar al otro en el posible crédito de gananciales al momento de la disolución del régimen. En efecto el § 1365 Abs. 1⁸⁹ impide que un cónyuge obligue el total o la mayor parte de su patrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge⁹⁰. De esta manera se ve limitada la libre administración del patrimonio. Además, también existe una restricción a la libre administración del patrimonio en cuanto a los enseres del hogar⁹¹, pues el cónyuge dueño sólo puede disponer de ellos con la autorización del otro (§ 1369⁹²).

86 § 1363 Abs. 1 "Zugewinnsgemeinschaft. Die Ehegatten leben im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft, wenn sie nicht durch Ehevertrag etwas anderes vereinbaren".

87 § 1364 "Vermögensverwaltung. Jeder Ehegatte verwaltet sein Vermögen selbständig; er ist jedoch in der Verwaltung seines Vermögens nach Maßgabe der folgenden Vorschriften beschränkt".

88 Además, es posible que los cónyuges posean un patrimonio común, pues la ley no lo prohíbe. V. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd – GEHARDT, Peter Materielles Scheidungsrecht. n. 75. (Neuwied, 2003).

89 § 1365 Abs. 1 "Verfügung über Vermögen im Ganzen. Ein Ehegatte kann sich nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen. Hat er sich ohne Zustimmung des anderen Ehegatten verpflichtet, so kann er die Verpflichtung nur erfüllen, wenn der andere Ehegatte einwilligt".

90 La jurisprudencia alemana ha desarrollado un criterio para determinar que se considera la mayor parte del patrimonio, indicando que por lo menos debe permanecer el 15 % para un patrimonio pequeño y 10 % para un patrimonio grande. OLZEN, Dirk Rechtsprobleme des § 1365 BGB en Jura 1988, p.16.

91 Por enseres del hogar deben ser entendidos todos los bienes muebles que sirven a la familia, el concepto concuerda con § 1361 a y las normas de Verordnung über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrats. HausratsVO (Reglamento sobre el tratamiento del inmueble familiar y los enseres familiares). RAUSCHER, Thomas Familienrecht, (Heidelberg, 2001) n. 392.

92 § 1369 Abs. 1 "Verfügungen über Haushaltsgegenstände. Ein Ehegatte kann über ihm gehörende Gegenstände des ehelichen Haushalts nur verfügen und sich zu einer solchen Verfügung auch nur verpflichten, wenn der andere Ehegatte einwilligt".

Para el cálculo de los gananciales en el caso del divorcio establece el legislador alemán una norma muy importante. El cálculo se realiza al momento de quedar entablado el juicio de divorcio, por lo tanto, el momento se ha adelantado desde la disolución del régimen matrimonial (caso normal) al inicio del juicio de divorcio (§ 1384⁹³). Esta medida tiene como claro objetivo la protección del cónyuge que presumiblemente obtendrá un crédito de gananciales en contra del otro.

En cuanto a la determinación del valor de los bienes, tanto del patrimonio inicial como del patrimonio final, el legislador alemán sólo normó la tasación de una específica industria agrícola y forestal. Para este caso se atiende al valor de los rendimientos efectivos (§ 1376 Abs. 4⁹⁴). En los demás casos, la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado otros métodos de tasación o avalúo de los bienes, de acuerdo con la naturaleza de los mismos. Así por ejemplo, en el caso de empresas, se realiza una combinación

entre el valor de los rendimientos efectivos y el valor del activo real⁹⁵.

Ahora bien, para poder hablar del crédito de participación en los gananciales, es menester indicar que, tras las operaciones para determinar los gananciales de cada cónyuge, se debe verificar, en definitiva, si uno de ellos es titular de un crédito en contra del otro cónyuge.

Finalmente, es interesante considerar que existen una serie de medidas tendientes a la verificación del crédito de participación, que no sólo se refieren a aspectos económicos, sino que también incluyen intereses personales y familiares. De tal modo, donaciones entre los cónyuges que fueron realizadas durante el matrimonio, son imputadas al crédito al momento de pagarlo (§ 1380⁹⁶). Asimismo, puede el cónyuge deudor excepcionarse de pagar el crédito debido a que el pago de éste sería totalmente inequitativo⁹⁷. La ley señala ejemplarmente el caso de la falta grave a los deberes económicos del matrimonio

93 § 1384 "Berechnungszeitpunkt bei Scheidung. Wird der Ehe geschieden, so tritt für die Berechnung des Zugewinns an die Stelle der Beendigung des Güterstands der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags". JOHANNSEN, Kurt – HENRICH, Dieter Ehe recht § 1375 n. 2. (München, 2003); RAUSCHER, Thomas Familienrecht (Heidelberg, 2001) p.251, n. 414.

94 § 1376 Abs. 4 "Ein land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb, der bei der Berechnung des Anfangsvermögen und des Endvermögens zu berücksichtigen ist, ist mit dem Ertragswert anzusetzen, wenn der Eigentümer nach § 1378 Abs. 1 in Anspruch genommen wird und eine Weiterführung oder Wiederaufnahme des Betriebs durch den Eigentümer oder einen Abkömmling erwartet werden kann; die Vorschrift des § 2049 Abs. 2 ist anzuwenden".

95 También se han fijado criterios para determinar el valor de despachos de profesiones liberales, de inmuebles, de Seguros de vida.

96 § 1380 "Anrechnung von Vorausempfängen. Auf die Ausgleichsforderung eines Ehegatten wird angerechnet, was ihm von anderen Ehegatten durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet ist, dass es auf die Ausgleichsforderung angerechnet werden soll. Im Zweifel ist anzunehmen, dass Zuwendungen angerechnet werden sollen, wenn ihr Wert den Wert von Gelegenheitsgeschenken übersteigt, die nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten üblich sind". El sentido de la norma es incluir en el pago del crédito aquellas donaciones que fueron realizadas durante el matrimonio en resguardo del cónyuge; por ejemplo, un cónyuge le regaló un auto al otro cónyuge. Después de haber efectuado los cálculos de los gananciales, se rebajará el valor del auto al crédito del cónyuge acreedor, si lo hubiese. V. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd - GEHARDT, Peter Materielles Scheidungsrecht, n. 231. (Neuwied, 2003)

97 Gran parte de la doctrina piensa que, a través de esta excepción del deudor se pueden eliminar los defectos del régimen legal matrimonial. RAUSCHER, Familienrecht, n. 430.

(§ 1381⁹⁸). Es posible también la concesión de una prórroga, en caso de que el pago inmediato generara serios perjuicios al deudor⁹⁹. También se consideran los perjuicios que puedan ser creados al acreedor y a los hijos, como por ejemplo si se tuviese que vender el inmueble donde habita la familia. El Tribunal puede en tal caso conceder una prórroga, pues se intenta mantener, en cierta forma, la situación de los hijos, en cuanto a su ambiente familiar y escolar (§ 1382 Abs. 1¹⁰⁰). El cónyuge acreedor puede excepcionalmente solicitar el pago por medio de imputaciones de bienes, éste es un derecho

que la ley sólo otorga al acreedor y también se basa en la idea de proteger intereses no sólo de índole económico sino también personales y familiares, así por ejemplo, puede solicitar el cónyuge la tradición del auto familiar (§ 1383¹⁰¹) y también la constitución de una garantía en el caso que la conducta del deudor haga temer¹⁰² el no pago del crédito (§ 1389¹⁰³).

5.2. Existe en el Derecho alemán una compensación referida a los derechos de pensión públicos y privados¹⁰⁴. El principio de la participación en los gananciales, es decir, la idea

98 § 1381 Abs. 1 "Leistungsverweigerung wegen grober Unbilligkeit. Der Schuldner kann die Erfüllung der Ausgleichsforderung verweigern, soweit der Ausgleich des Zugewinns nach den Umständen des Falles grob unbillig wäre". Abs. 2 "Grobe Unbilligkeit kann insbesondere dann vorliegen, ..., längere Zeit hindurch die wirtschaftlichen Verpflichtungen, die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergeben, schuldhaft nicht erfüllt hat". El caso más típico es el no pago de alimentos.

99 JOHANNSEN/HENRICH/JAEGER Eherecht § 1382 n. 4 y ss. (München, 2003).

100 § 1382 "Stundung. Das Familiengericht stundet auf Antrag eine Ausgleichsforderung, soweit sie vom Schuldner nicht bestritten wird, wenn die sofortige Zahlung auch unter Berücksichtigung der Interessen des Gläubigers zur Unzeit erfolgen würde. Die sofortige Zahlung würde auch dann zur Unzeit erfolgen, wenn sie die Wohnverhältnisse oder sonstige Lebensverhältnisse gemeinschaftliche Kinder nachhaltig verschlechtern würde".

101 § 1383 "Übertragung von Vermögensgegenständen. Das Familiengericht kann auf Antrag des Gläubigers anordnen, dass der Schuldner bestimmte Gegenstände seines Vermögens dem Gläubiger unter Anrechnung auf die Ausgleichsforderung zu übertragen hat, wenn dies erforderlich ist, um eine grobe Unbilligkeit für den Gläubiger zu vermeiden, und wenn dies dem Schuldner zugemutet werden kann; in der Entscheidung ist der Betrag festzusetzen, der auf die Ausgleichsforderung angerechnet wird".

102 El temor debe ser analizado objetivamente, considerando todas las circunstancias STAUDINGER/THIELE §1389 n. 15. (Berlin, 2000)

103 § 1389 "Sicherheitsleistung. Ist die Klage auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns erhoben oder der Antrag auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe gestellt, so kann ein Ehegatte Sicherheitsleistung verlangen, wenn wegen des Verhaltens des anderen Ehegatten zu besorgen ist, dass seine Rechte auf den künftigen Ausgleich des Zugewinns erheblich gefährdet werden". La garantía no sólo se solicita en el caso del divorcio, ésta también puede solicitarse en caso de nulidad de matrimonio y para el evento en que se distribuyan los gananciales con anterioridad, pues un cónyuge ha cometido faltas que inducen al otro a solicitar dicha medida, por ejemplo, el no cumplimiento de los deberes económicos del matrimonio (derecho a alimentos) por un período extenso de tiempo.

104 Esta institución típicamente alemana pretende ser estudiada y analizada en un próximo trabajo. GERNHUBER, Joachim - COESTER-WALTJEN, Dagmar Lehrbuch des Familienrechts, (München 2006), p. 266 ss; RAUSCHER, Thomas Familienrecht (Heidelberg, 2001) p. 418 ss.

de que durante el matrimonio ambos cónyuges aportaron a la economía familiar también se ve reflejada en el tema de los derechos de pensión públicos y privados (§§ 1587 ss.¹⁰⁵).

Las cotizaciones de cada cónyuge se comparan y quién obtenga un excedente deberá pagar al otro cónyuge la mitad de dicho superávit. Las cotizaciones incluidas son aquellas que cada cónyuge canceló a partir de la celebración del matrimonio hasta el momento en que queda entablado del juicio de divorcio¹⁰⁶.

5.3. Por lo que respecta a los enseres del hogar y el inmueble familiar, queda a disposición de los cónyuges establecer el modo de distribuirlos. En caso en que no exista acuerdo entre los cónyuges existe un reglamento¹⁰⁷.

En cuanto a los enseres del hogar¹⁰⁸ se debe distinguir entre aquéllos que pertenecen ambos cónyuges y aquéllos que son de propiedad exclusiva de un esposo. En el primer caso, el Juez determina la distribución según la justa equidad (§ 8 Abs.1 HausratsVO¹⁰⁹). También puede efectuar la entrega y tradición del bien mueble a un cónyuge y otorgar al otro una compensación (§ 8 Abs. 3 HausratsVO¹¹⁰). En el caso en que los bienes sólo pertenezcan a un cónyuge¹¹¹ podrá el Juez entregar dichos objetos al otro cónyuge cuando éste así lo requiera y al dueño le pueda ser exigible (§ 9 Abs.1 HausratsVO¹¹²). Hay casos en los que el Juez fija un contrato de arrendamiento entre los cónyuges y excepcionalmente cuando no es posible la celebración de dicho contrato, el Juez establece una compensación para el dueño (§ 9 Abs.2 HausratsVO¹¹³).

105 § 1587 "Ausgleichende Versorgungsrechte. Zwischen den geschiedenen Ehegatten findet ein Versorgungsausgleich statt, soweit für sie oder einen von ihnen in der Ehezeit Anwartschaften oder Aussichten auf eine Versorgung wegen Alters oder verminderter Erwerbsfähigkeit der in § 1587 a Abs. 2 genannten Art begründet oder aufrechterhalten worden sind. Außer Betracht bleiben Anwartschaften oder Aussichten, die weder mit Hilfe des Vermögens noch durch Arbeit der Ehegatten begründet oder aufrechterhalten worden sind.

Als Ehezeit im Sinne der Vorschriften über den Versorgungsausgleich gilt die Zeit vom Beginn des Monats, in dem die Ehe geschlossen worden ist, bis zum Ende des Monats, der dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags vorausgeht.

Für Anwartschaften oder Aussichten, über die der Versorgungsausgleich stattfindet, gelten ausschließlich die nachstehenden Vorschriften; die güterrechtlichen Vorschriften finden keine Anwendung".

106 Véase GUTDEUTSCH en GEHARDT, Peter - V. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd - KLEIN, Michael Handbuch Fachanwalt Familienrecht (München, 2005) p. 853 y ss.

107 Verordnung über die Behandlung der Ehwohnung und des Hausrats. HausratsVO (Reglamento sobre el tratamiento del inmueble familiar y los enseres familiares).

108 GERNHUBER, Joachim - COESTER-WALTJEN, Dagmar Lehrbuch des Familienrechts, (München 2006), p. 290, n. 17 s.

109 § 8 Abs.1 HausratsVO "Gemeinsames Eigentum beider Ehegatten. Hausrat, der beiden Ehegatten gemeinsam gehört, verteilt der Richter gerecht und zweckmäßig".

110 § 8 Abs.3 HausratsVO "Die Gegenstände gehen in das Alleineigentum des Ehegatten über, dem sie der Richter zuteilt. Der Richter soll diesem Ehegatten zugunsten des anderen eine Ausgleichszahlung auferlegen, wenn dies der Billigkeit entspricht".

111 SCHWAB Familienrecht n. 417.

112 § 9 Abs.1 HausratsVO "Alleineigentum eines Ehegatten. Notwendige Gegenstände, die im Alleineigentum eines Ehegatten stehen, kann der Richter dem anderen Ehegatten zuweisen, wenn dieser auf ihre Weiterbenutzung angewiesen ist und es dem Eigentümer zugemutet werden kann, sie dem anderen zu überlassen".

113 § 9 Abs.2 HausratsVO "Im Falle des Absatzes 1 kann der Richter ein Mietverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem anderen Ehegatten begründen und die Miete festsetzen. Soweit im Einzelfall eine endgültige Auseinandersetzung über den Hausrat notwendig ist, kann er statt dessen das Eigentum an den Gegenständen auf anderen Ehegatten übertragen und dafür ein angemessenes Entgelt festlegen".

Ahora bien, en cuanto al inmueble familiar¹¹⁴ el precepto no permite la tradición. Lo que puede ocurrir es la creación o la modificación de un contrato de arrendamiento. El Tribunal puede entregar la vivienda familiar a un cónyuge o a ambos cuando dicho inmueble permite la división de determinadas áreas del hogar (§ 6 Abs.1 HausratsVO¹¹⁵).

En caso de que sólo un cónyuge sea propietario del inmueble o copropietario con un tercero¹¹⁶, el Juez puede, sólo excepcionalmente, entregar la vivienda al otro, debido a razones extremadamente poderosas y además se establecerá un contrato de arrendamiento entre el cónyuge propietario, el tercero y el otro cónyuge (§ 3 Abs.1 HausratsVO¹¹⁷).

Si ambos son propietarios, el Juez adjudica el inmueble a uno o asigna a ambos el inmueble, según los criterios de justicia y equidad. Cuando la vivienda es adjudicada a uno, también es necesario efectuar un contrato de arrendamiento (§ 5 Abs.2 HausratsVO¹¹⁸).

Por último, puede ocurrir que ninguno de los cónyuges sea dueño del inmueble donde habita la familia. En tal caso, el Juez puede establecer la modificación del contrato de arrendamiento, es decir, que sólo uno de los cónyuges sea considerado en el futuro como arrendatario. Otra posibilidad es una subrogación personal en el contrato de arrendamiento (§ 5 Abs.1 HausratsVO¹¹⁹).

5.4. Derecho de alimentos¹²⁰

El derecho de alimentos se encuentra reglamentado en los §§ 1569 ss BGB. En primer lugar, debe destacarse que el § 1569¹²¹ contiene una idea general acerca del tema que se comenta, es decir, en el caso que un cónyuge no pueda alimentarse podrá demandar al otro cónyuge. La idea del legislador fue buscar un equilibrio entre dos extremos: por una parte, una noción estricta de la propia responsabilidad de cada cual¹²² y, por otro lado, una concepción en la que el ex cónyuge está obligado a la manutención económica total del otro, es decir, una forma de solidaridad entre los cónyuges que traspasa el matrimonio.

114 GERNHUBER, Joachim - COESTER-WALTJEN, Dagmar Lehrbuch des Familienrechts, (München 2006), p. 289, n. 14 s.

115 § 6 Abs.1 HausratsVO "Teilung der Wohnung. Ist eine Teilung der Wohnung möglich und zweckmäßig, so kann der Richter auch anordnen, dass die Wohnung zwischen den Ehegatten geteilt wird. Dabei kann er bestimmen, wer die Kosten zu tragen hat, die durch die Teilung und ihre etwaige spätere Wiederbeseitigung entstehen".

116 Véase KLEIN en GEHARDT, Peter - V. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd - KLEIN, Michael Handbuch Fachanwalt Familienrecht (München, 2005) p.1010 y s.

117 § 3 Abs.1 HausratsVO "Wohnung im eigenen Hause eines Ehegatten. Ist einer der Ehegatten allein oder gemeinsam mit einem Dritten Eigentümer des Hauses, in dem sich die Ehwohnung befindet, so soll der Richter die Wohnung dem anderen Ehegatten nur zuweisen, wenn dies notwendig ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden".

118 § 5 Abs.2 HausratsVO "Besteht kein Mietverhältnis an der Ehwohnung, so kann der Richter zugunsten eines Ehegatten ein Mietverhältnis an der Wohnung begründen".

119 § 5 Abs.1 HausratsVO "Gestaltung der Rechtsverhältnisse. Für eine Mietwohnung kann der Richter bestimmen, dass ein von beiden Ehegatten eingegangenes Mietverhältnis von einem Ehegatten allein fortgesetzt wird oder dass ein Ehegatte an Stelle des anderen in ein von diesem eingegangenes Mietverhältnis eintritt".

¹²⁰ Existe un proyecto de ley de reforma al derecho a alimentos. Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts v. 7.4.2006, BR-Drucks 253/06 (7.4.2006); BT-Drucks.16/1830 (15.6.2006)

121 § 1569 "Abschließende Regelung. Kann ein Ehegatte nach der Scheidung nicht selbst für seinen Unterhalt sorgen, so hat er gegen den anderen Ehegatten einen Anspruch auf Unterhalt nach den folgenden Vorschriften".

122 KALTHOENER, BÜTTNER, NIEPMANN Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts (München, 2004) p. 207, n. 136.

Se puede indicar que el derecho a alimentos entre los ex-cónyuges contiene los siguientes elementos: casos indicados por la ley (§§ 1570 – 1576), estado de necesidad del demandante (§ 1577), cuantía de los alimentos (§ 1578), solvencia del demandado (§ 1581), tipo de prestación de alimentos (§ 1585), excepciones (§ 1579). Son materias de esta exposición sólo los casos indicados por la ley (§§ 1570 – 1576), el estado de necesidad del demandante (§ 1577) y la solvencia del demandado (§ 1581).

5.4.1. Casos indicados por la ley¹²³

5.4.1.1. Alimentos en razón del cuidado de hijos menores¹²⁴ comunes (§ 1570¹²⁵)

El cónyuge que se queda a cargo de los hijos en su cuidado y educación tiene derecho a alimentos, sólo en cuanto no le es posible ejercer una actividad lucrativa. Por lo tanto, no es requisito poseer la tuición del menor para demandar alimentos, puesto que, en la mayoría de los casos, la tuición será ejercida conjuntamente por ambos padres. Por ende, el derecho tiene como base una situación más bien de orden fáctica, es decir, podrá demandar el cónyuge que está

diariamente al cuidado del menor¹²⁶.

Se consideran hijos comunes los nacidos en el matrimonio (§ 1591¹²⁷ y 1592 N° 1¹²⁸), los hijos que fueron reconocidos antes del matrimonio de los padres (§ 1592 N° 2, 3¹²⁹) y también los hijos adoptivos (§1754 Abs. 1¹³⁰). Además, quedan incluidos los hijos que fueron concebidos durante el matrimonio, pero nacieron después de la declaración del divorcio.

La exigencia de la realización de una actividad remunerativa por parte del cónyuge educador está determinada por las circunstancias de cada caso. Desde luego, la situación del menor es determinante, por ejemplo, problemas escolares o problemas de desarrollo pueden impedir al educador la realización de una actividad lucrativa. Si bien es cierto que éste goza del derecho de educar y cuidar a su hijo, puede suceder que cuente con la ayuda necesaria (por ejemplo, presencia y ayuda de los abuelos) que le permitan efectuar una actividad lucrativa¹³¹. En dicho caso le es exigible, por lo menos, cierta ocupación. Lo que no significa que deba en todo caso aceptar la ayuda que se le ofrece, pues está

123 KLEIN, Michael en WEINREICH, Kompakt-Kommentar Familienrecht (München 2005) p. 590 n.s 8 ss.

124 Son menores todos aquellos que no han cumplido 18 años (§ 2 BGB).

125 § 1570 "Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes. Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, solange und soweit von ihm wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann".

126 BORTH, Helmut en SCHWAB, Dieter Handbuch des Scheidungsrechts (München, 2004) p. 760, n. 160.

127 § 1591 "Mutterschaft. Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat".

128 § 1592 "Vaterschaft. Vater eines Kindes ist der Mann,
1. der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist,..."

129 2. der die Vaterschaft anerkannt hat oder
3. dessen Vaterschaft nach § 1600 d gerichtlich festgestellt ist".

130 § 1754 Abs. 1 "Wirkung de Annahme Nimmt ein Ehepaar ein Kind oder nimmt ein Ehegatte ein Kind des anderen Ehegatten an, so erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes der Ehegatten".

131 OLG Stuttgart FamRZ 2007, 1022 s.

la presencia del padre o madre para los niños hasta la edad escolar es indiscutible¹³².

Sin embargo, se han establecido algunos criterios para definir cuándo le es exigible al cónyuge educador la ejecución de una actividad lucrativa. Si el hijo es menor de 8 años, no se le exige al cónyuge la realización de una actividad remunerativa; si tiene entre 8 y 10 años, se le exige una actividad de tiempo parcial; entre 11 y 15 años, una actividad de media jornada laboral y a partir de los 16 años del menor es exigible una jornada laboral de tiempo completo. Para estos efectos se le puede exigir al educador que antes de que el menor cumpla la edad límite, empiece a buscar trabajo. Naturalmente estos criterios se verán afectados en la medida en que existan más menores a cargo del cónyuge educador.

5.4.1.2. Alimentos en razón de la edad (§ 1571¹³³).

El fundamento del derecho está radicado en que no le es exigible al cónyuge efectuar una actividad de tipo lucrativa debido a su edad¹³⁴. Por lo tanto, esta hipótesis puede configurarse luego de que el cónyuge estuvo al cuidado de los hijos y que posteriormente no obtuvo un trabajo debido al mercado laboral¹³⁵. La ley no determina una edad, en la cual no es exigible la realización de una actividad. Sin embargo, a partir de los 65 años de edad no es de esperar el desempeño de un trabajo¹³⁶. Además se requiere que la situación de inexigibilidad se genere en un determinado momento: al dictarse la sentencia de divorcio¹³⁷, al terminar el cuidado y educación de los hijos comunes

132 KALTHOENER, BÜTTNER, NIEPMANN Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts (München, 2004) p. 516, n. 894.

133 § 1571 "Unterhalt wegen Alters. Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, soweit ihm im Zeitpunkt

1. der Scheidung

2. der Beendigung der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes oder

3. des Wegfalls der Voraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch nach den § 1572 und § 1573 wegen seines Alters eine Erwerbstätigkeit nicht mehr erwartet werden kann".

134 Con 47 años fue denegada una demanda BGH FamRZ 1983, 144, pero con 53 años fue aceptada BGH NJW 1985, 1340; OLG Celle FamRZ 2006, 1544.

135 BORTH en SCHWAB Handbuch des Scheidungsrechts (München, 2004) p. 778, n. 189.

136 KALTHOENER, BÜTTNER, NIEPMANN Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts (München, 2004) p. 335, n. 416.

137 En el momento que la sentencia queda firme.

menores o en la circunstancia de que los §§ 1572 o 1573 BGB no sean aplicables. Por ende, si la incapacidad para realizar una ocupación debido a la edad surge después de las ya nombradas oportunidades, el derecho a alimentos no será otorgado.

5.4.1.3. Alimentos debido a enfermedad de orden psíquica o física (§ 1572¹³⁸).

La gravedad de la enfermedad¹³⁹ determinará si es posible la realización de la actividad laboral de tipo parcial o de media jornada. También aquí el derecho a alimentos se determinará en razón del momento en que exista la incapacidad para prevalerse de los medios económicos necesarios para la subsistencia¹⁴⁰. Dentro de las oportunidades indicadas por el legislador se establecen: el divorcio, el término del cuidado de hijos comunes menores, el término de la educación o perfeccionamiento y la cesación de los

requisitos previstos en § 1573. Alcoholismo y drogadicción¹⁴¹ también configuran enfermedades que permiten solicitar alimentos, pues no es relevante si el demandante se provocó culpablemente dicha enfermedad. Aunque en tan especiales situaciones tendrá el demandado la oportunidad de oponer las excepciones del § 1579 N°3, en el caso que concurren los requisitos. Así por ejemplo, cuando el demandante ha abandonado una terapia para curar su dependencia.

5.4.1.4. Alimentos en razón de cesantía (§ 1573 Abs. 1 y 3¹⁴²).

En caso de que el cónyuge no encuentre un trabajo, puede demandar, según esta causal, sólo si él no tiene derecho a alimentos conforme a las hipótesis ya anteriormente explicadas, pues éstas prevalecen. Esto quiere decir que al cónyuge le es exigible una ocupación que le permita cubrir sus necesidades¹⁴³, mas debido

138 § 1572 "Unterhalt wegen Krankheit oder Gebrechen. Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, solange und soweit von ihm von Zeitpunkt.

1. der Scheidung

2. der Beendigung der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes,

3. der Beendigung der Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung oder

4. des Wegfalls der Voraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch nach den § 1573

an wegen Krankheit oder anderer Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann".

139 No existe una definición legal para estos efectos, de esta manera debe intepretarse este concepto según las normas del Derecho Social. Por eso quién según el Derecho Social está enfermo, puede solicitar alimentos.; BERGSCHNEIDER, Ludwig Die Ehescheidung und ihre Folgen (München, 1998) p. 46.

140 OLG Koblenz FamRZ 2006, p. 704.

141 También el caso de la obesidad o anorexia. No así las depresiones, OLG Hamm FamRZ 1995, 996.

142 § 1573 Abs. 1 "Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit und Aufstockungsunterhalt. Soweit ein geschiedener Ehegatte keinen Unterhaltsanspruch nach den §§ 1570 bis 1572 hat, kann er gleichwohl Unterhalt verlangen, solange und soweit er nach der Scheidung keine angemessene Erwerbstätigkeit zu finde vermag".

Abs. 3 "Absätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn Unterhalt nach den §§ 1570 bis 1572, 1575 zu gewähren war, die Voraussetzungen dieser Vorschriften aber entfallen sind".

143 Especialmente ha sido considerado para esta hipótesis a las dueñas de casa, ellas también se encuentran obligadas a buscar un trabajo remunerado, a pesar de que han estado mucho tiempo al cuidado del hogar y los hijos.

a la circunstancia actual del mercado laboral no le es posible efectuar ninguna actividad.

Además, puede suceder que exista una ocupación posible de realizar, pero ésta no es una actividad lucrativa adecuada¹⁴⁴. Se entiende por una actividad lucrativa adecuada toda aquélla que corresponde al nivel educativo, las capacidades, la edad y el estado de salud del divorciado (§ 1574 Abs.2)¹⁴⁵. Naturalmente este concepto no significa que el divorciado sólo pueda efectuar un trabajo, que él considere como ideal, ya que en el mercado laboral actual se exige cierta flexibilidad. Si bien es cierto que si un cónyuge realizaba antes del matrimonio una actividad sencilla, no se le puede exigir que vuelva a realizar dicha actividad. En cuanto a la edad, es importante considerar algunas profesiones que sólo se pueden realizar en determinadas épocas de la vida, como por ejemplo deportista. La situación económica de la pareja cumple un notable rol al momento de estimar si una actividad es adecuada o no. En especial, por estimarse que el status social del demandante no debe decaer¹⁴⁶.

La cesantía debe producirse después del divorcio, ya que en dicho momento termina la aplicación de las otras hipótesis arriba

señaladas. Además, el derecho a alimentos en razón de cesantía puede ser limitado hasta determinado momento puesto que, de lo contrario, se estaría perjudicando gravemente al demandado (§ 1573 Abs. 5¹⁴⁷). En el caso que uno de los cónyuges pierda un buen trabajo justamente después del divorcio, no se le puede exigir al otro cónyuge que pague alimentos eternamente, entonces se limita el derecho a un par de años, pues se estima que no le es exigible y además no sería justo que el demandado tuviera que pagar todo el tiempo que dure la cesantía¹⁴⁸.

5.4.1.5. Alimentos complementarios (§ 1573 Abs.2149)

También puede suceder que un cónyuge esté habilitado para demandar alimentos en el caso que realice una actividad lucrativa adecuada pero que no alcance para cubrir sus necesidades de vida. Se deberán pues alimentos estableciendo la diferencia existente entre el derecho a alimentos total y los propios ingresos del cónyuge, en consideración a la situación económica de los cónyuges durante su matrimonio¹⁵⁰. En un caso en que la mujer vuelve a ejercer su profesión luego del divorcio y ella obtiene como ingresos

144 BORTH en SCHWAB Handbuch des Scheidungsrechts (München, 2004) p. 805, n. 237 ss.

145 § 1574 Abs. 2 "Angemessene Erwerbstätigkeit. Angemessen ist eine Erwerbstätigkeit, die der Ausbildung, den Fähigkeiten, dem Lebensalter und dem Gesundheitszustand des geschiedenen Ehegatten sowie den ehelichen Lebensverhältnissen entspricht; bei den ehelichen Lebensverhältnissen sind die Dauer der Ehe und die Dauer der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes zu berücksichtigen".

146 KALTHOENER, BÜTTNER, NIEPMANN Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts (München, 2004) p. 328, n. 401.

147 § 1573 Abs. 5 "Die Unterhaltsansprüche nach Absatz 1 bis 4 könne zeitlich begrenzt werden, soweit insbesondere unter Berücksichtigung der Dauer der Ehe sowie der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit ein zeitlich unbegrenzter Unterhaltsanspruch unbillig wäre; dies gilt in der Regel nicht, wenn der Unterhaltsberechtigte nicht nur vorübergehend ein gemeinschaftliches Kind allein oder überwiegend betreut hat oder betreut. Die Zeit der Kindesbetreuung steht der Ehedauer gleich"; OLG Celle FamRZ 2007, 832; OLG Koblenz FamRZ 2007, 833 ss.

148 MÜLLER, Christian Unterhaltsrecht (Baden-Baden, 2000) p. 115 n. 285s.

149 § 1573 Abs. 2 "Reichen die Einkünfte aus einer angemessenen Erwerbstätigkeit zum vollen Unterhalt (§1578) nicht aus, kann er, soweit er nicht bereits einen Unterhaltsanspruch nach § 1570 bis 1572 hat, den Unterschiedsbetrag zwischen den Einkünften und dem vollen Unterhalt verlangen".

150 BGH FamRZ 2001, 986; BGH FamRZ 2006, p. 258 s; OLG Stuttgart FamRZ 2006, 1680.

aproximadamente la mitad de lo que gana su marido, aparentemente no tendría la posibilidad de solicitar alimentos puesto que se podría pensar que ella obtiene con su trabajo lo mismo que durante el matrimonio con la diferencia que lo ganaba su marido. Hasta el año 2001 el BGH seguía dicha línea argumentativa, pero cambió la jurisprudencia dado que era extremadamente injusto para las dueñas de casa que después del divorcio empezaban una actividad económicamente remunerada un tratamiento diverso a mujeres profesionales activas durante el matrimonio. Por lo tanto, a partir de ese año serán considerados alimentos complementarios, en términos generales, los 3/7 de la diferencia entre los ingresos del marido los ingresos de la mujer. Evidentemente ésta no es una regla absoluta, deberá atenderse a cada caso en particular¹⁵¹.

Se intenta evitar que el demandante pierda su status social, puesto que el nivel de vida que tenía durante el matrimonio se entiende que fue alcanzado por ambos cónyuges. Es decir, el legislador equipara la situación de quien renunció a una actividad lucrativa con el cónyuge que sí la efectuó o simplemente equipara las actividades de ambos, a pesar de que uno de los cónyuges obtenía ingresos

muy superiores al otro esposo¹⁵².

5.4.1.6. Alimentos debido al financiamiento de la educación o perfeccionamiento profesional (§ 1575¹⁵³).

Es menester indicar que en el caso de la educación escolar, técnica o universitaria, se le exige al ex-cónyuge su apoyo económico sólo si a causa del matrimonio el otro cónyuge estuvo imposibilitado de estudiar o tuvo que abandonar sus estudios¹⁵⁴. En cuanto al perfeccionamiento profesional sólo se financiará si con ello se pueden compensar determinadas desventajas que fueron producidas por medio del matrimonio. El derecho a alimentos comprende todas las necesidades del demandante. Acerca de esta norma se puede indicar que el derecho existe a pesar que el demandante pudiese según §§ 1573 Abs.1 y 1574 Abs. 2 ejercer un actividad lucrativa¹⁵⁵.

Cabe señalar que existen estrictos criterios para restringir este derecho¹⁵⁶. El demandante debe terminar de estudiar lo antes posible; en segundo lugar, la educación o perfeccionamiento debe permitir al demandante la realización de una actividad remunerativa¹⁵⁷; en tercer lugar, se debe esperar el éxito en la finalización de los estudios.

151 BGH FamRZ 2004, p. 1175.

152 BORTH en SCHWAB Handbuch des Scheidungsrechts (München, 2004) p. 824, n. 284.

153 § 1575 Abs.1 "Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung. Ein geschiedene Ehegatte, der in Erwartung der Ehe oder während der Ehe eine Schuld oder Berufsausbildung nicht angenommen oder abgebrochen hat, kann von dem anderen Ehegatten Unterhalt verlangen, wenn er diese oder eine entsprechende Ausbildung sobald wir möglich aufnimmt, um eine angemessene Erwerbstätigkeit, die den Unterhalt nachhaltig sichert, zu erlangen und der erfolgreiche Abschluss der Ausbildung zu erwartet ist. Der Anspruch besteht längstens für die Zeit, in der eine solche Ausbildung im allgemeinen abgeschlossen wird; dabei sind ehebedingte Verzögerungen der Ausbildung zu berücksichtigen".

154 Por ejemplo por el nacimiento de un hijo o por el traslado de residencia. KLEIN, Michael en WEINREICH, Kompakt-Kommentar Familienrecht (München 2005) p. 645 n. 5 s.

155 BORTH, Helmut en SCHWAB Handbuch des Scheidungsrechts (München, 2004) p. 841, n. 329.

156 BERGSCHNEIDER, Die Ehescheidung und ihre Folgen, (München, 1998) p. 65.

157 En efecto no es aceptable que se financie, por ejemplo, un doctorado cuando perfectamente con la licenciatura se puede desarrollar un actividad remunerativa.

5.4.1.7. Alimentos debido a otras graves razones (§ 1576¹⁵⁸)

Esta causal contiene una cláusula general: el cónyuge está habilitado para demandar alimentos debido a que existen poderosos y serios argumentos que le impiden efectuar una actividad lucrativa. Esta hipótesis actúa subsidiariamente respecto de las anteriores. Por ejemplo, se otorgó alimentos a un cónyuge que se quedó al cuidado de un menor¹⁵⁹, porque en ese caso también el otro cónyuge mantenía responsabilidad respecto del menor¹⁶⁰. Otro ejemplo es el caso de que el demandante se haya dedicado al cuidado de un pariente del demandado¹⁶¹. Desde luego, este precepto es de excepcional aplicación.

5.4.1.8. Relaciones y concursos de las distintas hipótesis.

Es necesario referirse a la unión existente entre las hipótesis, ya que ella produce, en determinados, casos que un cónyuge obtenga de por vida alimentos. Así por ejemplo, si una mujer tiene al momento de divorciarse 42 años, con dos hijos de 3 y 9 años, tiene derecho a alimentos según § 1570. Luego acaba dicho

derecho y pasa el tiempo, no consigue trabajo, tiene derecho a alimentos según § 1573 Abs.

1. Finalmente, debido a su edad, no obtiene trabajo alguno, en ese caso puede demandar alimentos por la vía de § 1571.

En cuanto al concurso que podría producirse entre las distintas situaciones que el legislador prevé, es importante recordar que § 1573 es subsidiario en relación con §§ 1570-1572 y además que el § 1576 cede respecto a los §§ 1570-1575.

5.4.2. Estado de necesidad del demandante (§ 1577¹⁶²)

El derecho a alimentos sólo puede ser ejercido en cuanto el cónyuge no goce de ingresos o patrimonio propios que le permitan satisfacer sus necesidades de vida. Así, por ejemplo, en el caso que una mujer esté al cuidado de su hijo de 4 años, ella no posee la obligación de efectuar una actividad remunerada, pero si sus ingresos superan los de su marido entonces, en dicha hipótesis, la mujer no puede demandar alimentos¹⁶³. Donaciones efectuadas por terceros con la modalidad de que no deben ser consideradas para efecto

158 § 1576 "Unterhalt aus Billigkeitsgründen. Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, soweit und solange von ihm aus sonstigen schwerwiegenden Gründen eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann und die Versagung von Unterhalt unter Berücksichtigung der Belange beider Ehegatten grob unbillig wäre. Schwerwiegende Gründen dürfen nicht allein deswegen berücksichtigt werden, weil sie zum Scheitern der Ehe geführt haben".

159 En Alemania existe la institución de Pflegekinder los niños viven con personas que sin ser sus padres están a cargo fácticamente de ellos. Así los menores viven en un ambiente familiar adecuado para su desarrollo. Sus progenitores mantienen la tuición del menor pero no están en condiciones de velar por el menor en la vida diaria.

160 BGH FamRZ, 1984, 769.

161 BERGSCHNEIDER; Die Ehescheidung und ihre Folgen, (München, 1998) p. 67. El autor explica el caso de una mujer traductora, quién se casa y luego de 5 años de ejercicio de su profesión, a petición de su marido se dedica al cuidado de su suegra hasta que ella fallece. Poco después el marido solicita el divorcio.

162 § 1577 Abs. 1 "Bedürftigkeit Der geschiedene Ehegatte kann den Unterhalt nach den §§ 1570 bis 1573, 1575 und 1576 nicht verlangen, solange und soweit er sich aus seinen Einkünften und seinem Vermögen selbst unterhalten kann".

163 MÜLLER, Unterhaltsrecht (Baden-Baden, 2000) p. 127 n. 327.

de los alimentos, serán excluidas, pero todos los demás ingresos serán incluidos, así por ejemplo beneficios obtenidos por capitales tales como herencias o indemnizaciones¹⁶⁴.

5.4.3. Solvencia del demandado (§ 1581165)

Requisito indispensable para la existencia del derecho a alimentos es la solvencia del demandado. En el caso que los ingresos de demandado no alcancen para cubrir todas las necesidades propias y las del demandante, deben repartirse los ingresos de manera equitativa entre ambos. No obstante que existe el principio de la repartición por mitades, se le asegura al demandado una parte mayor de los ingresos (4/7 en vez de ½).

III. El divorcio en el Derecho de Familia costarricense

1. Generalidades

El divorcio es el medio mediante el cual se disuelve el matrimonio válidamente contraído (Artículo 55 del Código de Familia)¹⁶⁶.

En Costa Rica, la regulación legal del divorcio se encuentra contemplada en los artículos 48 a 57 del Código de Familia, pero existen también otras normas que hacen referencia a

él, tal y como sucede con el numeral 41 de dicho Código, que es el que regula todo lo relacionado con el régimen de gananciales.

2. Tipos de divorcio

Desde el punto de vista doctrinario¹⁶⁷, tomando en cuenta las causales de divorcio tipificadas por el Código de Familia en su artículo 48, hoy está pacíficamente aceptada la dicotomía “divorcio-remedio versus divorcio-sanción”. De acuerdo con el autor Ricardo González Mora, “en la concepción del divorcio-remedio, el divorcio procede en todos los casos en que la vida conyugal en común sea imposible o sin objeto, por causas objetivas o subjetivas, inclusive con prescindencia de la imputabilidad de las circunstancias determinantes de la situación. La intención de la ley al conceder el divorcio es *remediar* la imposibilidad de la vida en común o la carencia de sentido del matrimonio. La ley considera el divorcio como “una medicina contra un matrimonio enfermo”, o sea, que las causas del divorcio pueden ser hechos o situaciones meramente objetivos sin culpa de ninguno de los esposos (...) En la concepción del divorcio-sanción sólo se justifica la ruptura del vínculo o la separación conyugal por faltas imputables a los cónyuges en la observancia de los deberes matrimoniales. El divorcio es una sanción por el incumplimiento de las

164 BGH FamRZ 2005, p. 967 ss.

165 §1581 “Leistungsfähigkeit. Ist der Verpflichtete nach seinen Erwerbs- und Vermögensverhältnissen unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande, ohne Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts dem Berechtigten Unterhalt zu gewähren, so braucht er nur insoweit Unterhalt zu leisten, als es mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Erwerbs- und Vermögensverhältnisse der geschiedenen Ehegatten der Billigkeit entspricht. Den Stamm des Vermögens braucht er nicht zu verwerten, soweit die Verwertung unwirtschaftlich oder unter Berücksichtigung der beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse unbillig wäre”.

166 A partir de este momento, toda alusión que se haga al “Código de Familia” se sobreentiende que se refiere al Código de Familia de Costa Rica (Ley N° 5476 de 21 de diciembre de 1973 publicado en el Alcance N° 20 a La Gaceta N° 24 de 5 de febrero de 1974).

167 Trejos Salas, Gerardo. Derecho de Familia costarricense. Tomo I. San José, Editorial Juricentro, 1990, página 226.

obligaciones que impone el matrimonio¹⁶⁸. Los tribunales familiares costarricenses también han reconocido la distinción anterior¹⁶⁹, en vista de que el divorcio-remedio y el divorcio-sanción dimanarían del llamado divorcio judicial causado¹⁷⁰, es decir, aquel divorcio que sólo puede establecerse judicialmente y por verificarse alguna de las causales taxativas que lo autorizan.

Desde la perspectiva del Derecho positivo costarricense, el divorcio puede ser contencioso, es decir, aquél en el cual los cónyuges luchan judicialmente por obtener sentencia estimatoria frente al otro o bien puede ser no contencioso (divorcio por mutuo consentimiento)¹⁷¹, que es aquél en el cual los cónyuges se ponen de acuerdo para finalizar su relación matrimonial.

3. Causales de divorcio

De acuerdo con el Código de Familia, son las siguientes:

3.1. El adulterio de cualquiera de los cónyuges (Artículo 48 inciso 1): El adulterio es aquel comportamiento en virtud del cual uno de los cónyuges tiene relaciones sexuales con un

tercero. Constituye una violación a los deberes de fidelidad y de lealtad¹⁷² que el matrimonio le impone a los esposos, de conformidad con el artículo 34 del Código de Familia.

La jurisprudencia familiar costarricense, desde hace mucho tiempo, amplió el concepto “estricto” de adulterio y ha indicado que para demostrar dicha causal no es imprescindible probar que el otro cónyuge tiene relaciones sexuales con otra persona. Es suficiente, según la jurisprudencia costarricense, demostrar la desviación del afecto de uno de los cónyuges hacia el tercero. Así las cosas, por ejemplo, el comportamiento amoroso y público de uno de los esposos con otra persona configura el adulterio¹⁷³. Se ha resuelto, también, que basta con demostrar la existencia de una relación amorosa, adicional al matrimonio, para que haya adulterio¹⁷⁴.

Dado que, a veces, es difícil obtener prueba directa del adulterio, los tribunales familiares costarricenses han permitido acudir a la prueba de indicios y de presunciones para demostrar el adulterio¹⁷⁵. Doctrinariamente se ha dicho que “como no es corriente que haya testigos de los actos ilícitos que constituyen el adulterio (pues suelen ejecutarse a escondidas, en las sombras de la clandestinidad), su comisión

168 González Mora, Ricardo. Daños y perjuicios en el proceso de divorcio y de la separación judicial. San José, Escuela Judicial, 1999, páginas 64-65.

169 Tribunal de Familia. Voto N° 1794 de las 10:20 hrs. del 13 de octubre de 2004 y Tribunal de Familia. Voto N° 15 de las 9:00 hrs. del 20 de enero de 2005. En resumen, son causales del divorcio-sanción las establecidas en los incisos 1) a 4) del artículo 48 del Código de Familia y son causales de divorcio-remedio las establecidas en los incisos 6) a 8) de esa norma.

170 González Mora, Ricardo. op. cit., página 64.

171 Artículos 48 párrafo final y 60 del Código de Familia.

172 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 1160 de las 9:50 hrs. del 22 de diciembre de 2006.

173 Tribunal de Familia. Voto N° 487 de las 8:00 hrs. del 17 de marzo de 2004.

174 Tribunal de Familia. Voto N° 1098 de las 8:50 hrs. del 28 de julio de 2006.

175 Tribunal de Familia. Voto N° 329 de las 9:00 hrs. del 5 de marzo de 2003 y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 753 de las 9:35 hrs. del 9 de setiembre de 2005.

hay que establecerla las más de las veces por medio de indicios que, cuando sean graves, precisos y concordantes, permiten asegurar que se ha producido el ayuntamiento carnal que distingue el adulterio”¹⁷⁶.

También se configura el adulterio cuando uno de los cónyuges mantiene relaciones amorosas con otra persona de su mismo sexo¹⁷⁷.

3.2. El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de sus hijos (Artículo 48 inciso 2) del Código de Familia): Como puede observarse, esta causal requiere que se produzca un acto tendente a acabar con la vida del otro cónyuge o de los hijos. Dada la gravedad de comportamientos de tal naturaleza, el cónyuge o los hijos víctimas de tales actos pueden también acudir a la vía penal para denunciar hechos constitutivos de tentativa de homicidio. En caso de que se procediera de esa forma, si consideramos que se daría prejudicialidad¹⁷⁸ del proceso penal respecto al proceso de familia, de modo tal que, de haberse interpuesto la demanda de divorcio basada en la causal bajo estudio, el Juez de Familia tendría que suspender el proceso de divorcio y esperar a que haya resolución conclusiva firme en sede penal (verbi gratia, sobreseimiento definitivo o sentencia penal). Lo anterior debido a que, tomando en cuenta

los términos en que está redactado el artículo 48 inciso 2) del Código de Familia, resulta claro que el atentado contra la vida no es, ni más ni menos, que una tentativa de homicidio, por lo que sería necesario esperar la decisión final del Juez Penal respecto a la denuncia por tentativa de homicidio con el fin de determinar el resultado de la demanda de divorcio basada en la causal bajo análisis.

Como lo indica el autor Trejos Salas, “como la acción de divorcio caduca en el plazo de un año contado desde la tentativa de homicidio, la víctima deberá interponer la acción (o sea, la demanda de divorcio) dentro de un año, aun cuando el tribunal penal no haya dictado la resolución de fondo sobre la acción penal”¹⁷⁹

3.3. La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción o la corrupción de los hijos de cualquiera de ellos (Artículo 48 inciso 3) del Código de Familia): La tentativa de prostitución se da cuando uno de los cónyuges intenta que el otro mantenga relaciones sexuales con un tercero, independientemente de que haya o no fin de lucro con esa tentativa. Por su parte, lo relativo a la tentativa de corrupción o la corrupción consumada deben verse en relación directa con la descripción típica que establece el Código Penal para el delito de corrupción¹⁸⁰.

176 Trejos Salas, Gerardo. op. cit., página 231.

177 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 372 de las 15:20 hrs. del 11 de noviembre de 1994.

178 Con respecto al concepto y tipos de prejudicialidad ver Tribunal Segundo Civil. Sección Segunda. Voto N° 154 de las 10:45 hrs. del 27 de mayo de 2004.

179 Trejos Salas, Gerardo. *ibídem*, página 233.

180 De acuerdo con la reciente Ley N° 8590 publicada en La Gaceta de 30 de agosto de 2007, el delito de corrupción se describe de la siguiente manera: “Artículo 167 del Código Penal. Corrupción. Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años, siempre que no constituya un delito más grave, quien promueva o mantenga la corrupción de una persona menor de edad o incapaz, ejecutando o haciendo ejecutar a otro u otros, actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consienta en participar en ellos o verlos ejecutar. La misma pena se impondrá a quien utilice a personas menores de edad o incapaces con fines eróticos, pornográficos u obscenos, en exhibiciones o espectáculos, públicos o privados, aunque las personas menores de edad lo consientan”

Al igual que sucede con la causal de divorcio que establece el artículo 48 inciso 2) del Código de Familia, no es necesario acudir previamente a la vía penal para poder incoar la demanda de divorcio. No obstante, si en forma simultánea o posterior se hubiese denunciado penalmente el hecho, entonces sí se daría prejudicialidad del proceso penal respecto al proceso de familia, de modo tal que, de haberse interpuesto la demanda de divorcio basada en la causal bajo estudio, el Juez de Familia tendría que suspender el proceso de divorcio y esperar a que haya resolución conclusiva firme en sede penal (verbi gratia, sobreseimiento definitivo o sentencia penal).

3.4. La sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos (Artículo 48 inciso 4) del Código de Familia): La sevicia consiste en “actos vejatorios ejecutados con crueldad y con el propósito de hacer sufrir material o moralmente”¹⁸¹. Sus elementos distintivos son: el propósito de hacer sufrir y la crueldad en la ejecución del acto. La sevicia, en el fondo, es sinónimo de crueldad excesiva, que revela la intención manifiesta de causar grave daño al otro cónyuge o a los hijos¹⁸².

La doctrina y jurisprudencia en Costa Rica también han señalado que la sevicia perfectamente puede darse cuando uno de los cónyuges consume un solo acto que revele crueldad excesiva, es decir, no es requisito

sine qua non, para que se configure la sevicia, que haya una pluralidad o reiteración de actos excesivamente crueles. Por otro lado, la sevicia se verifica también mediante actos omisivos como, por ejemplo, cuando un cónyuge debe actuar frente a un estado de necesidad o peligro en que se encuentre el otro, mas no hace nada para auxiliarlo¹⁸³.

En relación con la sevicia, es importante acotar que el cónyuge víctima de tal comportamiento también puede plantear una solicitud de medidas de protección contra la violencia doméstica, de conformidad con lo establecido en la Ley contra la Violencia Doméstica, la cual busca prevenir e impedir la violencia física, sexual, psicológica y patrimonial¹⁸⁴. Ahora bien, el hecho de que el Juez de Familia, ya sea en forma provisional o bien en la resolución final, hubiese otorgado medidas de protección contra la violencia intrafamiliar, no constituye prueba suficiente para poder acreditar, dentro del proceso de divorcio, la causal de sevicia¹⁸⁵. Esto por cuanto la naturaleza jurídica de la solicitud de medidas de protección contra la violencia doméstica es de índole cautelar, ya que se dirige a prevenir o eliminar situaciones violentas urgentes. Por el contrario, en el proceso abreviado de divorcio, lo que se pretende es la disolución del vínculo matrimonial. Nos parece, pues, que la certificación del expediente de solicitud de medidas de protección contra la violencia

181 Belluscio, Augusto citado por Trejos Salas, Gerardo. loc. cit., página 234.

182 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 96 de las 8:30 hrs. del 9 de febrero de 2001 y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 324 de las 9:08 hrs. del 11 de mayo de 2005.

183 Trejos Salas, Gerardo. loc. cit., página 236.

184 Benavides Santos, Diego. Los procesos familiares en Costa Rica. En: Revista *Ivstitia* N° 126-127, 1997, página 12.

185 Tribunal de Familia. Voto N° 1500 de las 8:55 hrs. del 31 de agosto de 2004 y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 119 de las 9:00 hrs. del 16 de febrero de 2001.

doméstica será una prueba más, dentro del abreviado de divorcio, que deberá ser tomada en cuenta para determinar si se configuró o no la causal de sevicia, pero, por sí sola, no sería suficiente para acoger la demanda de divorcio con base en la causal prevista por el artículo 48 inciso 4) del Código de Familia.

3.5. La separación judicial por término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges; durante dicho lapso el Tribunal, a solicitud, de los interesados y con un intervalo mínimo de tres meses, celebrará no menos de dos comparecencias para intentar la reconciliación entre los cónyuges. La primera comparecencia no podrá celebrarse antes de tres meses de decretada la separación. Para tales efectos, el Tribunal solicitará los informes que considere pertinentes. Si alguno de los cónyuges no asistiere a las comparecencias, si éstas no se solicitan o si las conclusiones a que llegue el Tribunal así lo aconsejan, el plazo para decretar el divorcio será de dos años. (Artículo 48 inciso 5) del Código de Familia): Esta causal de divorcio presupone que haya habido un proceso de separación judicial previo¹⁸⁶, en el cual el Juez de Familia haya declarado con lugar la demanda y que la sentencia se encuentre firme.

3.6. La ausencia del cónyuge legalmente declarada (artículo 48 inciso 6) del Código de Familia): Cuando uno de los cónyuges está legalmente ausente, el otro puede demandar la disolución del vínculo matrimonial con base en esta causal.

No obstante, antes de plantear la demanda, es necesario que el cónyuge interesado interponga, ante el Juez Civil, las llamadas diligencias de declaratoria de ausencia, las cuales se tramitan de acuerdo con el procedimiento establecido por el Código Procesal Civil para los asuntos de actividad judicial no contenciosa (Artículos 871 y siguientes del Código Procesal Civil).

Una vez que el Juez Civil haya declarado la ausencia de uno de los cónyuges, entonces el otro podrá plantear la demanda de divorcio ante el Juez de Familia en cualquier momento. Para tales casos, el Tribunal (el Juez de Familia) nombrará, al cónyuge demandado, un curador ad litem (artículo 49 párrafo segundo del Código de Familia y 262 y siguientes del Código Procesal Civil).

Finalmente, en caso de que el cónyuge ausente reapareciera, tal hecho no revive el vínculo matrimonial (Artículo 51 del Código de Familia).

186 La separación judicial está regulada en los artículos 58 a 63 del Código de Familia. El artículo 58 establece ocho causales con base en las cuales se puede solicitar, al Juez de Familia, la separación judicial y, por su parte, el artículo 62 establece que los efectos de la separación judicial son los mismos que los del divorcio, con la diferencia de que aquélla no disuelve el vínculo, subsiste el deber de fidelidad y de mutuo auxilio.

3.7. El mutuo consentimiento de ambos cónyuges (Artículo 48 inciso 7) del Código de Familia): Esta norma debe relacionarse con el párrafo final del artículo 48 del Código de Familia según el cual el divorcio por mutuo consentimiento podrá solicitarse hasta después de tres años de la celebración del matrimonio y deberá consignarse en escritura pública. Dicha escritura, a su vez, debe contener lo siguiente¹⁸⁷:

3.7.1. A quién corresponde la guarda, crianza y educación de los hijos menores; 3.7.2. Cuál de los cónyuges asume la obligación de alimentar a dichos hijos o la proporción en la que ambos se obligan ambos;

3.7.3. Monto de la pensión que debe pagar un cónyuge al otro, si en ello convinieren;

3.7.4. Propiedad sobre los bienes de ambos cónyuges¹⁸⁸.

Luego el testimonio de la escritura pública antes mencionada se presenta con un escrito sencillo ante el Juez de Familia, en el cual los cónyuges le solicitan, mediante los trámites de

actividad judicial no contenciosa, que apruebe y homologue, mediante resolución fundada, el convenio de divorcio¹⁸⁹ producto de la voluntad armónica de los cónyuges¹⁹⁰. Antes de proceder a la homologación o aprobación, el Juez de Familia puede pedir que se complete o aclare el convenio de divorcio, si éste fuese omiso u oscuro en alguno de los puntos ya mencionados. Por otro lado, lo relativo a los hijos puede ser modificado por el Juez.

El Juez puede improbar y no homologar el convenio de divorcio por mutuo consentimiento¹⁹¹. En tales casos, debe el Juez indicar las razones por las cuales toma esa decisión, de conformidad con lo que establece el artículo 153 del Código Procesal Civil, ya que, en caso contrario, la resolución sería nula por falta de fundamentación¹⁹².

En caso de que después de presentada la solicitud de divorcio por mutuo acuerdo con el testimonio de escritura pública y antes de la homologación judicial, alguno de los todavía cónyuges se opusiere al divorcio por mutuo consentimiento, la jurisprudencia familiar

187 Artículo 60 del Código de Familia.

188 En el Voto N° 2107 de las 9:40 hrs. del 2 de diciembre de 2004, el Tribunal de Familia indicó que la omisión de prevenir la especificación de la propiedad sobre los bienes de ambos cónyuges provoca nulidad. Interesante también lo que reseña el autor Alberto Jiménez Mata en los siguientes términos: "La jurisprudencia nacional ha tratado muy escasamente este tema, de los bienes a incluir en la escritura o convenio de divorcio por mutuo consentimiento, pero ya el Tribunal de Familia ha dicho, en sentencia del año dos mil uno (Voto N° 60-2001), que no se aplica el régimen legal establecido en el Código para los casos de divorcio por mutuo consentimiento, dando pie a aceptar que los cónyuges dispongan sobre bienes que no tengan, incluso, el carácter de gananciales". Al respecto ver Jiménez Mata, Alberto. El convenio patrimonial de divorcio como forma de capitulación matrimonial. En: Revista Iustitia N° 225-226, setiembre-octubre 2005, página 32.

189 Sobre la naturaleza jurídica del convenio de divorcio ver Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 99 de las 9:30 hrs. del 21 de febrero de 2007.

190 Sobre las funciones que asume el Juez en los casos de divorcio por mutuo consentimiento ver Tribunal de Familia. Voto N° 385 de las 9:20 hrs. del 6 de abril de 2005 y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 87 de las 9:50 hrs. del 13 de febrero de 2004.

191 Al respecto ver Tribunal de Familia. Voto N° 1063 de las 8:40 hrs. del 29 de junio de 2004; Tribunal de Familia. Voto N° 831 de las 10:10 hrs. del 26 de mayo de 2004 y Tribunal de Familia. Voto N° 1088 de las 11:00 hrs. del 6 de agosto de 2003.

192 Por ejemplo puede consultarse el Voto N° 860 de las 11:30 hrs. del 18 de junio de 2003 del Tribunal de Familia.

costarricense ha resuelto que ello es posible, siempre y cuando esté fundamentada en la presencia de vicios del consentimiento¹⁹³.

3.8. La separación de hecho por un término no menor de tres años (Artículo 48 inciso 8) del Código de Familia): En la sentencia N° 595 de las 9:50 hrs. del 3 de octubre de 2001, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia se refirió al concepto de “separación de hecho”, de la siguiente manera: “De acuerdo con ZANNONI, la separación de hecho de los cónyuges se produce por el abandono de hecho del hogar, por parte de uno de ellos o por la decisión común de vivir, en adelante, separados, sin que medie un juicio de divorcio. Puede suceder que, solamente uno de ellos, haga abandono de la cohabitación, o bien que, ambos, resuelvan separarse, de común acuerdo. (ver Zannoni, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo I, 2 ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, página 591 y siguientes). Para MORELLO, la separación de hecho, “es la situación en que se encuentran los cónyuges, que sin previa decisión jurisdiccional quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que causa justificada alguna lo imponga y ya sea por la voluntad de uno o de ambos esposos” (Morello, Augusto. En: Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXV, Driskill S. A., 1986, página 410). Las características principales de la separación de hecho son: que los esposos

vivan separados; que esa separación sea permanente y que no exista un pronunciamiento jurisdiccional anterior, que haya impuesto el cese de la convivencia”.

En concordancia con lo expuesto, se ha afirmado que la causal de comentario se configura con la simple ruptura de la vida en común, verificada en la realidad y prolongada durante al menos tres años. Lo importante es la separación de hecho en esas condiciones y es indiferente y jurídicamente irrelevante determinar las razones o motivos que la originan¹⁹⁴. La separación de hecho es, pues, la cesación de la vida conyugal en común, caracterizada por una situación sustancial como lo es no vivir juntos y por una circunstancia de índole subjetiva como lo es no querer vivir juntos¹⁹⁵.

En cuanto al plazo de los tres años que establece el artículo 48 inciso 8) del Código de Familia, el Tribunal de Familia ha resuelto que “el tema de los plazos en la separación de hecho es de orden público y corresponde que se demuestre su cumplimiento en forma fehaciente. Y ese cumplimiento de plazo debe haberse operado al presentar la demanda, puesto que si no es así, la demanda resulta prematura. Avalar plazos dudosos o bien plazos cumplidos durante el proceso es contrario al espíritu de la norma, pues precisamente existe un sentido para establecer legalmente ese plazo y no es precisamente para facilitar la disolución del vínculo matrimonial”¹⁹⁶.

193 Al respecto ver Tribunal de Familia. Voto N° 1281 de las 13:25 hrs. del 16 de agosto de 2006 y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 612 de las 9:50 hrs. del 12 de octubre de 2001.

194 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 630 de las 9:40 hrs. del 31 de octubre de 2003.

195 Tribunal de Familia. Voto N° 1238 de las 11:50 hrs. del 21 de julio de 2004.

196 Tribunal de Familia. Voto N° 592 de las 10:45 hrs. del 10 de mayo de 2006.

4. Legitimación activa para solicitar el divorcio

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 49 del Código de Familia, solamente puede interponer la demanda de divorcio el cónyuge inocente. Está claro que esa norma está referida a las causales representativas del llamado “divorcio-sanción” (por ejemplo, adulterio, sevicia, tentativa de homicidio, tentativa de corrupción, etc...), pues en cuanto a las causales del “divorcio-remedio”, cualquiera de los cónyuges puede entablar la demanda de divorcio.

5. La reconciliación y la caducidad

Junto con otros medios de defensa que se pueden alegar ante la demanda de divorcio (excepciones de falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva y falta de interés actual), hay dos excepciones que tienen especial importancia en los procesos de divorcio:

5.1. Excepción de reconciliación: De conformidad con el artículo 52 del Código de Familia, no procede el divorcio si ha habido reconciliación¹⁹⁷ o vida marital entre los cónyuges después del conocimiento de los hechos que habrían podido autorizarlo o después de la demanda; pero si se intenta nueva demanda de divorcio por causa sobrevenida a la reconciliación, el Tribunal podrá tomar en cuenta las causas anteriores. La doctrina familiar costarricense ha dicho,

en cuanto a la reconciliación, que “es una cuestión de hecho en cuya apreciación gozan los juzgadores de instancia de poderes ilimitados, si bien la estimación de la reconciliación se condiciona a la presencia de un elemento material y otro psicológico, pues los cónyuges han de avenirse física y espiritualmente (...) Se requiere la voluntad de ambos esposos; la sola voluntad del cónyuge inocente es inoperante, pues la reconciliación no consiste en un perdón unilateral, sino que se configura como “reconciliatio matrimonii”, debido a que la vida conyugal se hace de nuevo tolerable y sus vínculos vuelven a estrecharse. El simple contacto sexual —ha afirmado la Sala de Casación en sentencia N° 346 de las 8 hrs. del 5 de octubre de 1979— no constituye reconciliación por sí solo, ni demuestra, necesariamente, que los cónyuges se reconciliaron, pues una relación de esa índole puede obedecer a impulsos de carácter momentáneo o a circunstancias ocasionales y no al firme propósito de poner término a la separación”¹⁹⁸. En otras palabras, para que pueda haber reconciliación, la vida en común debe reanudarse en las mismas condiciones en que se encontraba antes de que hubiere surgido la desavenencia entre los cónyuges, para así poder cumplir con los fines esenciales del matrimonio, es decir, la fidelidad, la lealtad y el mutuo auxilio.

Así las cosas, si se demostrara la existencia de reconciliación entre los cónyuges que figuran como partes procesales del divorcio,

197 En cuanto a la reconciliación ver Tribunal de Familia. Voto N° 1103 de las 9:40 hrs. del 28 de julio de 2006.

198 Trejos Salas, Gerardo. *supra* nota 167, páginas 249-250.

entonces debe ponerse fin al proceso, es decir, la excepción de reconciliación paraliza la demanda de divorcio no ejercitada todavía o la extingue, en caso de haberse planteado.

5.2. Excepción de caducidad¹⁹⁹: Con base en el artículo 49 párrafo primero del Código de Familia, la demanda de divorcio sólo puede establecerse por el cónyuge inocente, dentro de un año contado desde que tuvo conocimiento de los hechos que lo motiven²⁰⁰.

Se trata de un plazo de caducidad y, por consiguiente, puede ser declarada de oficio por parte del Juez de Familia. La única forma de interrumpir el plazo de caducidad es mediante la interposición formal de la demanda de divorcio.

En aquellas causales de divorcio en las cuales el comportamiento es continuo (por ejemplo, en el adulterio, en el cual el cónyuge infiel sostiene múltiples encuentros amorosos con la tercera persona), el plazo de caducidad solamente empieza a correr a partir de la última falta. Así, por ejemplo, lo ha resuelto la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia²⁰¹, al decir que: “En el supuesto de una causal continuada de divorcio, es decir, que se prolonga en el tiempo, la Sala ha sostenido el criterio de que ese plazo de caducidad no opera, como sí sucede cuando se trata de la falta de ejercicio de la

acción ante un determinado hecho concreto, único y dentro de un término rígido”.

6. La sentencia de divorcio

La sentencia es el modo normal de terminación del proceso de divorcio. Además existe la posibilidad de que el proceso finalice por haberse llegado a una conciliación (esto como medio para lograr una reconciliación entre los cónyuges), por desistimiento y el artículo 50 del Código de Familia establece que la muerte de cualquiera de los cónyuges pone fin al proceso de divorcio.

La sentencia de divorcio debe cumplir con todos y cada uno de los requisitos que establecen los artículos 153 y 155 del Código Procesal Civil. Contra ella cabe el recurso de apelación ante el Tribunal de Familia y es posible también interponer recurso de casación, ante la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, contra la resolución de segunda instancia dictada por el Tribunal de Familia.

Según lo establece el artículo 55 del Código de Familia, la sentencia firme recaída en el proceso de divorcio disuelve el vínculo matrimonial. Se trata de una sentencia de tipo constitutivo, pues modifica un estado jurídico, sea el estado civil de las personas y sus efectos se proyectan hacia el futuro²⁰².

199 Tribunal de Familia. Voto N° 621 de las 11:40 hrs. del 7 de mayo de 2003.

200 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 986 de las 9:35 hrs. del 30 de noviembre de 2005.

201 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 929 de las 9:30 hrs. del 3 de noviembre de 2000.

202 Tribunal Segundo Civil. Sección Segunda. Voto N° 225 de las 9:15 hrs. del 3 de junio de 1991. En: Revista Iustitia N° 67, año 1992, página 30. También ver Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 389 de las 14:50 hrs. del 27 de abril de 2000.

7. Efectos del divorcio

Son los siguientes:

7.1. La disolución del vínculo matrimonial.

7.2. Verificación del régimen de gananciales: De conformidad con el artículo 41 párrafo primero del Código de Familia, al disolverse el matrimonio cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro²⁰³. De acuerdo con la jurista costarricense Eva Camacho, el derecho a gananciales que adquiere cada uno de los cónyuges²⁰⁴ “no es de copropiedad, sino que es un derecho de participación en un valor del bien que se considere ganancial. Este valor neto se determinará una vez establecido el valor del bien, menos los gravámenes que pesen sobre él y que deben cancelarse. Realmente puede decirse que ese derecho viene a ser un crédito a favor del cónyuge y,

como tal, tiene que ser cancelado”²⁰⁵. En otras palabras, puede decirse que el valor neto significa que si hay alguna deuda que pesa sobre un bien ganancial, entonces primero se paga la deuda y sobre el remanente cada uno de los cónyuges tiene un derecho de crédito equivalente al cincuenta por ciento sobre dicho remanente.

Los bienes gananciales son todos aquéllos adquiridos dentro del matrimonio²⁰⁶ con excepción de los siguientes: a) Los que fueron introducidos al matrimonio o adquiridos durante él por título gratuito o causa aleatoria; b) Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales; c) Aquéllos cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio; d) Los muebles e inmuebles que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges y; e) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges. Se trata de un elenco *numerus clausus*²⁰⁷.

203 Conocido también como régimen de participación diferida en los gananciales. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 183 de las 10:25 hrs. del 24 de marzo de 2006.

204 En el Derecho de Familia costarricense el hecho de que uno de los cónyuges hubiese sido culpable de haber cometido alguna de las causales del “divorcio-sanción” no conlleva la pérdida del derecho a gananciales con base en la reforma que se hizo al artículo 41 del Código de Familia mediante Ley N° 7689 de 21 de agosto de 1997 y el Voto de la Sala Constitucional N° 1758-2000. Al respecto ver Tribunal de Familia. Voto N° 2204 de las 8:30 hrs. del 14 de diciembre de 2004.

205 Camacho, Eva. Consideraciones prácticas y jurisprudenciales de los artículos 40 y 41 del Código de Familia. Escuela Judicial, 1991, páginas 41 y 42.

206 Respecto a los bienes adquiridos durante el matrimonio existe una presunción de ganancialidad. El Tribunal de Familia, en el Voto N° 1933 de las 13:20 hrs. del 15 de diciembre de 2005, indicó: “El régimen jurídico de los bienes adquiridos por los esposos durante el matrimonio establece una presunción de esfuerzo conjunto de ambos cónyuges en el crecimiento patrimonial que, de mantenerse hasta la liquidación, reputará la condición de ganancialidad. Este esfuerzo conjunto es asumido por el Ordenamiento como una contribución no necesariamente patrimonial o pecuniaria para la obtención de los bienes, sino como una consecuencia de la modificación que sufre la condición jurídica de los sujetos con el advenimiento de las nupcias y de los deberes que nacen de la nueva condición de casados: convivencia, mutuo auxilio, fidelidad, lealtad, comunidad de vida, proyecto conjunto, etc..., es decir, la participación de ambos cónyuges en la nueva forma de vida —dentro de la cual un aspecto es o puede ser el crecimiento patrimonial— tiene una naturaleza igualitaria y al amparo de la legislación y la jurisprudencia, dicho carácter de ganancialidad deviene de una presunción “*iuris tantum*” cuyo contenido asume que son gananciales todos los bienes adquiridos por los cónyuges a título oneroso durante la convivencia matrimonial”.

207 Benavides Santos, Diego. Los gananciales en la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte. En: Revista *Ivstitia* N° 164-165, 2000, página 25.

Si bien lo deseable es que, al dictarse la sentencia de divorcio, el Juez indique, en forma clara y precisa, sobre cuáles bienes tienen las partes el derecho de gananciales, en caso de que, por alguna razón, no se pudiese hacer esa especificación, entonces jurisprudencialmente se ha admitido que el Juez puede hacer la declaratoria de bienes gananciales en forma genérica y que sea en fase de ejecución de sentencia la etapa procesal en la cual se realice la especificación de los bienes gananciales, si los hubiere²⁰⁸.

Dado que el derecho a gananciales es un derecho de crédito al cincuenta por ciento del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro, el párrafo final del artículo 41 del Código de Familia establece que el cónyuge titular de ese derecho puede renunciar a él, siempre y cuando lo haga en escritura pública²⁰⁹.

7.3. Pensión alimentaria a cargo del cónyuge culpable: De acuerdo con el artículo 57 del Código de Familia, en la sentencia que declare el divorcio, el tribunal podrá conceder al cónyuge declarado inocente una pensión alimentaria a cargo del culpable²¹⁰. Igual facultad tendrá cuando el divorcio se base en una separación judicial donde existió cónyuge culpable. La pensión alimentaria se regulará conforme a las

disposiciones sobre alimentos²¹¹ y se revocará cuando el inocente contraiga nuevas nupcias o establezca unión de hecho. Si no existiere cónyuge culpable, el tribunal podrá conceder una pensión alimentaria a uno de los cónyuges y a cargo del otro, según las circunstancias. No procederá la demanda de alimentos del excónyuge inocente que contraiga nuevas nupcias o conviva en unión de hecho.

Respecto al contenido de esta norma, es importante destacar que la imposición de la pensión alimentaria es de carácter facultativo para el Juez de Familia. Por esta razón, es que, por ejemplo, el Tribunal de Familia ha resuelto que es posible exonerar al cónyuge culpable del divorcio del pago de una pensión alimentaria, si sus condiciones socioeconómicas no se lo permiten²¹². En sentido similar, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que si el cónyuge que hubiese pedido una pensión alimentaria a cargo del culpable contara con los medios suficientes para subsistir, entonces no se justifica ni se puede conceder la pensión alimentaria en la sentencia de divorcio²¹³. Por consiguiente, uno de los factores decisivos para conceder, a tenor de la norma precitada, una pensión alimentaria a favor del cónyuge y a cargo del otro (sea éste culpable o no de la disolución del vínculo matrimonial) es el binomio posibilidades del

208 Tribunal de Familia. Voto N° 1951 de las 8:35 hrs. del 5 de diciembre de 2006 y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 301 de las 9:30 hrs. del 5 de mayo de 2004.

209 Tribunal de Familia. Voto N° 942 de las 8:20 hrs. del 11 de junio de 2004.

210 El hecho de que uno de los cónyuges sea declarado o tenido como "culpable" del divorcio no puede ser la única circunstancia decisiva para imponerle la obligación alimentaria. Al respecto ver Sala Constitucional. Voto N° 7517 de las 14:50 hrs. del 1 de agosto de 2001 y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 929 de las 9:35 hrs. del 6 de octubre de 2006.

211 Artículos 164 a 174 del Código de Familia y Ley de Pensiones Alimentarias N° 7654 publicada en La Gaceta N° 16 de 23 de enero de 1997.

212 Tribunal de Familia. Voto N° 1208 de las 14:20 hrs. del 15 de julio de 2004.

213 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 1079 de las 9:40 hrs. del 24 de noviembre de 2006.

deudor alimentario versus necesidades del acreedor alimentario²¹⁴.

7.4. Guarda, crianza y educación de los hijos menores y régimen de visitas: Según el artículo 56 del Código de Familia, 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 cuál de los cónyuges confía la guarda, crianza y educación de aquéllos. 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.

7.5. Resarcimiento de daños y perjuicios²¹⁵: Mediante Ley N° 7689 de 21 de agosto de 1997, se adicionó al Código de Familia un artículo que pasó a ser el número 48 bis, cuyo texto dice así: “De disolverse el vínculo

matrimonial con base en alguna de las causales establecidas en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 48 de este Código, el cónyuge inocente podrá pedir, conjuntamente con la acción de separación o de divorcio, daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil”.

Para tal fin, deberá el cónyuge demandante o reconventor demostrar todos y cada uno de los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva²¹⁶. El resarcimiento incluye el pago de todos los daños materiales y morales que se deriven de la causal de divorcio que legitima la indemnización de los daños y perjuicios. Es importante acotar que el reclamo de responsabilidad civil extracontractual planteado dentro del proceso de divorcio debe cumplir, en cuanto a la especificación de los daños y perjuicios se refiere, con lo establecido por el artículo 290 inciso 5) del Código Procesal Civil, es decir, debe indicarse: a) El motivo que origina los daños y perjuicios; b) En qué consisten y; c) la estimación específica de cada uno de ellos²¹⁷.

214 Esta dicotomía se desprende del concepto legal de alimentos que establece el artículo 164 del Código de Familia: “Se entiende por alimentos lo que provea sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros, conforme a las posibilidades económicas y el capital que le pertenezca o posea quien ha de darlos. Se tomará en cuenta las necesidades y el nivel de vida acostumbrado por el beneficiario, para el normal desarrollo físico y psíquico, así como sus bienes”. Ver también Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 929 de las 9:35 hrs. del 6 de octubre de 2006

215 Sobre este tema pueden consultarse las siguientes sentencias: Tribunal de Familia. Voto N° 2201 de las 8:00 hrs. del 14 de diciembre de 2004; Tribunal de Familia. Voto N° 66 de las 11:40 hrs. del 25 de enero de 2006; Tribunal de Familia. Voto N° 39 de las 8:20 hrs. del 11 de enero de 2007 y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 413 de las 11:20 hrs. del 8 de agosto de 2003.

216 Desde nuestro punto de vista y con base en la doctrina mayoritaria del Derecho de daños en Alemania, son siete requisitos: a) Lesión de un bien jurídico; b) Acción u omisión del agente causante del daño; c) Relación de causalidad entre acción u omisión dañina y lesión del bien jurídico; d) Antijuricidad; e) Culpa; f) Daño y; g) Relación de causalidad entre el bien jurídico lesionado y el daño causado. Al respecto ver Belke, Rolf. Prüfungstraining Zivilrecht I. Fallbearbeitung und Anspruchsmethode., 2 ed., 1995, páginas 458 y siguientes. Aplicación práctica de dichos requisitos puede consultarse en López Casal, Yuri. El nexa causal en la responsabilidad civil extracontractual. En: Revista Iustitia N° 240, año 2006, páginas 27 a 35.

217 Al respecto ver Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 170 de las 10:40 hrs. del 9 de abril de 2003.

La pretensión resarcitoria cuyo ejercicio autoriza el artículo 48 bis del Código de Familia, es, como bien lo afirma el autor Ricardo González Mora, “accesoria, dependiente de la acción de separación o divorcio, pues precisamente los hechos en que se basa son los hechos que deberá juzgar el Juez del divorcio y la pretensión que se ejerce es el resarcimiento de los daños supuestamente ocasionados por los hechos que se deben probar ante el Juez de la acción de divorcio. Si se rechaza el divorcio por no haberse demostrado las causales invocadas, se deberá rechazar consecuentemente la acción resarcitoria (...) De acuerdo con lo que hemos expuesto, legitimado activo de la acción resarcitoria es sólo el cónyuge inocente. Legitimado pasivo, el cónyuge culpable y, eventualmente, su cómplice, co-autor o instigador”²¹⁸.

218 González Mora, Ricardo, supra nota 168, páginas 85-86.

BIBLIOGRAFÍA

- BERGSCHNEIDER, Ludwig *Die Ehescheidung und ihre Folgen*, (4. edición, München, 1998).
- BORTH, Helmut en SCHWAB, Dieter (editor) *Handbuch des Scheidungsrechts*, (4. edición, München, 2004).
- FRANK, Rainer *Erbrecht*, (2. edición, München, 2003).
- GERHARDT, Peter - SCHULZ, Werner *Verbot der Doppelverwertung von Abfindungen beim Unterhalt und Zugewinn* en *FamRZ* 2005 pp. 145–147.
- GERHARDT, Peter - VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd - KLEIN, Michael *Handbuch des Fachanwalts Familienrecht*, (8. edición, München, 2005).
- GERNHUBER, Joachim - COESTER-WALTJEN, Dagmar *Lehrbuch des Familienrechts*, (5. edición, München 2006)
- GIESEN, Dieter *Familienrecht*, (Tübingen, 1994).
- GRABA, Hans-Ulrich *Die Entwicklung des Unterhaltsrechts nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Jahr 2003* en *FamRZ* 2004 pp. 581 - 592.
- VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd - GERHARDT, Peter *Materielles Scheidungsrecht*, (Neuwied, 2003)
- HERMES, Joachim *Nochmals: Die Doppelberücksichtigung von Abfindungen und Schulden im Unterhalt und Zugewinnausgleich* en *FamRZ* 2007 pp. 184 - 187.
- JOHANNSEN, Kurt - HENRICH, Dieter *Eherecht* (München, 2003)
- KALTHOENER, Elmar - BÜTTNER, Helmut-NIEPMANN, Brigit *Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts*, (9. edición, München, 2004).
- LÜDERITZ, Alexander – DETHLOFF, Nina *Familienrecht*, (München 2007)
- MÜLLER, Christian *Unterhaltsrecht*, (2 edición, Baden-Baden, 2000).
- OLZEN, Dirk *Rechtsprobleme des §1365 BGB* en *Jura* 1988 pp. 13 – 19.
- RAUSCHER, Thomas *Familienrecht*, (Heidelberg, 2001)
- SCHIEBEL, Barbara *Trennung, Scheidung, Unterhalt für Frauen*, (2. edición, München, 2005).
- SCHLÜTER, Wilfried *Familienrecht*, (12. edición, Heidelberg, 2006).
- SCHMITZ, Hans-Walter *Doppelberücksichtigung von Vermögenswerten bei Unterhalts und Zugewinn* en *FamRZ* 2005, pp. 1520 s.
- SCHULIN, Betram *Anmerkung zu Gerhardt und Schulz: Verbot der Doppelverwertung von Schulden beim Unterhalt und Zugewinn*, *FamRZ* 2005, 317 ff. en *FamRZ* 2005, pp. 1521 s.
- SCHWAB, Dieter *Familienrecht, Prüfe dein Wissen, Rechtsfälle in Frage und Antwort*, (10. edición München, 2003).
- SCHWAB, Dieter *Familienrecht*, (14. edición, München, 2006).
- TIEDTKE, Klaus *Verfügungen eines Ehegatten über das Vermögen im ganzen* en *FamRZ* 1988 pp. 1007 – 1010.
- WEINREICH, G / KLEIN, Michael *Kompakt Kommentar Familienrecht*, (2. edición, München, 2005).
- WOHLGEMUTH, Gisela *Doppelverwertung von Schulden beim Zugewinn und Unterhalt* en *FamRZ* 2007 pp. 187 s.

Barcia Lehmann, Rodrigo El convenio regulador en el Derecho español y en el proyecto de ley de Matrimonio Civil Chileno, en *Ius et Praxis*. online. 2002, vol.8, N°2 citado 18 Diciembre 2005, pp.445-478. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200014&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012.

Barrientos Grandón, Javier y Novales Alquézar, Aránzazu Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, Separación, Divorcio y Nulidad (Santiago, 2004).

Barros Bourie, Eduardo La Ley civil ante las rupturas matrimoniales, en *Estudios Públicos*, 85 (verano 2002).

Guerrero Becar, José Luis La compensación económica en la ley de matrimonio civil, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII* (Valparaíso, Chile, 2° semestre de 2006)

Pizarro Wilson, Carlos La compensación económica en la nueva Ley de matrimonio civil, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 3 (Santiago, 2004) pp. 83-104.

Ramos Pazos, René Derecho de Familia (Santiago, 2003).

Tapia Rodríguez, Mauricio Nulidad y Divorcio en el proyecto de nueva ley de matrimonio Civil, en *Estudios Públicos*, 86 (otoño 2002).

Tapia Rodríguez, Mauricio La compensación económica en la Ley de Divorcio, en *Semana Jurídica* 271 (Santiago, 2006).

Turner Saelzer, Susan, Las Prestaciones económicas entre Cónyuges divorciados en la

nueva ley de matrimonio civil, en *Rev. derecho (Valdivia)*. online. jul. 2004, vol.16 citado 18 Diciembre 2005, pp.83-104. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000100004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

Vidal Olivares, Álvaro, La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil, en VIDAL OLIVARES, Álvaro (coordinador) *El nuevo Derecho chileno del Matrimonio* (Santiago, 2006) p. 219.

Trejos Salas, Gerardo, *Derecho de Familia costarricense*. Tomo I, 1990.

González Mora, Ricardo, *Daños y perjuicios en el proceso de divorcio y de la separación judicial*, 1999.

Benavides Santos, Diego, Los procesos familiares en Costa Rica. En: *Revista Ivstitia* N° 126-127, 1997.

Jiménez Mata, Alberto, El convenio patrimonial de divorcio como forma de capitulación matrimonial. En: *Revista Ivstitia* N° 225-226, 2005.

Camacho, Eva, *Consideraciones prácticas y jurisprudenciales de los artículos 40 y 41 del Código de Familia*, 1991.

Benavides Santos, Diego, Los gananciales en la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte. En: *Revista Ivstitia* N° 164-165, 2000.

Belke, Rolf, *Prüfungstraining Zivilrecht I. Fallbearbeitung und Anpruchsmethode*, 1995.

López Casal, Yuri, El nexa causal en la responsabilidad civil extracontractual. En: *Revista Ivstitia* N° 240, 2006.

LA AFECTACIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR O BIEN DE FAMILIA

Carlos German Pantoja Murillo*

SUMARIO:

- I. *Introducción.*
- II. *Consideraciones sobre el Objeto, el Bien Jurídico y el Patrimonio.*
- III. *Antecedentes.*
- IV. *Regulación Legal. V. Naturaleza Jurídica. VI. Presupuestos para su Constitución.*
- VII. *La Desafectación del Patrimonio Familiar y Algunas Consideraciones sobre Posibles Modificaciones a su Perfil.*
- VIII. *Fuentes Consultadas.*

I. INTRODUCCION.

La familia y su protección se han constituido en tema obligado para los juristas vista la creciente problematización de la convivencia familiar sometida en nuestros días a presiones en aumento. Dentro de nuestro derecho positivo, este asunto ocupa la atención del constituyente de 1949, que consagró en el comienzo del

artículo 51 que: “*La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado*”.

Adicionalmente, el artículo 65 dispuso que: “El Estado promoverá la construcción de viviendas populares y creará el patrimonio familiar del trabajador”. Por lo que tenemos que si es obligación del Estado la creación de este patrimonio familiar, resulta de la más elemental congruencia que también lo proteja, particularmente cuando se refiera a la vivienda. Con razón expresa el Dr. Zamora que este reconocimiento de la preocupación del Estado por la creación y protección del patrimonio familiar conlleva a que “se garanticen condiciones adecuadas para el mantenimiento y desarrollo de su vida en familia”, siendo que este principio “tiene la específica y doble intención de promover, a la vez que la vida familiar del trabajador, también su prosperidad material”.¹

* 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.

1 Véase el libro ZAMORA CASTELLANOS, Fernando. *Los ideales constitucionales costarricenses*. San José, Juricentro, 2002. pág. 183.

Con ese fundamento normativo han surgido varias instituciones que han proyectado esta protección constitucional sobre la vivienda familiar, si bien encontramos en nuestra legislación preconstitucional, como han sido la Cooperativa de Casas Baratas “La Familia” creada por ley N° 190 de 14 de agosto de 1942,² el embrión de la tutela legal a favor de la vivienda familiar. Luego tenemos los contratos de adjudicación en venta del INVU³ y, más cerca en el tiempo la ley N° 4277 de 16 de diciembre de 1968 de patrimonio familiar,⁴ antecedente inmediato del Código de Familia. Luego de la promulgación de éste tenemos los bonos de vivienda tal y como los concibe la ley n° 7052⁵ y desde 1990 la afectación patrimonial de la vivienda familiar introducida por reforma a dicho Código de la que nos ocuparemos en detalle en este artículo.

El régimen patrimonial que ha imperado en nuestro país para los cónyuges desde la promulgación del Código Civil ha garantizado la absoluta libertad de disposición de los bienes por parte de los esposos mientras dure el matrimonio. Así, en ausencia de contrato matrimonial, esto es una convención relativa a capitulaciones matrimoniales, cada uno de los cónyuges es libre de disponer de los bienes de los que aparezca como titular. Esta es la regla sentada en el artículo 40 del Código de Familia, copiada del antiguo artículo 76 del Código Civil.⁶

Con la promulgación de la ley que estableció la afectación de patrimonio en beneficio de la familia se incorporó una de las instituciones más importantes para la protección de este núcleo vital de la sociedad, donde se procura

-
- 2 Este antecedente se indica en el artículo de RAMÍREZ ALTAMIRANO, Marina. *El patrimonio familiar*. In Revista Judicial. Año VI, N°15, San José, Poder Judicial, 1980, págs. 88 y 89, quién a su vez lo obtuvo de la tesis de MURILLO ELIZONDO, Marciano. *El Contrato de adjudicación en venta del Instituto Nacional de vivienda y Urbanismo*. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1976, particularmente las págs. 47, 52, 54 y 68. Sintetizaba la Licda. Ramírez: “Lo interesante en cuanto a nuestro tema es el hecho de que en algunas de las cláusulas que se incluían en el contrato respectivo se prohibía el alquiler, la hipoteca, enajenación o transferencia de cualquier clase del bien adjudicado o comprado con el préstamo, por el tiempo en que el mismo no pasara a manos del interesado en calidad de propiedad definitiva. Con ello se establecían limitaciones especiales al tradicional derecho de propiedad, que no se limitaban a las naturales consecuencias del simple gravamen hipotecario sobre el mismo, sino que iban más allá, con el propósito evidente de proteger debidamente el patrimonio de que se dotaba a las familias” op. cit. pág. 89.
- 3 Véase la indicada tesis de MURILLO ELIZONDO.
- 4 Por medio de la cual se reformaron los artículos 76 y 77 del Código Civil de 1988, que regulaban las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. En esta ley se facultaba al propietario del bien para gravarlo o disponer de él sin más requisito que el consentimiento del otro cónyuge. De esta ley, su promulgación, vigencia y derogación se ocupa la tesis de grado de ROJAS HERRERA, Oscar. *El patrimonio familiar*. San José, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1971.
- 5 La ley del Sistema Financiero nacional para la Vivienda de 27 de noviembre de 1986, que en su artículo 56 establece: “Las familias que reciban el subsidio deberán inscribir el inmueble a nombre de la pareja en el matrimonio y, en caso de unión de hecho, a nombre de la mujer; asimismo, sobre el inmueble deberá constituirse el régimen de patrimonio familiar tanto en el caso de matrimonio como en unión de hecho...” (el destaque es nuestro)
- 6 BAUDRIT CARRILLO, Diego. *Reflexiones sobre un régimen patrimonial básico de matrimonio en Costa Rica*. In Revista Judicial Año IX, N°33, San José, Poder Judicial, 1985. pág. 73 Sobre el particular prescribía el Código Civil antes de la especialización de la materia de Familia en su artículo 76 que: “Si no hubiere capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros.” Véase ALVARADO Q. Alejandro y GUARDIA Q., Víctor. *Código Civil*. 2ª ed., San José, Tipografía Nacional, 1910.

colocarla a resguardo de las vicisitudes económicas, de los malos negocios o aún de la muerte de quién sea la principal fuente del mantenimiento del hogar.

Este artículo busca, a partir de una recapitulación de conceptos propios de la teoría general del derecho privado, brindar una amplia reconstrucción de los antecedentes del instituto en el derecho internacional. De seguido estudiaremos su regulación legal en el derecho costarricense luego de lo cual podremos establecer el perfil de su naturaleza jurídica en los planos internacional e interno. Finalmente veremos sus presupuestos constitutivos, fundamentalmente a la luz de la jurisprudencia reciente y concluiremos los límites del derecho a la libre disposición patrimonial cuando ésta se confronta con el interés de la familia así como las formas de extinción de la afectación.

II. CONSIDERACIONES SOBRE EL OBJETO, EL BIEN JURÍDICO Y EL PATRIMONIO.⁷

El objeto asume juridicidad en virtud de un elemento material y un elemento formal que conjuntamente determinan su modo de ser en el mundo del Derecho. El elemento

material tiene que ver con su estructura y función prejurídica; pues estructuralmente se identifica como una realidad espacial; mientras que su función se comprende a partir del concepto de “utilidad” (que es un concepto correlativo al de “interés”, en cuanto “útil es aquello capaz de dar satisfacción a un interés” según lo indicara Ihering.) El elemento formal se refiere a la calificación normativa que el Ordenamiento hace de ese presupuesto material.

La calificación normativa del objeto dependerá de sus características específicas y de su inclusión en una determinada categoría, pero fundamentalmente, de su relación con intereses jurídicamente relevantes. La relevancia jurídica va entendida como interés, en el modo y en los límites en los cuales este es considerado por el ordenamiento.⁸

Etimológicamente la expresión “bienes” proviene del latín *beo-eas-eare*, que en sentido clásico quiere decir o indica la acción de hacer feliz y de dar utilidad.⁹ Según las enseñanzas del profesor Víctor Pérez, “En un sentido fenomenológico bien indica la especialidad y la materialidad no subjetiva de una situación jurídica...es usado como “el término objetivo de un derecho subjetivo.”¹⁰

7 Para la elaboración de este segmento del artículo seguí principalmente los textos de CORNU, Gerard. *Derecho civil. Los Bienes*. Vol. III. Trad. Javier Solís Herrera. San José, Juricentro, 1996. En especial las págs 8-76 y en el artículo de PÉREZ VARGAS, Víctor. *Objetos, cosas y bienes en sentido jurídico*. In Revista Judicial. Año IV, N° 15, San José, Poder Judicial, 1980. págs. 99-113. Puntualmente se harán las citas de estos y de otros autores.

8 BIONDI, Biondo. *Los Bienes*. Trad. De Antonio Martínez-Radio, Barcelona, Bosch, 1961. pág. 28. No toda utilidad o interés será considerado sino “que es menester que se trate de interés socialmente apreciable en la común conciencia social, capaz de justificar la atracción a la órbita del Derecho.” p.29-30.

9 Indica Pascual Marín que Plauto la utiliza en el sentido de “hacer feliz” mientras que Horacio en el de “enriquecer” en tanto que Tenencio en el de “causar placer” y Ulpiano en el de “aprovechar”. Vid. Voz “Bienes” en SEIX, Francisco. (Editor) Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo III. Barcelona, 1951. pág. 348.

10 PÉREZ VARGAS, Víctor. *Objetos, cosas y bienes en sentido jurídico*. Op. cit pág. 101.

Para el mundo del derecho, la relevancia jurídica radica en que una parte de la realidad, asume la configuración de unidad objetiva. Por esta razón, se le considera autónomamente como un centro de intereses (en virtud de una tutela de tales intereses) dando con ello paso a la existencia de un bien en sentido jurídico. Así, la constitución de un centro de imputación de relaciones jurídicas no necesariamente corresponderá con una unidad física, sino que, sobre todo, lo será en función de los intereses que se le ligan y de la correlativa tutela jurídica que los mismos merezcan. No se trata de un problema objetivo, sino más bien volitivo, profundamente dependiente de la estimativa jurídica, la jerarquía de valores y de los intereses en juego y de cómo todos ellos se articulen para obtener la tutela efectiva desde el mundo del derecho.

Para Pugliati “se llamará cosa una entidad natural...una parte del mundo externo, cualquiera que sea, la cual puede servir para la actuación de un interés humano, individual

o colectivo”¹¹ Las cosas pueden ser objeto de situaciones jurídicas y cuando asumen de *facto*, por reconocimiento de *iure*, este carácter pasan a ser bienes. Recordemos que en nuestro Código Civil se usan indistintamente los términos cosas y bienes como podemos constatarlo en el artículo 253 cuando dice: “Los bienes consisten en cosas que jurídicamente son muebles o inmuebles, corporales o incorporales”. En síntesis, cosa + calificación jurídica = bien,¹² o en palabras más laxas, según BIONDI “bienes son cosas que pueden constituir objeto de derecho” o como decía la definición de las Partidas: “Bienes son llamadas aquellas cosas de que los omes se sirven o se ayudan”¹³

Visto el anterior criterio distintivo, a *contrario sensu* tenemos que no será bien todo aquello que permanece extraño e indiferente al ordenamiento jurídico. Según MESSINEO, no es necesario que sea material; basta con que sea simplemente nominal; puede darse por situación, categoría, calidad, cantidad, signos

11 PUGLIATI, Salvatore. *Beni e cose in senso giuridico*. Milano, Giuffrè editore. 1961. p. 65. cit por PÉREZ VARGAS, Víctor. P.102.

12 “Obsérvese entonces que los bienes tienen dos elementos: uno material, la entidad espacial; otro formal, la calificación jurídica “Al elemento material deberá asociarse la calificación (emanada de la norma) por virtud de la cual entre todas las cosas que puedan llegar a ser bienes jurídicos lo serán sólo las que en acto la norma considera como objetos de determinados derechos”. PÉREZ VARGAS, Víctor. Op. cit. pág. 102. Destaca entonces el reconocimiento de la cosa como el elemento material del bien. Para BIONDI, desde un punto de vista jurídico “cosa es cualquier entidad material o inmaterial, que sea jurídicamente relevante, esto es, que sea tomada en consideración por la ley, en cuanto constituye o puede constituir objeto de relaciones jurídicas”, concluyendo igual que el Dr. PÉREZ que “cosa es la referencia objetiva del derecho subjetivo”. (el destaque es nuestro) Op. cit. pág. 26. Sin duda, se trata de una aproximación más adecuada en el caso de la última frase. Por un lado, reconoce el carácter dual de los elementos que constituyen el bien: Un centro de imputación individualizable, objetivamente particularizable y un conjunto de categorías jurídicas que le son atribuidas a ese centro de imputación y de las cuales se derivarán relaciones de naturaleza jurídica.

13 Cfr. Partida 2, título 17, cit. en Biblioteca Jurídica OMEBA II. Editorial OMEBA, Argentina, 1979. pág. 190.

particulares, función económico-social, etc. siendo lo fundamental la individualización del mundo externo.¹⁴ Ni siquiera se requiere la actualidad de la cosa, porque las cosas futuras son siempre jurídicamente cosas. Eso sí, es indispensable que pueda aislarse, al menos en términos conceptuales, de la unidad compleja del universo, de modo que pueda delimitarse su propia esfera jurídica de las demás.

Una parte de las cosas, aquellas susceptibles de satisfacer un interés económico, pueden pasar a formar parte de una esfera patrimonial, se trate de patrimonio público o privado.

La patrimonialidad, que corresponde a la noción romana no de patrimonium, sino de commercium, denota aquella esfera de relaciones jurídicas que son capaces de constituir objeto de valoración pecuniaria. Patrimonio es, por tanto, sinónimo de bien o de entidad económica.¹⁵

Para el Dr. Gerard CORNÚ “El orden natural requiere que el derecho patrimonial se inicie en el estudio analítico y estático de los elementos que lo constituyen”,¹⁶ opinión que compartimos. Así, en el tanto que rige la sustancia patrimonial, el derecho de los bienes gobierna el conjunto de los elementos que

componen el patrimonio y, en consecuencia, el derecho de los bienes es parte esencial del derecho patrimonial. Dentro del objeto de los derechos patrimoniales, y vale aquí recordar la afirmación de VON THUR en el sentido de que el patrimonio está constituido por derechos, no por cosas, no es correcto enumerar dentro de los bienes patrimoniales las cosas en lugar de los derechos sobre ellas, es decir, de aquellos que tienden a la promoción de bienes –cosas materiales o inmateriales– en provecho y utilidad de una relación jurídica. (Esta puede ser de simple exclusión de terceros). Así, entendemos por patrimonio dentro del círculo jurídico de acción de una persona, el conjunto de los derechos que le pertenecen¹⁷. Claro está que existe con este concepto una dificultad que no se encuentra en otros, ya que no se corresponde con un concepto material, sino a un concepto jurídico sin referente tangible. Para el célebre jurista argentino Velez Sarsfield “El Patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir como bienes. Existen numerosas interferencias entre el derecho patrimonial y el derecho extra patrimonial. Estas interferencias impiden establecer una separación radical entre los dos conjuntos, tanto como entre personas

14 “*Problemi dell’identità delle cose e delle persone nel diritto privato*. cit. por BIONDI, pág. 28.

15 “Para los romanos la noción de *res extra patrimonium* tenía una referencia subjetiva, independientemente de la valoración económica; eran tales aquellas cosas que, aún teniendo valor económico, en el momento en que se consideraban no pertenecían a alguien; por ejemplo las *res nullius* y las *res derelictae*, se hablaba también de *res nullius in bonis*. Por el contrario hoy tales cosas son patrimoniales, aunque se las distingue de aquellas, también de la misma especie, que pertenezcan a un determinado sujeto”. Vid. BIONDI, Biondo. *Los Bienes*. pág. 32-33.

16 CORNÚ, Gerard. Op. cit. pág. 8.

17 Véase VON THUR, Andreas. *Parte General del Derecho Civil*. Trad. de Wenceslao Roces, Juricentro, San José, 1977. págs. 38 y 39.

y bienes. Estos, los bienes, sólo lo son en relación con las personas, incluyendo tanto los bienes inmateriales como los derechos reales sobre cosas corpóreas. Así la cosa se convierte en bien cuando llega a ser apropiada para usar su valor económico o moral.

El derecho de familia – que está esencialmente ligado al derecho extra patrimonial- debe también ser considerado en esta dimensión pues de todos es conocido que en la familia también existen relaciones económicas que generan situaciones conflictivas que deben ser resueltas jurídicamente. En la convivencia familiar abundan las cuestiones patrimoniales, sea entre esposos, entre estos y sus hijos, hermanos o ascendientes, en incluso con terceros, proyectando las consecuencias directamente sobre la familia. No en vano destacaba CORNÚ¹⁸ la existencia “de un derecho patrimonial de la familia, un derecho de relaciones familiares de orden pecuniario.” El régimen de los bienes lleva a menudo a la consideración de su relación con las personas puesto que el derecho patrimonial no es exclusivamente material.

El derecho de los bienes no es más que un elemento del derecho patrimonial. Si bien es cierto que engloba el derecho de los bienes,

el derecho patrimonial forma un conjunto más amplio: no solamente porque tiene en el derecho de familia una prolongación como derecho patrimonial de la familia, sino porque comprende en la base –otro componente esencial– el derecho de las obligaciones de cuyo seno se desprende notoriamente el derecho de los contratos¹⁹.

La cohesión del patrimonio se demuestra por la equivalencia de todos los elementos del activo como elementos de garantía de los acreedores. Por lo menos en principio, todos los bienes responden por las deudas. Todo el que haya contraído una obligación personal está obligado a cumplir su compromiso con todos sus bienes muebles e inmuebles: el conjunto de sus bienes constituye la garantía general de sus acreedores. Sin embargo, el patrimonio es algo más que una simple suma de bienes. Es verdad que el patrimonio como conjunto de bienes y derechos es una denominación colectiva que indica un agregado de bienes económicos. El patrimonio es una agregación de bienes, una pluralidad. Pero su naturaleza es más compleja pues no se trata de un concepto ontológico, sino de un término de referencia al que se acude para explicar una serie de relaciones que se desenvuelven en distintos planos. Viene entonces a ser

18 CORNÚ, G. pág 9.

19 CORNÚ, G. pag. 10.

una representación y denominación colectiva de contenido variable en el tiempo. Mientras que los bienes que integran el patrimonio son enajenables individualmente, el patrimonio personal, como universalidad no puede ser objeto de derecho subjetivo más allá del titular, como parte integrante de los atributos de la personalidad, no es objeto de tráfico jurídico, salvo en casos de excepción como lo es la sucesión universal. Por lo indicado, la disciplina del patrimonio, vista su importancia para la seguridad jurídica, ha sido substraída a la autonomía de la voluntad, especialmente en lo que se refiere a su creación, transmisión, separación, reunión y disolución de patrimonios, quedando sometido a la regulación imperativa de la ley ²⁰.

Cuando, sin fraude, el deudor enajena un bien, este bien escapa a la correlación y cesa su función como garantía por las deudas ²¹.

Una fórmula resume la noción jurídica de patrimonio: entidad abstracta, universalidad jurídica, conjunto autónomo, unidad coherente, el patrimonio es un receptáculo en el que, siguiendo la entrada y salida de valores, se suceden y rempazan elementos concretos.

Existe otra concepción del patrimonio, de origen germánico, llamada “objetiva” o “finalista” ²² sostiene que el patrimonio deja de estar ligado a la persona como sujeto de derecho y el patrimonio se convierte en una idea, un fin en sí, una afectación. De allí el nombre que se le da al patrimonio dentro de esta concepción “patrimonio-afectación” o “patrimonio de destino”. (zweckvermögen) como opuesto al patrimonio-capacidad.

El lazo que une los elementos del patrimonio ya no es la identidad del titular. (los bienes no se agrupan porque pertenecen todos a una misma persona o las deudas porque pesan sobre una misma cabeza). No es la persona lo que cuenta ni su voluntad sino el interés o fin que se persigue. Lo que los une es la afectación común a la consecución de un mismo fin (actividad comercial, obra filantrópica etc.)

Una vez despersonalizado, el patrimonio encuentra su fin en una idea, que constituye el cimiento de los elementos que lo componen.

Si una persona tiene varias actividades, puede tener otros tantos patrimonios. De igual forma, una masa de bienes puede ser considerada

20 Vid. DE LOS MOZOS, José Luis. *Patrimonio*. en SEIX, Francisco. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona, 1989. págs. 171-172.

21 *Ibidem*, pág. 23 y 24.

22 “La teoría en cuanto tal viene formulada por BRINZ, aunque le sirve de antecedente la afirmación que había hecho WINDSCHEID a propósito de la herencia yacente, respecto de la posibilidad de la existencia de derechos sin sujeto. Para el primero de estos autores, al lado de las personas naturales no existe una segunda especie de personalidad, la jurídica, sino una segunda especie de patrimonio. La verdadera esencia del patrimonio está en el tener o el pertenecer a una invisible relación jurídica entre personas y bienes. Pero esta relación y conexión puede existir o subsistir aún entre fines y bienes, quedando substituida la persona por un fin determinado. Un ulterior desenvolvimiento de la teoría llevará a cabo BEKKER, distinguiendo dentro del patrimonio de afectación dos categorías distintas: patrimonios de afectación independientes y patrimonios de afectación dependientes. Los primeros son complejos patrimoniales destinados a un fin y carentes de sujeto; los segundos, por el contrario, son patrimonios en el patrimonio de una persona destinados a un fin especial y dotados de propia autonomía.” Cfr. DE LOS MOZOS, José Luis. *Patrimonio*. en SEIX, Francisco. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona, 1989. pág. 169.

un patrimonio, aun en el caso de no tener a ninguna persona como titular.²³

Así, tenemos que junto al patrimonio general de la persona, y asemejándolo, el Derecho regula la situación de determinadas masas de bienes afectadas a determinados conjuntos de obligaciones, a las que dota de cierta autonomía. Se trata de conjuntos que, atribuidos a una o varias personas (patrimonio colectivo), funcionan con independencia del patrimonio personal, a su lado, pero sin mezclarse. Este caso no es extraño en el derecho de familia donde lo encontramos en la dote, donde el marido o sus herederos tienen la obligación de devolverla a la esposa o a sus herederos, en los bienes gananciales o en la afectación de un bien para residencia de la familia. Puede darse tanto frente a la existencia de una titularidad colectiva o cuando se presente una coparticipación en el juego de los intereses en juego, sin que necesariamente exista la copropiedad.

De los Mozos²⁴ destaca como caracteres generales de estos patrimonios separados y autónomos los siguientes:

- 1) Son creación del ordenamiento jurídico, conforma a un sistema de *numerus clausus*, sin que puedan extenderse por analogía a otros supuestos.
- 2) El patrimonio no es objeto de tráfico, aparte de la posibilidad de la sucesión universal. Objeto del

tráfico son los bienes singulares, pero teniendo en cuenta en este caso sus correspondientes titularidades sobre el patrimonio.

- 3) Es posible que del patrimonio salgan bienes pero constante la vida del mismo, cuando se trate de enajenación o inversiones, en su lugar entrarán otros por el juego de la subrogación real.
- 4) La separación del patrimonio autónomo, respecto del patrimonio general del titular o titulares, permite mantener relaciones patrimoniales entre las diversas masas, semejantes a relaciones obligatorias (reintegros y reembolsos, anticipos que funcionan como préstamos) y aún de derecho real (frutos o rentas).
- 5) La titularidad de la administración y disposición del patrimonio autónomo, así como la responsabilidad a la que se hayan sujetos sus bienes, y la calificación de los mismos, en ocasiones (como sucede con los bienes gananciales) es también objeto de estricta regulación legal.
- 6) La separación de patrimonios no es absoluta en la relación externa de los mismos (salvo en el caso del patrimonio familiar inembargable); así por la aceptación de la herencia el heredero responde con sus propios bienes de las deudas hereditarias y lo mismo pasa en la sociedad de gananciales, constante la sociedad y para el caso de liquidación.

²³ CORNÚ, pág. 26.

²⁴ DE LOS MOZOS, José Luis. *Patrimonio*. en SEIX, Francisco. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona, 1989. pág. 179.

Insertado en este marco de referencia tenemos pues que el patrimonio familiar se nos presenta como un híbrido, en el tanto que recogiendo la doctrina tradicional sobre los bienes la acopla a la separación de una parte del patrimonio, conforme a la teoría germánica, con el ánimo de considerar separadamente este patrimonio, que deja de constituir garantía común de los acreedores, con la salvedad de que opera para el futuro, luego de garantizada su publicidad registral.

*“Están fuera del comercio las cosas que no pueden ser objeto de disposición jurídica...Al lado de esta in comerciabilidad general se puede admitir una in comerciabilidad especial, absoluta o relativa, total o parcial de bienes determinados o de categorías determinadas de bienes cuando la prohibición, legal o convencional, de disponer de ellos determine legalmente la invalidez del acto dispositivo contrario a la prohibición”*²⁵

III.- ANTECEDENTES.

A diferencia de la mayoría de los institutos jurídicos de derecho privado, el “bien de familia” no se origina en el Derecho Romano. Surgió recientemente, en la efímera República de Texas, que en su Constitución de 1836 estableció que

todo ciudadano “con excepción de los negros africanos y sus descendientes” podía obtener del Gobierno una porción de tierra para establecerse en ella, trabajar y producir.

El 26 de enero de 1839 fue promulgada la Ley del “Homestead” que declaró exentas de ejecución judicial por deudas a las tierras de hasta 50 acres, o terrenos urbanos. Todo esto con el objetivo de estimular el poblamiento del territorio y el asentamiento de los hombres en esta tierra, incentivando a los ciudadanos a establecerse con un mínimo de garantías y seguridad en un estado despoblado, pobre e inhóspito²⁶. Después, fue elevado a la legislación federal mediante ley promulgada el 26 de mayo de 1862²⁷.

El ejemplo se difundió y pronto casi todos los estados de la Unión estadounidense lo integraron en su legislación.

De América pasó a Europa, siendo que Francia la instituyó por Ley de 12 de julio de 1909 a la que se han aplicado sucesivas modificaciones bajo la denominación de “*bien de famille*”, expresión con la que se conoce el instituto en Brasil, Uruguay y Argentina entre otras naciones.

25 SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964. pág. 52. Cit. por PÉREZ VARGAS, Víctor. *Objetos, cosas y bienes en sentido jurídico*. pág. 104.

26 Así lo consigna VELOSO, Zeno. *Bem de Família*. In Revista de Informação Legislativa. N°107, Brasília, Senado Federal, 1990. pág. 203.

27 FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*. México, UTEHA, 1947. pág.507.

El Código Civil Italiano²⁸ regula el patrimonio de familia como uno de los regímenes económicos matrimoniales que pueden adoptarse, mientras que el Código Civil Suizo reguló las fundaciones de familia²⁹ y, además las indivisiones entre parientes³⁰ y una institución original que recibió el nombre de "Asilos de Familia"³¹.

28 Establece el Código Civil Italiano de 16 marzo 1942, n. 262 en el libro primero, título VI, capítulo VI, sección II "Del fondo patrimoniale" Art. 167 Costituzione del fondo patrimoniale Ciascuno o ambedue i coniugi, per atto pubblico, o un terzo, anche per testamento, possono costituire un fondo patrimoniale, destinando determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri, o titoli di credito, a far fronte ai bisogni della famiglia. La costituzione del fondo patrimoniale per atto tra vivi, effettuata dal terzo, si perfeziona con l'accettazione dei coniugi. L'accettazione può essere fatta con atto pubblico posteriore. La costituzione può essere fatta anche durante il matrimonio. I titoli di credito devono essere vincolati rendendoli nominativi con annotazione del vincolo o in altro modo idoneo.

Art. 168 Impiego ed amministrazione del fondo. La proprietà dei beni costituenti il fondo patrimoniale spetta ad entrambi i coniugi, salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione. I frutti (820) dei beni costituenti il fondo patrimoniale sono impiegati per i bisogni della famiglia. L'amministrazione dei beni costituenti il fondo patrimoniale è regolata dalle norme relative all'amministrazione della comunione legale.

Art. 169 Alienazione dei beni del fondo. Se non è stato espressamente consentito nell'atto di costituzione, non si possono alienare, ipotecare, dare in pegno o comunque vincolare beni del fondo patrimoniale se non con il consenso di entrambi i coniugi e, se vi sono figli minori, con l'autorizzazione concessa dal giudice, con provvedimento emesso in camera di consiglio, nei soli casi di necessità o di utilità evidente.

Art. 170 Esecuzione sui beni e sui frutti L'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia.

Art. 171 Cessazione del fondo. La destinazione del fondo termina a seguito dell'annullamento o dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio. Se vi sono figli minori il fondo dura fino al compimento della maggiore età dell'ultimo figlio. In tale caso il giudice può dettare, su istanza di chi vi abbia interesse, norme per l'amministrazione del fondo. Considerate le condizioni economiche dei genitori e dei figli ed ogni altra circostanza, il giudice può altresì attribuire ai figli, in godimento o in proprietà, una quota dei beni del fondo. Se non vi sono figli, si applicano le disposizioni sullo scioglimento della comunione legale. Los artículos 172 a 176 fueron derogados.

29 "Las fundaciones de familia son, según Rossel y Mentha, personas morales que, bajo reserva de las leyes de Derecho público, no sufren como las fundaciones ordinarias, el control de la autoridad de vigilancia. Según el artículo 335 del expresado Código Suizo, las fundaciones de familia pueden ser creadas conforme a las reglas del derecho de las personas o del derecho de las sucesiones. Serán destinadas al pago de gastos de educación, de establecimiento o de asistencia de miembros de la familia del constituyente, o a fines análogos." Cfr. FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*. México, UTEHA, 1947. pág.510.

30 Básicamente las indivisiones entre parientes se regulaban en el Código Civil Suizo de la siguiente forma: Según el artículo 336 los parientes pueden convenir la indivisión sobre todo o sobre una parte de la herencia, o agregando a la misma otros bienes, No exige un lazo hereditario o de sucesión entre parientes, ni grado de parentesco. Prescribe el artículo 337 que la indivisión sólo puede ser constituida por acta auténtica, firmada por todos los interesados o sus representantes. Suprimió la condición de la inscripción en el Registro de comercio, excepto para oponer ante terceros la exclusión de los otros copropietarios por parte del Jefe de la indivisión. (art. 341) La indivisión entre parientes puede ser convenida a término o por tiempo indeterminado. En este último caso puede ser denunciada por cualquiera de los copropietarios mediante aviso dado con seis meses de anticipación. Si se trata de una explotación agrícola el aviso solo será admisible en los términos usuales y en las estaciones de primavera y otoño. (art. 338) Los miembros de la indivisión deberán explotarla en común, sus derechos se presumen iguales, pero esta presunción admite prueba en contrario. (art. 339) Los copropietarios no pueden, mientras dure la indivisión reclamar su parte ni disponer de ella.

31 En cuanto a los Asilos de Familia, con caracteres típicos del patrimonio familiar oriundo de América, el artículo 349 dispone que los cantones pueden permitir la fundación de Asilos de Familia y regular su organización. El artículo 350 del Código Civil Suizo estatuye que los bienes inmuebles destinados a explotación agrícola o industrial pueden ser constituidos en Asilos de Familia. bajo las siguientes condiciones. El inmueble no será más extenso de lo que exijan el sostenimiento o la habitación de una familia. Las cargas que lo graven y los otros bienes del propietario no se tomarán en cuenta. El mismo propietario o su familia deben explotar el inmueble o la industria a que el mismo es destinado o habitar la casa, salvo las excepciones que la autoridad competente pueda permitir temporalmente y por motivos justificados" Vid. FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*. México, UTEHA, 1947. pág.512

En el caso de Argentina lo introdujeron desde el año 1954,³² mientras que en Brasil fue propuesto desde 1893 siendo finalmente acogido en el Código Civil de 1916³³.

Por su parte, en México, la Ley de Relaciones Familiares de 1917 determinó en su artículo 284 que:

“La casa en que esté establecida la morada conyugal y los bienes que le pertenezcan, sean propios de uno de los cónyuges o de ambos, no podrán ser enajenados si no es con el consentimiento expreso de los dos, y nunca podrán ser hipotecados o de otra manera gravados ni embargados por los acreedores del marido o de la mujer, o de ambos, siempre que dichos objetos no tengan en justo un valor mayor de diez mil pesos”³⁴.

En España el patrimonio de familia se encuentra mencionado en el Fuero Viejo de Castilla y en el derecho foral actual de Aragón con el

nombre de “Casa”. Se destaca la legislación colombiana sobre patrimonio familiar como una de las más completas en la primera mitad del siglo XX. Se halla contenida en la ley 70 de 28 de mayo de 1931 y regula la materia no solo en cuanto al derecho sustantivo sino también en el procesal.

En Uruguay, fue establecido el patrimonio de familia bajo el nombre de Bien de Familia, por la ley de 5 de mayo de 1938³⁵.

Se puede concebir el Bien de Familia como el inmueble urbano o rural destinado por el Jefe de Familia solvente para el domicilio de ésta, no pudiendo el predio tener otro destino, ni ser ejecutado por deudas, volviéndose inalienable, salvo consentimiento de los interesados y sus representantes legales.

Con un criterio más amplio, Borda entiende que “El bien de familia puede consistir en la casa donde habita la familia o en el inmueble

32 Por medio de la Ley 14.394 (arts. 34 a 50) y reglamentada el 10 de marzo de 1960. Cit. por BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho de Familia*. 10ª ed. Argentina, Editorial Perrot, 1988. pág. 162.

33 Donde fue regulado en los artículos 70 a 73. En el nuevo Código Civil de 2002 se tuteló de manera mucho más amplia en los artículos 1711 hasta el 1722, además de que la materia se mantuvo sometida a leyes especiales. Velloso (1991) cita el Decreto-ley N° 3.200 de 19 de abril de 1941, la Ley N° 6.015 de 31 de diciembre de 1973, Ley de los Registros Públicos y la ley N° 8.009 de 29 de marzo de 1990. Ley que establece la indisponibilidad del bien de familia. Véase también al respecto la nota 25 de este artículo.

34 Este precepto junto con el inciso XXVIII del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 son el fundamento de la regulación del patrimonio familiar en ese país. En particular, estipula el texto constitucional: “Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios”. Cfr. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *CONSTITUCIÓN POLÍTICA*. 110ed. México, Editorial Porrúa, 1995. Véase también BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. *Derecho de Familia y Sucesiones*. México, UNAM, 1994. pág. 113.

35 Esta legislación tenía entre sus peculiaridades el incluir a) la maquinaria, utensilios del artesano o trabajador del campo, necesarios para su labor individual y la de su familia, empleados exclusivamente dentro de la propiedad objeto del patrimonio. b) Los animales de labor indispensables para la explotación o cultivo habitual del mismo. c) Cuatro vacas lecheras y d) Los artículos de alimento y combustible que están en poder del artesano o trabajador y sean necesarios para el consumo de éste o de su familia durante seis meses. Cfr. FERNANDEZ CLÉRIGO, Luis. Op. Cit. Pág. 518.

que sirva con su producido al sostenimiento de ella. Es decir, que se protege la vivienda o el sustento del núcleo familiar”.³⁶

Para el Dr. Alvaro Villaça Azevedo “El bien de familia es un medio de garantizar un asilo a la familia, convirtiendo el inmueble donde la misma se instala en un domicilio no gravable ni alienable, en cuanto estén vivos los cónyuges y hasta que los hijos completen la mayoría.” Esta, podemos concluir, es también la orientación imperante en nuestro país.³⁷ Con posterioridad, este mismo autor se ha orientado hacia una posición más intervencionista por parte del Estado, sobre la que adelante haremos referencia.

IV. REGULACIÓN LEGAL.

Muy tardiamente fue introducido en nuestro derecho positivo este instituto protector que es el patrimonio familiar o bien de familia si consideramos su fecha de adopción en otras naciones. Sobre su adopción relata el Dr. Carlos José Gutiérrez con cierta alegría que:

“En materia de bienes comunes del matrimonio se ha ido más allá de la reforma hecha a los artículos 76 y 77 del Código Civil por Ley N° 4277 de 16 de diciembre de 1968. Ésta, a imitación del Código Civil Francés, demanda el mutuo consentimiento para la disposición o gravamen del inmueble que sirva de

36 Cfr. BORDA, Guillermo. Ibidem. En sentido contrario, el art. 72 del C.C. Brasileño de 1916 dejaba bien claro y expreso que el inmueble bien de familia se destina al domicilio de la familia, al hogar, a residencia, no siendo factible que el terreno tenga otro destino. Vid. VELOSO, Zeno. *Bem de Família*. In Revista de Informacao Legislativa. N°107, Brasilia, Senado Federal, 1990. pág. 207. En forma similar se ha manifestado nuestra jurisprudencia Véase el Voto N° 654-04 TRIBUNAL DE FAMILIA de San José, de las nueve horas cincuenta minutos del veintidós de abril del dos mil cuatro, que entre sus considerandos expresa:

“IV.- Los artículos 43 y 47 inciso d del Código de Familia, enfatizan el requerimiento de que el inmueble cumpla con su destino y que los beneficiarios habiten el mismo. Así el artículo 43 en lo conducente dispone:

“...La afectación la hará el propietario a favor del cónyuge o conviviente, si se tratare de unión de hecho, o de los hijos menores o ascendientes que habiten el inmueble...”

El artículo 47 inciso d establece lo siguiente:

“La afectación cesará: ...

d) Cuando de hecho el bien dejare de servir para habitación familiar o pequeña explotación, previa comprobación ante el Tribunal mediante trámite sumario...”

VI.- ...Se ha probado sobradamente con la prueba confesional y testimonial que el inmueble sometido al régimen de habitación familiar no es ni ha sido la vivienda de la beneficiaria, señora N.O.Q., y por ende, no ha cumplido con su destino, por lo que se configura de conformidad con el numeral 47 inciso d, aquella razón jurídica basada en hechos verdaderos que ampara la pretensión de la actora (la desafectación del inmueble)”. (el destaque es nuestro)

37 Una orientación distinta se encuentra en legislaciones como la Española donde el concepto orientado a asegurar el sustento mediante la explotación de un fundo rural, donde la prioridad es la producción que garantizará el sustento familiar. La cita corresponde a un pasaje de la tesis doctoral de Villaça Azevedo presentada en la Universidad de Sao Paulo en 1972, publicada en forma de libro. Recientemente este autor ha publicado la obra *“Bem de Família: Com comentários à Lei 8.009/90”*. que ya cuenta con cinco ediciones. (Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 2002) en la que aboga por el establecimiento de un Bien de Familia legalmente estatuido de manera universal y obligatoria como instrumento de protección familiar.

38 En el artículo en cuestión, aclaraba el Dr. Gutiérrez por medio de nota al pie de página que: “Al momento de entregar este artículo, la Asamblea Legislativa aprobaba la vuelta al régimen individualista en materia de bienes conyugales”. Cfr. 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, págs. 30-31.

habitación familiar o los muebles de éste. En un reconocimiento de la importancia del acuerdo entre los cónyuges en materia de bienes, en el artículo 39, párrafo segundo, se dispone:

“Aquellos bienes que a la disolución del matrimonio deban considerarse comunes, no podrán ser arrendados por más de cinco años, enajenados ni gravados sin el consentimiento del otro cónyuge; y si fueren perseguidos por acreedores personales, sólo podrán ser subastados o adjudicados en la mitad, considerándose desde ese momento que la otra mitad pertenece al cónyuge no accionado”³⁸

Esta normativa se desechó posteriormente por el Plenario Legislativo. Sin embargo, al final la materia que nos ocupa fue introducida en el Código de Familia por medio de una reforma que incluyó el capítulo denominado “Régimen patrimonial de la Familia”, formado por seis artículos. Se trató de una iniciativa del entonces presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos el Lic. Jorge Solano Chacón, en virtud de que la comisión redactora del proyecto no tuvo tiempo de estudiar ningún capítulo relativo a esta figura dada la complejidad del tema³⁹.

Posteriormente, con la Ley N° 7142, “Ley de promoción de la igualdad social de la mujer” se introdujeron las reformas que marcaron el perfil actual del instituto en el derecho costarricense. Reseñando los aspectos más relevantes de este “iter” de gestación legal, contamos con la síntesis realizada por la Sala II de Casación en los siguientes términos:⁴⁰ Inicialmente, los artículos 42, 43 y 47, inciso c), del Código de Familia establecían:

“ARTÍCULO 42. (Afectación del inmueble familiar; privilegios) El inmueble destinado a habitación familiar, cuando así conste en el Registro Público, no podrá ser enajenado ni gravado, sino con el consentimiento de ambos cónyuges.

Tampoco podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo en cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges, o por el propietario con anterioridad a la inscripción a que se refiere el artículo siguiente”.

“ARTÍCULO 43. (Forma de hacer la afectación; inscripción; efectos; exención fiscal). La afectación del inmueble, así como su cesación deberán hacerse en escritura pública,

39 Así según VARGAS FERNÁNDEZ, Eladio. *Comentarios al Código de Familia*. In Revista de Ciencias Jurídicas, N° 25, San José, Universidad de Costa Rica, 1974. pág. 114. En el mismo sentido se cita en TREJOS SALAS, Gerardo. *Derecho de Familia Costarricense*. Tomo I, San José, Editorial Juricentro, 1995. pág. 210-211, quien agrega: “El mal ambiente con que se rodeó a esta ley llevó a su derogatoria finalmente con la Ley N° 4674 de 27 de noviembre de 1970, que volvió a dejar vigentes los artículos 76 y 77 del Código Civil.” Incluso destaca el mismo Lic. Solano que: “De varios ensayos hubo de adoptarse un corto articulado presentado por mí a la Comisión de Asuntos Jurídicos”. Vid SOLANO CHACÓN, Jorge. *El Patrimonio Familiar*. In Revista Judicial. Año VI, N°22, 1982. pág. 33.

40 La síntesis que hacemos de este proceso de reforma legislativa se encuentra, in extenso; en la resolución 00169-98 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de las quince horas treinta minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y ocho, particularmente en el considerando III.

e inscribirse en el Registro correspondiente, y surtirán efectos desde la fecha de su inscripción. La afectación y su cesación no están sujetas al pago de impuestos ni de derechos de registro. La escritura respectiva deberá ser otorgada por ambos cónyuges, sin que sea necesario que el Notario de fe del matrimonio."

"ARTÍCULO 47. (Cesación de la afectación). La afectación cesará:c) Por separación judicialmente decretada o por divorcio. Igualmente, cesará la afectación cuando de hecho el bien dejaré de servir para habitación familiar o pequeña explotación, previa comprobación ante el Tribunal mediante trámite sumario.

En los casos de los párrafos b) y c) podrá disponerse la continuación por el cónyuge sobreviviente, o por convenio de ambos, mientras haya hijos menores."

Posteriormente, esas normas fueron modificadas, como ya indicamos, con la promulgación de la Ley N° 7142, del 2 de marzo de 1990, conocida como "Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer". Originalmente, la reforma a esas disposiciones no formaban parte del proyecto de la ley 7142, sino que fueron introducidas en el mismo gracias a un informe elaborado por las Licenciadas Elena Fallas Vega y Marina Ramírez Altamirano –quienes entonces fungían como Asesoras Parlamentarias de la

Asamblea Legislativa, y donde aún prestan sus valiosos servicios-. El informe que, finalmente fue incorporado en su totalidad para introducir las modificaciones legislativas que nos interesan, recomendaba la variación de los artículos 42, 43 y 47 del Código de Familia, con la finalidad de que los mismos guardaran relación con el artículo 7 de la Ley 7142, el cual, originalmente, establecía:

"ARTÍCULO 7: La propiedad inmueble otorgada mediante programas de desarrollo social, deberá constituirse en patrimonio familiar. En caso de matrimonio se inscribirá a nombre de ambos cónyuges y de la mujer en cualquier otro caso.

En todo caso, la propiedad otorgada deberá constituirse en patrimonio familiar, conforme a las disposiciones de los artículos 42 y siguientes del Código de Familia.

El Registro Público de la propiedad no inscribirá las escrituras a las que se refiere este artículo si no constare que la adjudicación cumple con lo enunciado en el párrafo anterior"⁴¹.

Ahora bien, dentro de las recomendaciones efectuadas por las indicadas Asesoras Parlamentarias se estableció lo siguiente:

"...La posibilidad de que se constituya patrimonio familiar conforme a las reglas del Código de Familia, solo (sic) existe si hay

41 Este artículo fue declarado inconstitucional por la Sala Constitucional, mediante Voto número 346, de las 15:42 horas del 18 de enero de 1994, únicamente en lo referente a la frase: "a nombre de la mujer".

matrimonio, pues el Código no contempla una posible afectación por parte de persona sola. Entonces para que el artículo 7 sea eficaz habrá que establecer expresamente la admisibilidad de la constitución del patrimonio familiar por parte de una persona no ligada en matrimonio, lo cual admiten otras legislaciones y es una medida recomendable, pues permite al padre o a la madre soltera constituir el gravamen a favor de sus hijos, y a cualquier propietario a favor de otros parientes que dependan de él aunque no formen un núcleo familiar propiamente dicho (cónyuge o hijos), como pueden ser los ascendientes.

Esto puede hacerse en el mencionado artículo 7, pero quedaría como norma especial para esos casos concretos. O puede hacerse modificando el artículo 43 del Código de Familia, que es de aplicación general. Sugerimos esta última vía, con el siguiente texto para el artículo 43: **ARTÍCULO 43.** La afectación la hará el propietario a favor del cónyuge o conviviente, si se tratare de unión de hecho, o de los hijos menores o ascendientes que habiten en inmueble.

Tanto la afectación como su cesación deberán hacerse en escritura pública, e inscribirse en el Registro correspondiente, y surtirán efectos desde la fecha de su inscripción. La afectación y su cesación no estarán sujetas al pago de impuestos o de derechos de registro".

Esta modificación daría sustento a la que se propone para el artículo 42, al que sugerimos el texto siguiente: **ARTÍCULO 42.-** Afectación del inmueble familiar, privilegios. El inmueble destinado a habitación familiar, cuando así conste en el Registro Público, no podrá ser enajenado ni gravado, sino con el consentimiento de ambos cónyuges, si el

propietario estuviese ligado en matrimonio, o por disposición judicial, a solicitud del propietario, previa demostración, en este caso de la utilidad y necesidad del acto.

Tampoco podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo en cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges, o por el propietario con anterioridad a la inscripción a que se refiere el artículo siguiente".

En esta norma se deja la posibilidad de que el bien pueda venderse o gravarse si hay acuerdo de ambos cónyuges (lo que implica ya un control sobre los actos del cónyuge propietario de parte del otro); o bien por disposición judicial cuando el propietario no es casado (puede ser solo, padre o madre soltera, o conviviente en unión libre), lo cual asegura que no es su sola voluntad la que fundamentaría el negocio, sino que deberá probar ante el juez que es útil o necesario para el interés de los beneficiarios.

Las anteriores reformas (introducidas para ampliar el radio de protección del patrimonio familiar) hacen necesaria la modificación del artículo 47 que se refiere a los casos de desafectación del bien, para que exista la debida congruencia entre las normas. Sugerimos el siguiente texto: **"ARTÍCULO 47.**

La afectación cesará:

- a) Por mutuo acuerdo de los cónyuges o convivientes en unión de hecho.
- b) Por muerte o mayoría de o los beneficiarios.
- c) Por separación judicialmente declarada o por divorcio.

En este caso podrá disponerse la continuación mientras haya beneficiarios con derecho.

- ch) *Por disposición judicial, a solicitud del propietario, una vez comprobada la utilidad o necesidad de la desafectación.*
- d) *Cuando de hecho el bien dejaré de servir para habitación familiar o pequeña explotación, previa comprobación ante el Tribunal mediante trámite sumario".*

Con estas modificaciones las disposiciones del Código de Familia resultarán aplicables a los casos particulares que contempla el artículo 7 de este proyecto, a la vez que serían utilizables para el resto de las personas, con una mayor protección para el círculo familiar que la que hoy existe en este régimen jurídico."

La totalidad de esas recomendaciones fueron acogidas por los señores diputados en el texto de la ley. De la lectura de esas disposiciones se desprende que el legislador introdujo importantes modificaciones en materia de afectación a patrimonio familiar, entre las cuales, tenemos las siguientes: a) el numeral 42 permite al propietario de un inmueble - aunque no este unido por vínculo matrimonial-, afectar el mismo a patrimonio familiar, con la condición de que toda enajenación o gravamen que se haga en este supuesto, debe ser autorizada por un juez, previa demostración de la utilidad y necesidad de la gestión para el interés de los beneficiarios; b) debido a esta última posibilidad que otorga el artículo 42, se hizo necesario reformar el numeral 43, con la intención de ampliar, más que la de limitar los derechos del núcleo familiar, tal y como podría presumirse de la necesidad de indicar expresamente quienes son los beneficiarios de la afectación-. De esta forma, la orientación que motivó al legislador a introducir esa reforma, es que el propietario que no haya contraído nupcias pueda afectar el inmueble a favor de su conviviente de hecho, o de sus hijos

menores o de sus ascendientes que habiten el mismo, al igual que como lo puede hacer el propietario casado a favor de su cónyuge o de estos dos últimos y c) por último, de acuerdo con el artículo 47 la afectación se extingue con la muerte con la mayoría de edad de los beneficiarios y quizás lo más relevante sea su posible su continuación -ante la separación judicial o el divorcio de los cónyuges-, mientras haya beneficiarios con derecho.

Para que un inmueble pueda constituirse en bien de familia es preciso que, por medio de escritura pública ante notario se solicite al Registro Público de la Propiedad que se anote esta restricción. Solamente después de esa inscripción es que surte los efectos legales ante terceros.

La ley se refiere, en primer lugar, a la familia basada en el matrimonio. Pero nuestro legislador no podía negar la realidad social y fingir que no existen las familias uniparentales o las fundadas en relaciones concubinarias o de Hecho. En este campo nuestro ordenamiento ha avanzado significativamente a partir de la ley N° 7142 del 8 de marzo de 1990 que permite el reconocimiento a las parejas en unión de hecho de derecho a constituir el patrimonio familiar.

Como fenómeno natural, la familia prescinde del casamiento. Configurado un vínculo prolongado y notorio entre una pareja fuera del mismo, y particularmente si existen hijos de esta unión, ¿Cómo negar la existencia de una familia?. Por mandato legal, quienes se encuentran en ésta situación también pueden establecer la afectación al patrimonio familiar desde que la solicitud sea planteada por el propietario a la autoridad judicial competente, -en principio un Juzgado de Familia- y que

demuestre la utilidad y la necesidad del acto. Para ello se debe proceder a probar la existencia de una familia de hecho. Este debe ser el entendimiento de la parte final del primer párrafo del artículo 42 del Código de Familia.

V.- NATURALEZA JURIDICA.

Se trata de un instituto de carácter eminentemente proteccionista, cuyos rasgos más relevantes son la inembargabilidad y la indisponibilidad que recaen sobre un patrimonio que se destina a servir de residencia en beneficio de la familia.

El bien deja de ser susceptible de embargo o ejecución por deudas posteriores a su inscripción, ni siquiera en caso de concurso o quiebra. Tampoco es posible constituir sobre él garantías u otro tipo de transacciones excepto en los casos expresamente autorizados por la ley.

Así, se afecta la propiedad que, en su ejercicio pasa a sufrir limitaciones que ordinariamente no existen. El bien no puede ser vendido ni gravado por su propietario sin autorización judicial e igualmente afecta la garantía sobre obligaciones del titular, pues no puede ser embargado o subastado con excepción de obligaciones hipotecarias previas, de obligaciones posteriores asumidas por ambos cónyuges o de obligaciones cuyo embargo haya sido decretado con anterioridad a la inscripción registral de la afectación familiar.

Incluso el uso del inmueble resulta afectado pues este no se puede alquilar sin autorización judicial, so pena de incurrir en causal de cancelación del régimen de protección que nos ocupa.

Los miembros de la familia mantienen la propiedad en la persona del titular del bien afectado. Así lo han entendido nuestros tribunales para quienes:

“el gravamen de patrimonio familiar no es asimilable al usufructo, como al parecer lo ha entendido el A-quo y la tercerista, en cuyo caso el usufructuario si está legitimado para tomar para sí los frutos del inmueble.- En patrimonio familiar el titular del inmueble sigue siendo su dueño, pero en virtud de la afectación ese inmueble no puede venderlo o enajenarlo. Al dejar de habitar el inmueble la familia del propietario, hay causal para la cancelación de la afectación, pero el interesado, en este caso el acreedor, debe ir a la vía sumaria ante el respectivo Juez de Familia a pedir se disponga la desafectación.”⁴².

La ley establece, en principio, la indisponibilidad del bien de familia. Pero no se trata de una regla absoluta. La norma legal que lo configura dentro del Código de Familia de Costa Rica, el artículo 42, tal como quedó luego de ser reformado por Ley N° 7142 del 8 de marzo de 1990, e interpretado a contrario sensu, permite que el inmueble destinado a habitación familiar

42 Véase el voto n° 1044 -L- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José de las siete horas treinta y cinco minutos del treinta y uno de agosto del año dos mil uno. (Considerando II)

y así inscrito en el Registro Público pueda ser enajenado o gravado con el consentimiento de ambos con cónyuges. Esto se puede dar en caso de que el propietario registral esté ligado en matrimonio; o puede hacerse en casos como la unión de hecho o la familia integrada por un único progenitor a través de una disposición judicial, mediando la solicitud del propietario, en cuyo caso el solicitante debe demostrar previamente la utilidad y la necesidad del acto, por lo que evidentemente será fundamental la existencia de hijos y el provecho en su favor.

Así, y siempre según la misma norma en su párrafo segundo, dicho inmueble no podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo en caso de cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges, o por el propietario con anterioridad a la inscripción registral. Aquí encontramos uno de los rasgos característicos de nuestro sistema, como lo es que la protección funciona hacia el futuro, para deudas nuevas, posteriores a la constitución de la afectación debidamente inscrita, no siendo oponible a los acreedores que reclamen deudas anteriores, pues al ser constituidas estas no existía la afectación, por lo que la misma no les perjudica. Sobre este particular, la interpretación de nuestros tribunales ha sido mayoritariamente en el sentido de que:

“desde vieja fecha y por mayoría de los integrantes de éste órgano jurisdiccional, se ha reiterado que lo que determina la vigencia de la afectación a patrimonio familiar es la inscripción de ésta en el Registro respectivo y no la fecha de suscripción ni de vencimiento del crédito al cobro. Salvo que se trate de una obligación real (hipotecaria) anterior a la afectación, en las pretensiones personales lo que interesa es la fecha del embargo en relación con la inscripción del gravamen por afectación. Es decir, independientemente de la suscripción de la obligación quirografaria, el único supuesto para que prevalezca el embargo sobre la afectación sería que la medida de aseguramiento sea anterior a la inscripción de la afectación, sin que interese la fecha del crédito. De lo dicho se desprende, en recta aplicación del párrafo segundo del artículo 43 del citado cuerpo de leyes, que se requiere de la inscripción y por ende no es suficiente la simple anotación al Diario. En lo que nos interesa reza dicha numeral: “.. Tanto la afectación como su cesación deberán hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro correspondiente, y surtirán efectos desde la fecha de su inscripción” (lo subrayado es del redactor). Se trata, sin lugar a dudas, de una excepción al principio registral recogido en el artículo 455 del Código Civil; esto es, en materia de afectación a patrimonio familiar no se perjudica a terceros con la anotación de la escritura, pues por disposición imperativa de ley se exige la inscripción.

*Los efectos precisamente se traducen en la inembargabilidad del bien inmueble sujeto a ese gravamen, y para ello, se insiste, no basta la anotación sino la inscripción.*⁴³. (Los destaques son del original)

En otras palabras, por reiterada jurisprudencia, los tribunales, particularmente el Tribunal Primero Civil ha sostenido que la afectación únicamente puede ceder ante un gravamen real anterior a la inscripción o posterior de común acuerdo de los cónyuges. Así, “los créditos quirografarios, a pesar de ser anteriores, no prevalecen sobre el gravamen que nos ocupa porque lo que interesa no es la fecha de la obligación personal sino la fecha del embargo producto del incumplimiento o mora del deudor”⁴⁴.

Es bien sabido que desde el derecho romano, luego de la famosa Lex Poetelia,⁴⁵ los bienes del deudor, su patrimonio, representan la garantía común de los acreedores.

Esta misma orientación fue recogida como principio en el Código Civil Francés de 1804, en su artículo 2093 que estipuló: “Les biens du débiteur sont le gage común de ses créanciers...”

El inmueble amparado a la protección del patrimonio familiar es una excepción a este principio. El inmueble queda exento de la ejecución por deudas y su protección prevalece frente a la pretensión del acreedor. Esta exención se refiere básicamente a las deudas posteriores a la inscripción registral de

43 Ver voto n° 189-L TRIBUNAL PRIMERO CIVIL de las 8:50 horas del 10 de febrero de 1999. En el mismo sentido dice el voto n° 1096-R TRIBUNAL PRIMERO CIVIL de las 8 horas 55 minutos del 11 de agosto de 1999. “De acuerdo con la naturaleza del patrimonio familiar, lo que determina la aplicación de esa norma no es la fecha de la obligación, sino la fecha de ingreso en el Registro; esto es, si la anotación del embargo es anterior a la inscripción del patrimonio familiar (no basta con la anotación) prevalece el embargo, pero de inscribirse primero el patrimonio el embargo no puede surtir los efectos de una desafectación.” Más recientemente se ha pronunciado este Tribunal manteniendo el mismo criterio. Vid el voto n° 446 -G- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José de las siete horas cuarenta y cinco minutos del trece de mayo del dos mil cinco que reitera que: “lo que determina la aplicación de esa norma no es la fecha de la obligación, sino la fecha de ingreso en el Registro; esto es, si la anotación del embargo es anterior a la inscripción del patrimonio familiar (no basta con la anotación) prevalece el embargo, pero de inscribirse primero el patrimonio el embargo no puede surtir los efectos de una desafectación. En similar entendimiento el voto n° 32-L- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José, de las trece horas treinta minutos del veintiséis de enero del año dos mil cinco reitera que “prevalece la fecha de inscripción del patrimonio familiar sobre el embargo, al considerar que lo que determina la aplicación de esa norma no es la fecha de la obligación, sino la fecha de ingreso al Registro, de manera tal que si la anotación del embargo es anterior a la inscripción del patrimonio familiar, prevalece el embargo, pero de inscribirse primero el patrimonio, el embargo no puede surtir los efectos de una desafectación, porque el espíritu de esa norma es asegurarle al núcleo familiar amparado a ese régimen, que el inmueble que sirve de habitación familiar no podrá ser perseguido por acreedores comunes durante el período en que extienda esa afectación.”

44 Así también lo reitera el voto n° 526 -G- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL , SECCION PRIMERA. San José, a las siete horas cuarenta minutos del diecisiete de marzo del año dos mil cuatro.

45 Que en compensación abolió la prisión por deudas así como la venta y muerte del iudicatus. Antes de la promulgación de esta Lex Poetelia Papiria, el nexum creaba un estado de sujeción personal entre acreedor y deudor. Con esta Lex se substituye la atadura de la persona del deudor por la de sus propios bienes: “pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse”. Cfr. IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona, Ariel, 1972. pags. 214 y 373.

la afectación. Las deudas anteriores no están cubiertas si se comprueba que la satisfacción de estas se torno inalcanzable como consecuencia de la afectación y que el embargo es de fecha anterior. Debe entenderse que la ley busca impedir que el bien de familia sirva como maniobra protectora del patrimonio del deudor que incumple sus obligaciones y que quiere huir a sus responsabilidades en detrimento de la justa expectativa e intereses del acreedor⁴⁶.

Algunas salvedades son: el caso de las deudas que tengan su origen en impuestos o tasas que graven directamente el inmueble y la constitución de gravámenes hipotecarios constituidos simultáneamente con la afectación a patrimonio familiar. En otros sitios también se incluyen los créditos posteriores que tengan su origen en la construcción o en mejoras introducidas en el terreno⁴⁷.

La inembargabilidad no alcanzará nunca en Costa Rica a las deudas anteriores a la constitución del bien siempre que exista embargo. El deudor que intente aprovechar la constitución del patrimonio familiar para sustraerse del pago a sus acreedores no encuentra en la ley la protección que busca.⁴⁸

Existe una corriente que entiende que también son inembargables los frutos que produzca el bien en la medida en que sean indispensables para satisfacer las necesidades del patrimonio familiar.⁴⁹ En Costa Rica, el tema de los frutos ha sido abordado en un caso⁵⁰ en que se discutió la inembargabilidad de los alquileres percibidos por un bien sujeto a la afectación patrimonial a favor de la familia, donde la mayoría del Tribunal resuelve de conformidad con el artículo 287 del Código Civil que los frutos civiles, como es el alquiler (artículo 288 *ibídem*) que produzcan las cosas pertenecen a

46 Vid. VELOSO, Zeno. *Bem de Família*. In Revista de Informação Legislativa. N°107, Brasília, Senado Federal, 1990. pág. 205.

47 Así por ejemplo se permite en Argentina según el artículo 38 de la Ley 14.394. Cfr. BORDA, Guillermo. Op. Cit. Pág. 164.

48 Durante la crisis generada por la hiperinflación en Brasil se promulgó la Ley N°8.009 se estableció la inembargabilidad, en forma general, por fuerza de ley del bien de familia, entendido como tal el inmueble residencial de la pareja o de la entidad familiar. Ello implicó consecuencias como las siguientes: el instituto existía independientemente de la voluntad del propietario. Lo cubría contra deudas civiles, comerciales, fiscales, de la seguridad social o de cualquier otra naturaleza. Incluía mejoras, equipos y, los muebles desde que libres en su adquisición. Excluía los vehículos de transporte, obras de arte y adornos suntuosos. La protección no operaba cuando el proceso fuera en razón de deudas con los trabajadores de la misma casa o por las correspondientes cuotas de la seguridad social. Por la ejecución del crédito que permitió adquirir la casa, por pensión alimenticia, para el cobro de impuestos territoriales o casas y contribuciones que incidan sobre el inmueble, por ejecución de crédito debidamente autorizado por la pareja o por la entidad familiar o si fuera adquirido como producto de crimen o para la ejecución de sentencia penal condenatoria y resarcimiento, indemnización o confisco de bienes.

49 La legislación argentina presume que son indispensables por lo menos el 50% de su monto, porción que nunca podrá ser afectada por el embargo; en cuanto al otro 50% el deudor podrá reclamar también el levantamiento del embargo, demostrando que son indispensables a la familia. Vid. BORDA, Guillermo. Op. Cit. Pág. 165.

50 Se trata del voto n° 1044 -L- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José de las siete horas treinta y cinco minutos del treinta y uno de agosto del año dos mil uno ya citado, en el que se plantea el embargo de los alquileres sobre un bien afectado a patrimonio familiar y alquilado por la esposa del propietario registral que es el deudor. La esposa plantea una tercería indicando que ella y sus hijos necesitan de ese alquiler para vivir y que se encuentran cubiertos por la afectación.

su propietario y que el alquiler no es un derecho accesorio del principal –propiedad – sino un fruto de su explotación. De ahí que consideran erróneo que en virtud de la afectación del inmueble a patrimonio familiar, el alquiler no pertenezca al propietario sino a los miembros de su familia. Contra esta tesis se planteo un voto salvado del Juez Parajeles para quien:

“La solución justa al conflicto radica en la accesoriedad de la renta respecto al bien que los ocasiona, no a su naturaleza jurídica en forma aislada. A tenor del artículo 42 del Código de Familia, los inmuebles sujetos a patrimonio familiar debidamente inscrito en el Registro, son inembargables. Se trata de una inembargabilidad legal; esto es, por imperativo de norma jurídica.(...) Ahora bien, esa publicidad registral se extiende, a mi criterio, a las rentas en el caso de que se haya alquilado la casa de habitación. Con esta afirmación no se pretende cuestionar la finalidad misma de la afectación a patrimonio familiar, pues el espíritu del legislador se dirige a proteger al núcleo familiar que habita una casa de habitación afectada. Arrendar el inmueble gravado a patrimonio, de pleno derecho, no significa una conducta inapropiada para perjudicar a los acreedores. Las razones que se hayan tomado para alquiler son extrañas a un proceso especial como las tercerías. La posición asumida tampoco causa perjuicio al embargante, quien goza del trámite previsto en el artículo 47 del Código de Familia en caso de considerar que existe causal de desafectación.

incluso, de ser así lo conveniente es discutir el embargo de toda la propiedad y no únicamente de los frutos producto del alquiler. En definitiva, apegado al principio de publicidad registral, la inembargabilidad del inmueble sujeto a patrimonio familiar conlleva la de sus alquileres. Hasta tanto no se modifique esa situación en el Registro Nacional, es legalmente imposible perseguir las rentas.”⁵¹

Me parece claro que la solución más coherente con el instituto en estudio es la sostenida en el voto salvado. Como bien destacara la Licda, Marina Ramírez en su estudio pionero en nuestro medio, “un estudio de los artículos 42, 44 y 47 del Código de Familia permite afirmar que la afectación se hace en beneficio de los cónyuges y sus hijos menores”. ¿Cuál, si no fuere éste es el propósito del régimen excepcional que constituye el patrimonio familiar? La solución ha sido clara en el derecho comparado. Por ejemplo en Francia tanto el bien de familia como sus frutos son en principio inembargables⁵², mientras que en Italia “tiene como efecto la inalienabilidad de los bienes y los frutos en ventaja o a favor de la familia”. Es verdad que cada legislación resuelve a su manera los problemas derivados de la aplicación de un instituto jurídico. Pero no es menos cierto que los ideales comunes que inspiran la creación de este régimen excepcional concatenan ciertos valores y fundamentan respuestas comunes a problemas de idéntica naturaleza.

51 *Ibíd*em, nota anterior.

52 Si bien existen excepciones pues el bien en sí mismo es embargable por créditos anteriores que hubieren sido conservados según un procedimiento excepcional a la hora de la afectación; los frutos están sujetos al pago de las deudas derivadas de la responsabilidad penal, de impuestos relativos al bien, primas y deudas alimentarias. Cfr. LUNA SERRANO, Agustín. *El patrimonio familiar*. Cuadernos de Instituto Jurídico Español, Madrid, 1962. Cit. por RAMÍREZ ALTAMIRANO, Marina. *El patrimonio familiar*. In Revista Judicial. Año VI, N°15, San José, Poder Judicial, 1980, pág. 77.

VI. PRESUPUESTOS PARA SU CONSTITUCIÓN.

En primer lugar en cuanto al sujeto, señala la ley (art. 43. C.F.) que:

“La afectación la hará el propietario a favor del cónyuge o conviviente, si se tratare de unión de hecho, o de los hijos menores o ascendientes que habiten el inmueble. Tanto la afectación como su cesación deberán hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro correspondiente, y surtirán efectos desde la fecha de su inscripción”.

No aclara la ley que el propietario deba vivir con el beneficiario, por lo que no debe distinguirse donde la ley no distingue. De manera que siendo absolutamente libre la constitución del régimen de protección para el propietario, o sea tratándose de un acto de libre disposición patrimonial, debe admitirse que pueda constituirse a favor de cualquiera de los beneficiarios que la ley establece como posibles⁵³.

La afectación y su cesación no estarán sujetas al pago de impuestos ni de derechos de registro. En cuanto al traspaso que se hiciere del bien afectado, sea *inter vivos* o *mortis causa* de conformidad con el artículo 42 en favor del cónyuge, de uno o varios hijos, estará exento del pago de los

impuestos de beneficencia, donaciones y Timbre Universitario, hasta por la suma de trescientos mil colones. (art. 44. C.F.). Esta norma resulta en la actualidad inaplicable al haberse derogado estos impuestos mediante la ley N° 5923, Ley de Timbre de Educación y Cultura de 5 de agosto de 1976. Además, la institución pública encargada de la publicidad registral, el Registro Público de la Propiedad, tiene prohibición expresa de inscribir cualquier escritura desatendiendo las estipulaciones del capítulo VI.- “Del Régimen Patrimonial de la Familia” (art. 45. C.F.)

Sin embargo, debe aclararse que estos beneficios no son extendibles a cualquier inmueble, pues por disposición legal:

“Los beneficios y privilegios de los cuatro anteriores artículos se otorgarían al inmueble urbano con una cabida no mayor de mil metros cuadrados, o al rural cuya extensión no exceda de diez mil metros cuadrados. Asimismo, a la parcela rural destinada a la subsistencia de la familia, en el tanto que no exceda esta última extensión.” (art. 46. CF)

En los casos en que el inmueble se encuentre en la condición de lo que se conocen en nuestro medio como “derechos indivisos” debe procederse de previo a la localización de ellos, de acuerdo con la ley.⁵⁴

53 No compartimos la tesis expresada por TREJOS (op. cit. supra) de que: “el propósito inicial del legislador cuando acogió la figura que comentamos fue amparar el círculo familiar compuesto por el propietario, su cónyuge y sus hijos menores. Al ampliarse el número de posibles beneficiarios no puede la norma interpretarse en detrimento de quienes fueron inicialmente objeto de protección”. (pág. 214) Debe recordarse que la nueva redacción de la ley se desliga “del concepto de la familia nuclear, la filosofía de la institución es otra” como dice el mismo TREJOS SALAS en un pasaje anterior. (pág. 213) Si la constitución es voluntaria, no se exige la convivencia, solo puede constituirse por voluntad del titular y la ley establece un elenco ampliado de posibles beneficiarios, no se trata de interpretar la ley sino de modificarla por puro voluntarismo el pretender limitar la facultad del propietario de constituir la afectación como él mejor entienda. Nos encontramos frente a una situación similar a la capacidad de testar, por lo que si prefiere hacerlo a favor de sus ascendientes o de un hijo extramatrimonial, aun estando casado esto es legalmente posible y así debe reconocerse.

54 Así, el copropietario no podrá someter su derecho al régimen de afectación si de previo no ha localizado su derecho. En Costa Rica la materia se regula por medio de la Ley N°2755 de 9 de junio de 1961, reformada por la Ley N° 2779 de 12 de julio de 1961, Ley de Inscripción de Derechos Indivisos.

En otros países se utiliza otro criterio restrictivo como lo es la estimación del valor del inmueble, pero este no es el caso en nuestro medio.

VII. LA DESAFECTACIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR Y ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE POSIBLES MODIFICACIONES A SU PERFIL.

No se puede admitir que el bien de familia se constituya sobre un terreno baldío, sobre tierra desnuda en la expresión de VELOSO. Debe existir una construcción, en rigor una casa, un apartamento, el elemento material de una residencia, el hogar de la familia. Nada impide que el terreno esté situado en la zona rural. Incluso en algunos países, como ya señalamos, pueden quedar incluidos el mobiliario y los utensilios de uso doméstico, ganado e instrumentos de trabajo, desde que mencionados detalladamente en la escritura respectiva.⁵⁵

Puede suceder que los cónyuges que constituyeron el bien de familia o sus herederos tengan interés en enajenarlo o dividirlo. Para ello se requiere la desafectación del bien del régimen especial de protección en que consiste el instituto. El bien de familia está exento del impuesto al traspaso de bienes inmuebles por causa de muerte cuando se opere a favor de los beneficiarios del bien y siempre que los herederos no decidan desafectarlo dentro de los cinco años posteriores al fallecimiento del causante.

La ley establece las hipótesis en las que se puede sustraer el bien de la indisponibilidad y de la inembargabilidad y dispone que la autoridad judicial procederá a ordenar la cancelación de su inscripción en el Registro de la Propiedad. De este modo, como indicara el Dr. Víctor PÉREZ,⁵⁶ la desafectación en el derecho patrio contempla básicamente tres situaciones:

Primero, la “cesación voluntaria” por mutuo acuerdo de los cónyuges o de los convivientes en unión de hecho.

Segundo, la “cesación necesaria” cuando falta alguno de los supuestos requeridos para la afectación y; Tercero, la “cesación legal” en los casos de separación judicialmente declarada o por divorcio.

Dicha clasificación elaborada en el año 1976 corresponde aún después de la reforma de 1990 a la correcta comprensión del contenido del artículo 47 del C.F. que establece como causas de la cesación de la afectación del bien al patrimonio familiar las siguientes:

- Por mutuo acuerdo de los cónyuges o convivientes en unión de hecho. Si bien está reconocido por la doctrina de manera casi unánime que la constitución del patrimonio familiar es una opción del titular del bien, una vez que este está debidamente inscrito, e incluso hallándose en trámite de inscripción, el respectivo

⁵⁵ Así por ejemplo, en Francia puede establecerse: « par famille peut être établi par une déclaration reçu par le notaire, une donation ou un testament faite par le père de famille p.ex. sur ses bien ou d'autres personne si, c'est un immeuble non indivis et - en principe - non hypothéqué, dont la valeur est inférieure à 7.622,45 euro. »

⁵⁶ Véase PÉREZ VARGAS, Víctor. *El nuevo derecho de familia en Costa Rica*. San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1976. pág. 39.

cónyuge o conviviente adquiere un derecho a la protección del instituto, por lo que no es posible la revocación unilateral.

Un caso particularmente interesante lo plantea el problema de si es legalmente posible el retiro de una escritura presentada por un notario ante el Registro de la Propiedad por la cual se afecta un inmueble a patrimonio familiar cuando dicha escritura aún no ha sido inscrita, sino que se encuentra solamente "anotada". El problema ha sido resuelto por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, en el sentido de que la gestión del matrimonio con el propósito de lograr el retiro sin inscribir del testimonio de escritura presentada, la cual somete a régimen de Patrimonio Familiar el inmueble es posible. En particular dijo el Tribunal:

"la ley especial aplicable al caso particular, lo es el Código de Familia, específicamente en su numeral 43 (Forma de hacer la afectación; inscripción; efectos; exención fiscal) y éste dispone en lo de exclusivo interés, que surtirán efectos desde la fecha de su inscripción. Siendo que el documento no se encuentra inscrito, sino solamente "anotado", es dable bajo el uso pleno de la autonomía de la voluntad de los propietarios del inmueble, el retiro sin inscribir del mismo. Es claro que se deben tutelar derechos, ello nadie lo duda, pero en el caso bajo examen, no puede extralimitarse una protección a simples expectativas que por definición tienen un desenlace incierto."⁵⁷

Por otro lado, podemos asumir que cuando el propietario no cuente con el "mutuo acuerdo" con su cónyuge o conviviente o cuando estos no existan, en aras de la protección de los beneficiarios de la afectación, la voluntad del titular no será suficiente, requiriéndose la intervención judicial para dirimir la cuestión.

- Por muerte o mayoría de los beneficiarios. En este inciso se contemplan dos hipótesis. En el primer caso, tenemos la desaparición física de los beneficiarios. No existiendo ya familia que proteger, fenece también el instituto. El otro caso es el de la mayoría. Evidentemente esta posibilidad está referida al evento de que sean los hijos los beneficiarios, puesto que sería absurdo plantearlo para el caso de los ascendientes o de incapaces. Otra situación particular que podría presentarse es el caso de menores no incluidos en la inscripción registral. En mi opinión, ellos estarán incluidos y cubiertos por el patrimonio familiar, aunque vengán a formar parte de la familia después de la inscripción, sea porque no existían en ese momento o porque no formaban parte de la familia aún (con podría suceder en el caso de adopciones, pues forman parte del núcleo familiar, así que prolongan el plazo de protección).
- Por separación judicialmente declarada, o por divorcio. En este caso podrá disponerse la continuación mientras haya beneficiarios con derecho. Por vía jurisprudencial nuestros tribunales tienden a prolongar la

57 Véase el Voto N° 78-2002 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA de las nueve horas cuarenta minutos del ocho de febrero del año dos mil dos.

vigencia hasta la mayoría de los hijos menores, aún y cuando se reconozca que se trata de un bien ganancial.

Por disposición judicial, a solicitud del propietario, una vez comprobada la utilidad o necesidad de la desafectación. Esta es una situación más frecuente pues tenemos el caso de que una vez inscrito el inmueble como patrimonio familiar, puede ser necesario gravarlo o disponer de él de otra manera, para lo cual se requiere autorización judicial. Esta se tramita por medio de un proceso de "Diligencias de utilidad y necesidad"⁵⁸ con fundamento en los artículos 820, 885 y concordantes del Código Procesal Civil donde el propietario solicita la autorización judicial para disponer del inmueble afectado. Puede tratarse de la venta, la constitución de hipoteca u otro acto de disposición del bien.

Cuando de hecho el bien dejare de servir para habitación familiar o pequeña explotación, previa comprobación ante el Tribunal mediante trámite sumario. En esta especie extintiva se trata de la posibilidad, a favor de tercero, acreedor perjudicado por la existencia del patrimonio familiar, de pedir al juez competente accionando un proceso "sumario" que declare la extinción del gravamen, al haber sido el inmueble dedicado a otro fin distinto de la habitación familiar. Sobre el particular nos podemos

enfrentar a distintos casos que merecen consideraciones específicas. En primer lugar, podríamos estar ante un uso concurrente cuando, por ejemplo, al mismo tiempo que se mantiene el uso habitacional, una parte del bien se alquila o se destina a una actividad comercial familiar. Ante esta posibilidad soy partidario de que se mantenga la protección atendiendo a la preservación de la actividad principal objeto de protección, como es el "servir de habitación familiar", lo que no ha dejado de suceder.

Caso distinto se da cuando el inmueble ha sido alquilado y dejó de servir para residencia de la familia. En ese caso debe tramitarse la respectiva autorización también con un proceso de "Diligencias de utilidad y necesidad" mediante el cual se puede obtener la venia judicial para un cambio de residencia, conservando la inscrita el status de protección que nos ocupa.

Frente a este tema, nos encontramos con la necesidad de resolver el problema de la titularidad del derecho a una protección especial que inspira este instituto.

- Se nos presenta un evidente contrasentido en la denominación dada al instituto en el derecho costarricense, puesto que hemos decidido llamar "patrimonio familiar" a un único "bien de familia", siendo que nuestra

58 Sobre este tema véase, entre otros, el voto N° 1411-03 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, de las nueve horas del quince de octubre del año dos mil tres, y el voto N° 14-04 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las diez horas diez minutos del dieciséis de enero del dos mil cuatro. Para TREJOS, podría considerarse también la posibilidad de una desafectación por no necesitar más el beneficio el menor o el ascendiente ante un cambio de circunstancias o aún por ingratitud del beneficiario, aplicando por analogía lo dispuesto para las donaciones. Vid. TREJOS, Gerardo. op. cit. pág. 223.

legislación ha prescindido de esa masa patrimonial que otras legislaciones han salvaguardado en beneficio de la familia y, en su lugar hemos protegido un bien, un terreno de, como máximo mil metros cuadrados en zona urbana o de diez mil en zona rural en el que se encuentra la casa de habitación de la familia. No se incluyen una cuantía de dinero reservado, los bienes destinados a una actividad agrícola o industrial que sirva de sustento a la familia, etc. Si bien no objetamos esta orientación, me parece que la opción legislativa para cumplir con el mandato constitucional de protección a la familia resulta dentro de sus contornos actuales insuficiente. Debe expandirse la protección a los frutos del bien de manera más clara e incontrovertida.

- Debe facilitarse la fungibilidad del bien y permitirse en beneficio de distintos núcleos familiares ligados a un mismo propietario, verbigracia ascendientes, núcleo familiar primario y descendientes que no formen parte del núcleo familiar primario durante su minoridad.

Existen algunos temas que no me ha sido posible desarrollar en este artículo pero sobre los cuales

puede valer la pena el extender este esfuerzo de sistematización y reconstrucción de antecedentes por medio de una nueva investigación . Por ejemplo la simplificación de las formalidades exigidas para la constitución del acto o para la sustitución de un inmueble por otro. La relación del patrimonio familiar con la herencia, la segregación de un inmueble constituido como bien de familia, la carga del pago de gastos en condominio en inmuebles sometidos a este régimen de protección o la renuncia de derechos.

En el derecho brasileño existen algunas excepciones a la protección que considero razonable acoger en el derecho patrio. En primer lugar está el caso de las obligaciones alimentarias que deben imponerse frente a la protección genérica. En segundo lugar se encuentra el caso de los empleados domésticos de la familia que constituya, quienes contarían con un crédito privilegiado para hacerlo efectivo aún a costa del inmueble protegido.

Por lo pronto, quede aquí evidenciada la necesidad de difundir el instituto por medio de la educación y la información al público para que, aumentando su espectro de cobertura, se proteja a más familias de la necesidad y el desamparo que trae consigo la falta de un techo digno.

VII.- FUENTES CONSULTADAS.

A.- LIBROS Y ARTÍCULOS

BAUDRIT CARRILLO, Diego. Reflexiones sobre un régimen patrimonial básico de matrimonio en Costa Rica. In Revista Judicial Año IX, N°33, San José, Poder Judicial, 1985. págs. 73-76

BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. México, UNAM, 1994.

BELLUSCIO, Augusto Cesar. Manual de Derecho de Familia. Tomo II., 5ª Ed., Argentina, Depalma, 1991.

BIONDI, Biondo. Los Bienes. Trad. De Antonio Martínez-Radío, Barcelona, Bosch, 1961.

BORDA, Guillermo A. Manual de Derecho de Familia. 10ª ed. Argentina, Editorial Perrot, 1988.

CADOCHÉ DE AZVALINSKY, Sara Noemí. Protección Constitucional de la vivienda familiar. In IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Prememorias. Tomo I. Panamá, (s.p.i.) 1996. págs. 161-169.

CORNU, Gerard. Derecho civil. Los Bienes. Vol. III. Trad. Javier Solís Herrera. San José, Juricentro, 1996.

DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. Instituições de Direito Civil. Vol V. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1991.

DE BARROS MONTEIRO, Washington. Curso de Direito Civil. Vol II, Direito de Familia. Sao Paulo, Editora Saraiva, 1989.

DE LOS MOZOS, José Luis. Patrimonio. en SEIX, Francisco. Nueva Enciclopedia Jurídica. Barcelona, 1989.

FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. México, UTEHA, 1947.

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.

IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Barcelona, Ariel, 1972.

ODIO BENITO, Elizabeth y VENEGAS, Egenery. Efectos patrimoniales del matrimonio en el Código de Familia de Costa Rica. Necesidad de una reforma. In Revista Judicial Año IX, N°33, San José, Poder Judicial, 1985. págs. 65-72

PÉREZ VARGAS, Víctor. El nuevo derecho de familia en Costa Rica. San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1976.

PÉREZ VARGAS, Víctor. Objetos, cosas y bienes en sentido jurídico. In Revista Judicial. Año IV, N° 15, San José, Poder Judicial, 1980. págs. 99-113.

RAMÍREZ ALTAMIRANO, Marina. El patrimonio familiar. In Revista Judicial. Año IV, N°15, San José, Poder Judicial, 1980, págs. 75-90.

SOLANO CHACÓN, Jorge. El Patrimonio Familiar. In Revista Judicial. Año VI, N°22, 1982. págs. 33-34

TREJOS SALAS, Gerardo. Derecho de Familia Costarricense. Tomo I, San José, Editorial Juricentro, 1995.

VARGAS FERNÁNDEZ, Eladio. Comentarios al Código de Familia. In Revista de Ciencias Jurídicas, N° 25, San José, Universidad de Costa Rica, 1974. págs. 87-116.

VELOSO, Zeno. Bem de Familia. In Revista de Informação Legislativa. N°107, Brasília, Senado Federal, 1990. págs. 203-214.

VON THUR, Andreas. Parte General del Derecho Civil. Trad. De Wenceslao Roces, Juricentro, San José, 1977.

ZAMORA CASTELLANOS, Fernando. Los ideales constitucionales costarricenses. San José, Juricentro, 2002.

B.- LEGISLACIÓN.

Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política. 110ed. México, Editorial Porrúa, 1995.

República Federativa del Brasil.

Código Civil de 1916.

Código Civil de 2002.

Ley N° 8.009 de 29 de marzo de 1990. "Lei que dispoe a impenhorabilidade do bem de familia."

República de Costa Rica.

ALVARADO Q. Alejandro y GUARDIA Q., Víctor. Código Civil. (de 1888) 2ª ed., San José, Tipografía Nacional, 1910.

CAMACHO VARGAS, Eva. Código de Familia. (Con Jurisprudencia, concordado y Legislación conexas) San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 1999.

Ley N° 7052, Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda de 27 de noviembre de 1986.

República Francesa.

Código Civil de 1804.

República Italiana.

Código Civil de 1942.

C.- JURISPRUDENCIA.

Voto n° 446 -G- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José de las siete horas cuarenta y cinco minutos del trece de mayo del dos mil cinco.

Voto n° 32-L- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José, de las trece horas treinta minutos del veintiséis de enero del año dos mil cinco.

Voto no. 654-04 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las nueve horas cincuenta minutos del veintidós de abril del dos mil cuatro.-

Voto n° 526 -G- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL, SECCION PRIMERA. San José, a las siete horas cuarenta minutos del diecisiete de marzo del año dos mil cuatro.

Voto n° 527 -F- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL, SECCION PRIMERA. San José, a las siete horas cuarenta y cinco minutos del diecisiete de marzo del año dos mil cuatro.

Res: 000036-F-04 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José a las diez horas veinte minutos del veintiuno de enero del año dos mil cuatro.

Voto n° 14-04 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las diez horas diez minutos del dieciséis de enero del dos mil cuatro.

Voto n° 403 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA de las nueve horas treinta minutos del dieciocho de diciembre del dos mil tres.-

Voto n° 1411-03 TRIBUNAL DE FAMILIA . San José, de las nueve horas del quince de octubre del año dos mil tres.-

Voto n° 255-03 TRIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSE, de las once horas cuarenta minutos del diecinueve de febrero del año dos mil tres.

Voto n° 322 -L- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José, de las siete horas treinta y cinco minutos del tres de mayo del año dos mil dos.

Voto n° 78-2002 SECCIÓN TERCERA, TRIBUNALCONTENCIOSOADMINISTRATIVO. SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL. Goicoechea, de las nueve horas cuarenta minutos del ocho de febrero del año dos mil dos.

Voto n° 1044 -L- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José de las siete horas treinta y cinco

minutos del treinta y uno de agosto del año dos mil uno.

Voto n ° 143 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA. San José, de las nueve horas diez minutos del veintisiete de abril del dos mil uno.-

Voto n° 113-M- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José, de las siete horas treinta minutos del veinticuatro de enero del año dos mil uno.

Voto n ° 78-E. TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José, de las ocho horas cinco minutos del diecisiete de enero del año dos mil uno.

Voto n° 189-L TRIBUNAL PRIMERO CIVIL de las 8:50 horas del 10 de febrero de 1999.

Voto n° 1096-R TRIBUNAL PRIMERO CIVIL de las 8 horas 55 minutos del 11 de agosto de 1999.

Res: 00169-98 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, de las quince horas treinta minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y ocho.

EL CRÉDITO DOCUMENTARIO EN NUESTRO CÓDIGO DE COMERCIO

José Rivera Varela

Hace décadas, jurisconsultos y autoridades mundiales; en especial la Cámara de Comercio Internacional, (en adelante CCI), con sede en París; denominan crédito documentario a lo que en Latinoamérica llamamos carta de crédito. Según Boris Kozolchyk, ello por influencia británica: ***“El estudio realizado en 1914 por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos...presta apoyo a la afirmación de que los bancos latino-americanos habían comenzado a negociar con créditos documentarios ya en los primeros años del siglo XX. La tendencia natural fue utilizar la terminología bancaria británica, traduciéndola en su sentido literal, lo que ha dado origen a que en algunos países latinoamericanos se siga utilizando incluso hoy en día el término “carta de crédito”, como equivalente del crédito documentario.”*** (El crédito documentario en el derecho americano, Edic. Cultura Hispánica, Madrid, 1973, pp. 50-51)

Y añade: ***“La doctrina y la jurisprudencia latino-americana han comenzado a utilizar, en los últimos años, conceptos más adecuados tales como “crédito documentario”, “acreditativo”, “carta comercial de crédito” y “crédito documentado”.*** (Op. Cit. p. 51).

Los Magistrados de la Sala 1ª, en su voto más reciente sobre esta figura, son conocedores de lo anterior y lo suscriben: ***“La carta de crédito, según la doctrina científica moderna, configura un documento que***

nace por la celebración del contrato de “crédito documentario”. (Res. 22-F-98, San José, marzo 4, 1998, 14 hrs. Sentencia citada por Gastón Certad: Código de Comercio: concordado, con historia y jurisprudencia, Edit. Juritexto, 2002, pp. 477-478). Dicha tesis es muy cercana a la del Dr. Sergio Rodríguez: ***“La carta de crédito es el documento peculiar nacido de la celebración del contrato de crédito documentario que refleja los términos y condiciones derivados del mismo.”*** (Contratos bancarios, su significación en América Latina, Editorial FELABAN, 4ª, Bogotá, 1990, p. 407).

Dichos Magistrados, analizaron el articulado del Código de Comercio, (en adelante CC) acerca de las cartas de créditos: 841-846 (La Ley 7201, octubre 10, 1990; derogó del 847 al 850). Examinan la posibilidad de que el crédito documentario sea un título valor, le aplican sus 7 características, pero dudan de que encaje en ello, pues se incumplen varias de ellas: ***“El punto medular en discusión es determinar la naturaleza jurídica de las cartas de crédito. Específicamente, si constituyen títulos valores, y por ende si le son aplicables las reglas y principios pertinentes, o no. Como es harto conocido en doctrina y jurisprudencia, los títulos valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo en ellos incorporado.”*** (Ibidem).

Después de su examen, in extenso, arriban a una conclusión trascendental normativa y

práctica: **“Nuestro Código Comercio, amén de acusar una deficiente técnica legislativa en el tratamiento de este instituto, parece plegarse a la tesis de la imposibilidad de considerar a la Carta de Crédito como título valor.”** (Idem, subrayado nuestro).

Varios tratadistas se han ocupado de la naturaleza jurídica del crédito documentario y argumentan que se trata más bien de: cesión de crédito, estipulación a favor de un tercero, comisión sin representación, mandato, contrato: bilateral, atípico, complejo; delegación imperfecta, etc. (Confer: Mc Curdy, Asquini, Satanowski, Torres, Hamel, Rodríguez Azuero, Kozolchyk, Garrigues, Messineo, Olarra, Barbosa, Villegas, Molle, Labanca, etc.)

Según Kozolchyk, el problema de nuestra normativa acerca del crédito documentario es que lo confunde con la carta orden de crédito o de viajero, que es obsoleta, desde hace 3 siglos. ***“De esta forma, el término “carta de crédito (letter of credit), que no guarda conexión, alguna con los documentos que llevaban el mismo nombre en los siglos XII y XVII ...”*** (Opus citatum, p. 48).

Para nosotros, se trata de dos figuras jurídico-financieras muy distintas, como acierta el proponente hondureño, Dr. Urbano Quesada: ***“...la carta de crédito tal y como está regulada, presenta un aspecto bifronte, ya que se trata de dos instituciones que (...) son distintas en su esencia y en su eficacia.”*** (Exposición de motivos del Proyecto de Código de Comercio de Honduras)

El crédito documentario es una operación bancaria crediticia, un sistema de financiamiento, medio de pago, ciertamente; y

garantía en los negocios internacionales; así lo sostiene la doctrina, jurisprudencia modernas y entidades especializadas en comercio exterior, como: CCI, OMC, Banco Mundial, Centro de Comercio Internacional de la ONU, entre otros. Mientras la carta de crédito de viajero (*traveller’s letter of credit*) o carta orden de crédito, como también le llama Joaquín Garrigues, fue desplazada por los cheques de viaje y éstos con las tarjetas de crédito, utilizables hoy en cualquier parte del mundo.

Pues bien, el contenido de los artículos 841 a 846 de nuestro CC es copia de normas decimonónicas, receptadas, como lo afirma Boris Kozolchyk: ***“Las Ordenanzas de Bilbao de 1737 en España, admitían la circulación de estas cartas de crédito (“cartas órdenes de crédito”), creando los fundamentos de un esquema legal que fue adoptado más tarde por los Códigos mercantiles españoles y latinoamericanos del siglo XIX.”*** (Op. Cit. p. 39).

He aquí por qué los Magistrados civiles no encontraron tipificada la carta de crédito, crédito documentario o carta de garantía; de marras, en su resolución supracitada. Evidenciamos y probemos que la legislación costarricense es ahistórica, descontextualizada y anacrónica; lo cual corrobora el aserto y la llamada de atención de los Magistrados supracitados, cuando desde 1998 en su criterio existe en nuestro país ***“una deficiente técnica legislativa”*** al respecto.

“Las características más destacadas de la regulación de la “cartas de crédito” o “carta orden de crédito” en los códigos decimonónicos eran las siguientes:

“El título sólo podía ser librado a favor de una persona determinada (“tomador”,

“portador”, “preneur”) y nunca, al contrario de lo que ocurría con las letras de cambio, “a la orden de” un determinado tomador.” (Idem, p. 40).

Nuestro CC, art. 841, reza: “Las cartas de crédito deberán extenderse a favor de persona o personas determinadas y no serán negociables.”

“2-El título debía extenderse por una cantidad determinada o por una cifra máxima.” afirma el Dr. Boris Kozolchyk. (Ibidem).

Por su parte, el párrafo segundo de dicho artículo del CC ordena: “Expresarán una

cantidad fija o varias cantidades indeterminadas, pero comprendidas dentro un máximo que ha de fijar con toda claridad la carta.”

Continúa Kozolchyk: “**Las cartas de crédito no podían ser protestadas aun en el supuesto de falta de pago. Ello significaba que el tomador, designado en forma nominativa, no adquiriría ningún derecho que le permitiera dirigirse contra el librado...**” (Ibidem).

“Artículo 842. Las cartas de crédito no son susceptibles de aceptación ni de protesto; tampoco confieren al tenedor derecho alguno contra la persona o institución a quienes va dirigida.”

A su vez, el Dr. Kozolchyk glosa dichas Ordenanzas: “**...y es de suponer que sólo estaría facultado para actuar contra el librador, exigiéndole el reintegro, si podía probar la existencia de una previa provisión de fondos.**” (Ibidem)

Sobre este punto establece la normativa mercantil de marras: “Art. 843. El tomador no tendrá derecho alguno contra el dador, sino

cuando haya dejado en su poder el importe de la carta de crédito, o sea su acreedor por este importe, en cuyo caso el dador estará obligado a restituir el importe de la carta si ésta no fuere pagada, y a pagar los daños y perjuicios.”

El especialista en Derecho Comercial Internacional Comparado, sostiene: “**Esta interpretación encontró aún un mayor respaldo en aquella forma que permitía al librador de la carta de crédito revocar su promesa en cualquier momento mediante la simple notificación al tomador y al librado.**” (Op. Cit. p. 40) A tal efecto nuestra normativa establece: “Art. 844. Salvo el caso de que el tomador haya dejado el importe en manos del dador o lo haya garantizado satisfactoriamente, el dador podrá anular la carta en cualquier tiempo, poniéndola en conocimiento del tomador y de aquél a quien fue dirigida.”

Finalmente, los artículos 845 y 846, resultan consistentes con esa práctica y normativa inveterada de hace 3 siglos: “**El dador queda obligado a pagar al destinatario de la carta la suma que éste haya entregado al tenedor en virtud de la misma carta de crédito.**” Art. 846: “Si el pagador lo exigiere, el tenedor de la carta estará obligado a identificarse.”

Cuando un viajero de hace 300 años requería desplazarse al exterior, donde nadie le conocía, no le daban crédito y menos efectivo para sus necesidades básicas o hacer compraventas pequeñas, pues recurría a su banquero, quien le entregaba un instrumento afín a los títulos valores, que cubriera dichos requerimientos. Para ello el emisor le exigía la provisión de fondos y extendía un documento que le sirviera para apersonarse ante intermediarios financieros, corresponsales foráneos, que reconociesen ese instrumento en su favor

y le entregasen divisas, conforme le fuere menester en su periplo de placer o negocios, allende los mares.

“Un banquero o comerciante entrega a uno de sus amigos, que tiene necesidad de dinero, en otra ciudad donde desea ir, una carta dirigida a su corresponsal, por virtud de la cual ordena a este último proveer a su amigo, portador de la carta, una cantidad de dinero o cualquier otra cosa que necesite”. (Stoufflet: Le Crédit Documentaire, París, 1957; citado por Kozolchyk en nota 7 al pie, Capítulo 1, p. 39).

Pero esta concepción y realidad fáctica es muy distinta hoy en día; incluso la normativa, pues según La Nova Lex mercatoria internacional: **“Las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), conocidas como UCP (Usos, prácticas y costumbres) son las normas privadas más exitosas para el comercio nunca antes elaboradas. Un estimado de US\$1 trillón por año en comercio, se financia usando cartas de crédito basadas en las UCP”** (<http://www.iccwbo.org/id4834/index.html>, traducción oficial)

Es muy diferente la coyuntura histórica actual, por lo cual desde **“El siglo XIX, comenzó a utilizarse por comisionistas y casas bancarias una nueva forma de carta de crédito: el crédito documentario (comercial letter of credit), que en poco tiempo obtuvo el favor de los comerciantes angloamericanos y europeos. Este tipo de carta de crédito fue utilizado tanto como fórmula documentaria de financiación como medio de pago en las compraventas internacionales. Su característica consistía en permitir al exportador librar sus efectos cambiarios contra un banco comisionista o**

agente de cambio de reconocida solvencia en vez de hacerlo contra el importador. La casa de banca, el comisionista o el agente de cambio prometían aceptar o pagar la letra del vendedor y adjuntaban a su promesa una especificación de los documentos que debía enviar el vendedor, su representante o su banco.” (Op, cit. pp. 41-42).

Como es obvio, el mecanismo operativo de este instituto actual es diferente, por esto el concepto de crédito documentario más aceptado hoy día, a escala mundial es el de CCI, que estipula: **“Definición de Crédito. A efectos de los presentes artículos, la expresiones “Crédito/s Documentarios/s y “Carta/s de Crédito Stand by (en adelante “Crédito/s”) se refieren a todo acuerdo, cualquiera que sea su denominación o descripción, por el que un banco (“Banco Emisor”), obrando a petición y de conformidad con las instrucciones de un cliente (“Ordenante”) o en su propio nombre: I. se obliga a hacer un pago a un tercero (“Beneficiario”) o a su orden, o a aceptar y pagar letras de cambio (instrumento/s de giro) librados por el Beneficiario. O, II. autoriza a otro banco para que efectúe el pago, o para que acepte y pague tales instrumentos de giro, o, III. Autoriza a otro banco para que negocie, contra la entrega de/de los documentos/ exigidos, siempre y cuando se cumplan los términos y las condiciones del Crédito.”** (UCP-500-art. 2).

De modo que este desfase legislativo de tantos años –ya advertido por los Magistrados de la Sala 1ª– no es solo en Costa Rica, sino en Latinoamérica: **“Aunque casi todos los Códigos de Comercio en América Latina dedican varios artículos a la regulación de la clásica carta de crédito de los**

siglos XII y XVIII (carta orden de crédito o simplemente carta de crédito), sólo en dos países latinoamericanos se ha llevado a cabo una ordenación específica del crédito documentario. Estos países son Méjico y Honduras.” (Kozolchyk, Idem p. 98).

Conviene traer a colación la norma hondureña, que no receptamos: **“En virtud del contrato de apertura de crédito documentado se obliga al acreditante ante el acreditado a pagar o aceptar títulos-valores cambiarios a un tercero, contra entrega de ciertos documentos, que aquel conservará en garantía de reembolso de sus expensas, gastos y remuneración pactada.”** (Art. 898, Código de Comercio de Honduras.) Sin duda que este concepto está mucho más cerca del definido por CCI, que la normativa costarricense, que se quedó con el decimonónico.

Finalmente, ¿qué hacer ante esta laguna jurídica? No es esta la ocasión para teorizar al respecto, tan solo proponemos 3 opciones:

1- la que ofrece el Dr. Sergio Rodríguez: **“...es evidente que las reglas y usos uniformes** (se refiere a los UCP de la CCI, para créditos documentarios) **tendrán una preponderante aplicación como fuente formal de derecho por haberse incorporado en forma expresa a los contratos celebrados por los bancos con la clientela, en cuyo caso son ley para las partes o en cuanto la forma pública, reiterada y general como se aplican a todos los contratos de crédito documentario en un país o por los bancos de un sector, lleve a la conclusión de que se trata de una costumbre, con todos los efectos que a ésta le conceden las leyes.”** (Op. Cit. p. 393.). Id est, como parte

de los contratos de adhesión bancarios, con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad de las partes o bien como una “costumbre supranacional”, a la luz del artículo 2 del CC, que legitima el uso, la práctica y la costumbre, internacionales.

- 2- Otra alternativa es legislar expresamente tipificando el moderno crédito documentario, como: crédito, sistema de financiamiento, medio de pago y garantía, bien sea en negocios nacionales, bien sea internacionales.
- 3- Dado el prestigio y la aceptación mundial de las reglas, usos y costumbres (o UCP, como se conocen a nivel global, incluso así adoptados por la traducción oficial española, de la versión 600, próxima a entrar en vigencia; y no RUU) de la CCI, optar por lo que hicieron los legisladores de EE.UU. en 1963. A saber, cuando se trate de créditos documentarios internacionales y las partes lo adopten, se estará a lo regulado por la Cámara de Comercio Internacional, París y solo en caso de silencio de ellas, se aplicará UCC (Código de Comercio Uniforme). (Cfr. Mennen v. J.P. Morgan & Co. 91 NY2d at 22).

Así lo indica don Boris Kozolchyk en su más reciente obra: **“Más aún legislaturas estatales tales como la de Nueva York permitieron que las partes del crédito documentario excluyeran la aplicación del UCC si el crédito documentario está sujeto a las Reglas y Usos Uniformes para los Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional. Tal norma, por tanto, le concedió el carácter de uso imperativo de rango superior a las reglas legislativas a las R.U.U. La razón de esta salvedad lo fue que a juicio del sector**

bancario las Reglas y Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional contenían normas más compatibles con la función bancaria que las del Artículo 5 del UCC (...) Esta salvedad fue responsable de que otros estados de menor estatura comercial que Nueva York tales como Alabama y Arizona adoptaren la misma salvedad. (La contratación comercial en el derecho comparado, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 193; Confer aplicación de lo anterior en los casos: Oei v. Citibank, 957 F supp. at 512; Fertico Belgium S.A. vs. Phosphate Chems.Export Ass., 100 AD 2d 830.83 1st. Dept. 1976).

El texto modificado, por si sirviera de base a los interesados en la enmienda legal costarricense, fue sencilla: ***“Con la excepción de lo proveído en la subsección (4) de esta sección, este Artículo no se aplicará (4) a menos que las partes acuerden lo contrario, a un crédito documentario que en sus términos y condiciones estipule su sumisión alas Reglas y Usos Uniformes.”*** (Cfr. Nota 413 de la obra citada de Kozolchyk, 2006, p.193).

Se impone entonces que el legislador costarricense se adapte a la corriente de los negocios internacionales y recoja el llamado de los Magistrados de la Sala 1ª.

INDEFINICIONES CONCEPTUALES: CONTRATOS SOBRE LA UTILIZACIÓN DE AERONAVES

Yaruma Vásquez Carrillo

Retos para el Derecho Aeronáutico

El derecho aeronáutico se encuentra dentro de un marco de acelerado desarrollo, esto en virtud de la vasta gama de negociaciones y actividades que en la actualidad requieren de la implementación de operaciones aeronáuticas para poder llevarse a cabo.

En primera instancia podríamos suponer que dada tendencia internacional de las actividades aeronáuticas existe cierta homogeneidad terminológica en cuanto a las negociaciones y contrataciones en las se basa tales actividades, sin embargo el camino hacia tal homogeneidad no ha sido ni corto, ni tampoco pacífico.

Si bien es cierto Costa Rica no cuenta con una flota de aviones de pueda considerarse trascendental en la realidad aeronáutica mundial, ello no obsta para que en la medida de lo posible, al menos tratemos de emparejar en poco terreno, de manera que en la medida de lo posible se manifiesten la menor cantidad de vacíos o barreras leales para el desarrollo de esta actividad.

Esto sin dejar de lado la indefensión en la cual pueden quedar tanto los usuarios como las pequeñas empresas aeronáuticas si la determinación del contenido básico de los principales contratos aeronáuticos así como el régimen de responsabilidades derivados de los mismos queda al libre albedrío de las partes, siendo que para nadie es un secreto que “libertad de la voluntad” en una situación de desigualdad de poder ha terminado por

convertirse en el derecho mercantil como en muchas otras ramas, en un abuso del derecho traducido en cláusulas abusivas insertas en los contratos de adhesión que tanto terreno han ganado en campos de gran envergadura y de innegable trascendencia tanto comercial como social, desde la perspectiva del desarrollo de los Estados, como lo es el aeronáutico.

Sobre la necesidad de establecer un denominador conceptual común.

En la práctica aeronáutica, en razón de la consecuente internacionalización de sus actividades se ha hecho ya latente la necesidad de facilitar la comunicación legal y fiscal entre los Estados, en aras de eliminar las barreras al desarrollo de esta actividad.

Pueden señalarse particularmente algunas zonas que han despertado mayor debate con ocasión de la contratación aeronáutica. Procuraremos ir llevando la línea de esta breve exposición hasta tales puntos “conflictivos.”

El acelerado crecimiento de la actividad aeronáutica ha llevado en la práctica a implementar sistemas e institutos jurídicos, combinar algunos de ellos y modificar a su conveniencia, en nombre de la libertad de la voluntad otros.

Algunas contrataciones usuales en el campo aeronáutico que han demostrado ser de gran utilidad son el arrendamiento, en sus diversas versiones, el leasing (que como veremos desde

algunas perspectivas ha sido considerado un arrendamiento especial -financiero- o como un concepto autónomo, sui generis o como producto de la mezcla de varios tipos contractuales), el fletamento y el intercambio.

A nivel latinoamericano, desde las últimas Reuniones del Grupo de Expertos en Asuntos Políticos, Económicos y Jurídicos del Transporte Aéreo (GEPEJTA) celebradas a finales de la década anterior y hasta la fecha, surge como iniciativa de las líneas aéreas la necesidad de buscar la organización generalizada de la noción del arrendamiento de aeronaves, en aras de que esta práctica tan ampliamente utilizada no se viera sujeta a tantos obstáculos e impedimentos como los que tenían que enfrentarse.

Se desarrolla entonces en el seno de la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil (CLAC) un debate sobre el fletamento, arrendamiento e intercambio de aeronaves, a lo largo del cual lo primero que salta a la vista es la gran confusión o al menos variedad conceptual que existe al respecto a nivel internacional.

Igualmente, a nivel mundial esta temática resulta de gran interés, considerando que para el año 2003 en la Conferencia Mundial de Transporte Aéreo se manejaban cifras que demostraban que desde año 1999 hasta ese momento la utilización de la figura de arrendamiento de aeronaves iba en aumento. Así, se consideraba que la cantidad de líneas aéreas que utilizaban esta figura contractual había aumentado al menos un 20 por ciento. Igualmente la cantidad de aeronaves arrendadas a otras líneas aéreas entre los años 1986 y 2001 aumentó en un 33 por ciento, a empresas arrendatarias un 43 por ciento y a otras entidades en un 44 por ciento.

“En 2001, el 84% de las 532 líneas aéreas regulares internacionales en funcionamiento a nivel mundial utilizaron aeronaves arrendadas y más del 45% de todas las aeronaves de la categoría de servicio con dichas líneas aéreas eran arrendadas.” (CONFERENCIA MUNDIAL DE TRANSPORTE AÉREO: RETOS Y OPORTUNIDADES DE LA LIBERALIZACIÓN. Montreal, 2003).

Asimismo, la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) en un estudio prestado en el año 1999 señala al menos seis razones que se puede entender han favorecido al aumento de la utilización de la figura del arrendamiento en el ámbito de la aviación internacional (OACI. Estudio sobre el Arrendamiento de Aeronaves. 1999):

El elevado costo de las aeronaves ha provocado que tanto los transportistas aéreos de pequeña envergadura como los que están iniciando funciones opten por el arrendamiento para reducir el costo de las operaciones.

Los transportistas aéreos ya consolidados optan por la utilización de esta figura como mecanismo para abaratar costos y obtener beneficios tributarios.

Se ha utilizado la venta y subsiguiente arrendamiento de aeronaves como mecanismo para reducir el nivel de deudas. *(Al respecto analizaremos brevemente la figura del lease-back más adelante.)*

Ha resultado de gran utilidad para permitir el cumplimiento de las demandas adicionales que pueden presentarse en una determinada temporada sin que ello implique una cuantiosa inversión para la aerolínea.

En los países en vía de desarrollo el arrendamiento de aeronaves puede llevar a la explotación de derechos de tráfico de los que en términos regulares no se hace uso.

Permite una maximización de la utilización de los equipos, tanto de las aeronaves propiamente dichas como de la tripulación de éstas, de manera que se reduce el tiempo ocioso de los mismos.

Se abre la posibilidad de explotar rutas para las que tal vez la línea aérea no cuente con el equipo indicado.

A pesar de las ventajas que la implementación del arrendamiento de aeronaves puede representar, las Autoridades Aeronáuticas han mostrado cierta reticencia para permitir su explotación, sobre todo con respecto al wet-lease, arrendamiento con tripulación o fletamento como se ha llamado indistintamente, en virtud del margen de responsabilidades que surgen para el estado de matrícula¹ como para el estado del explotador².

Con ocasión a la situación en la que se encuentran las líneas aéreas latinoamericanas la Asociación Latinoamericana de Transporte Aéreo (AITAL) presentó un estudio que fue discutido en el seno de la CLAC en la Décimo Tercera reunión del GEPELTA.

AITAL hace una reflexión con respecto a la fragmentación que se vive en la industria aérea latinoamericana, lo cual lleva a una sub-utilización de los equipos en virtud de los itinerarios de las líneas aéreas, llevando

necesariamente a que las aeronaves no presten su óptimo rendimiento. Pensemos por ejemplo en las horas “perdidas” que puede pasar una costosa aeronave estacionada en un aeropuerto esperando a que lleguen las conexiones o vuelos con los que debe coordinarse, tiempo que podría aprovecharse tal vez por otra empresa, para hacer vuelos cortos en la zona en alguna de sus rutas.

Ante tal situación, concluye AITAL “es necesario que las aerolíneas latinoamericanas cooperen entre sí intercambiando aeronaves para obtener un resultado económico más favorable”. (AITAL. Consideraciones de AITAL respecto al tema de arrendamiento, fletamento e intercambio de aeronaves. 2004.)

Por otro lado, la actitud renuente de los Gobiernos no carece de toda razón de ser, ni resulta exclusiva de las Autoridades Aeronáuticas latinoamericanas. Recordemos que desde el año 1977 la Conferencia Europea de la Aviación Civil (CEAC) había planteado la necesidad de que los acuerdos de arrendamiento entre líneas aéreas de diversos Estados deberán contar con la autorización previa de las autoridades competentes de cada Estado. (CLAC. Decimotercera Reunión del Grupo de Expertos en Asuntos Políticos, Económicos y Jurídicos del Transporte Aéreo. GEPEJTA/13. 2004)

Algunas de las principales razones por las cuales el arrendamiento de aeronaves ha despertado recelo en los Estados, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1 Estado donde está matriculada la nave.

2 Estado en el cual se encuentra ubicada ya sea la oficina principal o en su defecto la residencia permanente del explotador.

Se ha utilizado la figura del arrendamiento o del leasing para obviar barreras tributarias.

El margen de responsabilidad de que se cumplan con las normas internacionales de aviación puede cambiar de Estado, y no corresponderle necesariamente al Estado de matrícula.

El arrendamiento o fletamento puede usarse para explotar rutas que no pertenecen al arrendador/ propietario de la nave.

El arrendamiento con tripulación podría eventualmente provocar desplazamiento de la mano de obra nacional.

El arrendamiento, fletamento o intercambio de aeronaves entre líneas aéreas de diversos Estados puede utilizarse para evadir leyes nacionales o acuerdos internacionales relacionados con la actividad aeronáutica.

Cuando se presente un arrendamiento con tripulación el estado del explotador debe poder garantizarse de la adecuación de las normas de seguridad del Estado de matrícula al cual pertenece la tripulación.

Contratos de utilización de aeronaves

Como puede desprenderse de la denominación misma de este campo contractual, la primera delimitación que debemos hacer radica en el objeto al cual se refieren estos contratos, a saber, las aeronaves.

EDUARDO GAGGERO señala que “son contratos de utilización de aeronaves, los que tienen por finalidad el aprovechamiento de las mismas, mediante su empleo en una actividad específicamente aeronáutica y dan lugar a que una de las partes, a cambio de una contraprestación, adquiera del derecho al uso y goce de una aeronave o al cumplimiento por la otra parte de una determinada actividad aeronáutica a realizar en su beneficio con una aeronave.” (GAGGERO, Eduardo. *Contratos de Utilización de Aeronaves*. 1979. Pág. 9.)

Este autor clasifica los posibles contratos de utilización de aeronaves en arrendamiento, fletamento e intercambio, los cuales define claro está desde la perspectiva del derecho positivo uruguayo vigente al momento de su investigación, sin embargo continúan siendo las nociones alrededor de las cuales se centra la discusión en materia de derecho aeronáutico, de manera que si algo debemos por comenzar por despejar un poco los límites de cada una de estas nociones.

Arrendamiento de aeronaves

El mencionado autor GAGGERO define el contrato de arrendamiento de aeronaves como aquel “por el que dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una aeronave, y la otra, a pagar por este uso o goce, un precio.” (GAGGERO, Eduardo. Pág. 13) Considera este autor que para que podamos afirmar que nos encontramos ante

un contrato de arrendamiento, la conducción y dirección de la aeronave deben encontrarse a cargo del arrendatario.³ Este autor sin embargo señala como característica del arrendamiento de aeronaves el carácter intuitu personae⁴ de mismo, lo cual excluiría la posibilidad del subarrendamiento, figura igualmente utilizada y aceptada en las prácticas internacionales, de manera que para nuestros efectos la noción de intuitu personae podría acercarse más bien, eventualmente, al fletamento, no así el arrendamiento, sin embargo la OACI igualmente ha reconocido la validez de los subfletamentos, como también lo ha hecho la CLAC (OACI. Estudio acerca del arrendamiento de aeronaves. 1999; CLAC. GEPEJTA/11. 2003).

Se ha relacionado la noción de arrendamiento o locación con *lease*, esto en el sentido amplio del verbo, siendo que como veremos más adelante la noción de leasing que surge en el seno de las prácticas anglosajonas no deben confundirse con la noción de arrendamiento que contemplan los sistemas legales de origen romano.

En este sentido, la noción legal de lease, puede entenderse como un acuerdo escrito en el cual el propietario de un bien mueble o inmueble permite que otro sujeto use tal bien por determinada cantidad de tiempo y a cambio de pagos periódicos y del cumplimiento de una

serie de términos y condiciones acordadas por las partes⁵.

Si bien pareciera no existir mayor dificultad para determinar esta figura contractual, sí lo hay desde una noción internacional. Así, la CLAC concluye tomando como base un estudio realizado por la OACI con respecto al arrendamiento, fletamento e intercambio de aeronaves, que no puede determinarse una noción de arrendamiento ante la diversidad que se vislumbra en las diversas legislaciones.

En un intento de aproximación conceptual, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones de Perú define al contrato de arrendamiento de aeronaves como “cualquier acuerdo que celebre una persona (el arrendador) para conceder una aeronave a otra persona (arrendatario) que será utilizada para propósitos de compensación o alquiler. Esto no incluye un acuerdo por concepto de la venta de una aeronave o un contrato de venta condicional.” (MTC. Evaluación de Acuerdo de Arrendamiento, Fletamento o Intercambio de Aeronaves. F-DGAC-A-036. 2003).

En primera instancia debe acotarse que lo que se negocia en estos casos no es la aeronave propiamente dicha, sino su utilización, luego la finalidad del contrato radica en la explotación de operaciones aeronáuticas

3 Resulta imperioso advertir al lector que la utilización de conceptos de la terminología aeronáutica suele ser una actividad capciosa, facilitando la producción de confusiones que pueden llegar a la incorrecta aplicación de la normativa nacional referida a los contratos típicos, siendo que, por ejemplo, mientras que GAGGERO define al fletamento frente al arrendamiento, percibiendo como la principal diferencia entre ambos conceptos la titularidad de la conducción técnica y la dirección de la aeronave, la cual recae sobre el arrendatario y sobre el fletante, mientras que en los términos expuestos por la CLAC el fletamento es en realidad una modalidad de arrendamiento, caracterizada por ser con tripulación, contrato conocido en las prácticas aeronáuticas como wet-lease.

4 Esta noción en virtud de lo previsto por el artículo 132 del Código Aeronáutico uruguayo, según el cual para subarrendar se requiere de la autorización del arrendador, y será viable siempre y cuando el sub-arrendatario reúna también en su persona las características necesarias para ser arrendatario. GAGGERO, Eduardo. Op. Cit. Pág. 16.

5 Noción tomada para fines didácticos de Diccionarios Legales y Económicos, versión en línea, y traducida libremente. Al respecto ver: <http://dictionary.law.com/default2.asp?selected=1122&bold=||||>, y <http://www.investorwords.com/>.

que en virtud del contrato realice el arrendatario, no necesariamente circunscritas a la compensación ni al alquiler. Finalmente, pareciera que la última línea de la definición transcrita pretende excluir de esta noción la de arrendamiento financiero, acuerdo en el cual se suele incluir una cláusula final de oferta de venta, como veremos en el apartado correspondiente a la figura del leasing.

La OACI igualmente haciendo la salvedad de que existe en efecto cierta dificultad de establecer una definición general o básica de arrendamiento, siendo que la regulación que se le da el mismo en las legislaciones nacionales es tan variada, señala algunos rasgos particulares de esta figura, los cuales, debemos advertir al lector nuevamente, tampoco se han adoptado de manera general, prevaleciendo siempre criterios contrapuestos.

Así, OACI se aproxima a la noción de arrendamiento señalando que a diferencia del fletamento, el arrendamiento de una aeronave puede ser total o parcial. Así, por ejemplo un existe lo que podríamos denominar -de manera antojadiza- un *arrendamiento parcial* cuando una aerolínea arriende parte de la capacidad de una aeronave que realiza servicios aéreos regulares de forma continua, poniendo de ejemplo el caso de que una aerolínea reserve por así decirlo determinada cantidad de asientos de un vuelo que pertenezca a otra empresa, por un plazo o temporada determinada. (OACI. Estudio Acerca

del Arrendamiento de Aeronaves. 1999. Pág 4.) Sin embargo, en términos generales, el arrendamiento de una aeronave constituye un contrato mercantil, real, bilateral, oneroso, no traslativo de dominio que en virtud de garantizar la seguridad en una sana práctica jurídica deben presentarse en forma escrita y ser inscritos en el registro pertinente.

A nivel de prácticas empresariales, el arrendamiento aeronáutico o air leasing se percibe en los siguientes términos: el arrendamiento de una aeronave contratado por un periodo de tiempo determinado, que puede involucrar el arrendamiento de otros aspectos relacionados como por ejemplo, la tripulación, el mantenimiento y el equipamiento de la aeronave.

Asimismo, las responsabilidades del arrendador se circunscriben a la entrega de la aeronave en el tiempo y forma convenidos, y velar por el adecuado mantenimiento de la misma.

Arrendamiento a casco desnudo –dry lease–

Cuando se habla de arrendamiento a casco desnudo o seco o dry lease, se hace referencia a un contrato de arrendamiento de aeronave sin tripulación. Característica esta última que ha implicado que esta modalidad de contratación presente menos objeciones de las Autoridades Aeronáuticas de los Estados en el tráfico internacional.

En estos términos la CEAC entiendo por arrendamiento sin tripulación “aquel por el cual una aeronave es explotada en virtud del AOC⁶ del arrendatario (...) explotada bajo control comercial y utilizando el código de designador de línea aérea y los derechos de tráfico del arrendatario.” (CEAC. Recomendación 21-1. 1999).

Uno de los aspectos que despierta mayor interés es el referido al ámbito de responsabilidades con respecto a las obligaciones en el cumplimiento de las responsabilidades aeronáuticas que regularmente corresponden a los Estados de matrícula.

Sin embargo, en 1997 se implementa el artículo 83 bis⁷ del Convenio sobre Aviación Civil, a raíz del cual se abre la posibilidad de que el Estado de matrícula transfiera determinadas responsabilidades que establece dicho Convenio al Estado del explotador –arrendatario–.

Innovación que en sí misma no pone término a los conflictos con respecto a la interpretación, cumplimiento y patología de los contratos de utilización de aeronaves, siendo que los acuerdos concertados entre miembros de la CLAC al menos con ocasión

al mencionado artículo 83 bis se circunscriben a arrendamientos sin tripulación, de manera que resulta aún conflictiva la situación de los arrendamientos con tripulación.

Al respecto la OACI señala que “los arrendamientos sin tripulación de vuelo de aeronaves matriculadas en el Estado que designa o autoriza al explotador arrendatario para explotar servicios comerciales internacionales, presentan esencialmente la misma situación, desde la perspectiva de la seguridad operacional, que si el explotador utiliza sus propias naves.” (OACI. Estudio acerca del arrendamiento de aeronaves. 1999.)

Arrendamiento con tripulación –wet lease- / Fletamento

A partir de la discusión que se realiza en la GEPEJTA en la Décimo Tercera reunión ante la inquietud que hubieran planteado las líneas aéreas de la región con respecto a la imperiosa necesidad de regularizar en la zona el tratamiento a los contratos de arrendamiento con tripulación, el Comité nombrado al efecto parte en primera instancia de que un arrendamiento con tripulación se refiere a un fletamento, es decir, considera análogos ambos conceptos.

6 Se entiende por AOC el certificado de explorador de servicios aéreos en virtud del cual una aeronave es explotada.
7 Artículo 83 bis. Transferencia de ciertas funciones y obligaciones.. // a) No obstante lo dispuesto en los artículos 12, 30, 31 y 32.a), cuando una aeronave matriculada en un Estado contratante sea explotada de conformidad con un contrato de arrendamiento, fletamento o intercambio de aeronaves, o cualquier arreglo similar, por un explotador que tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente en otro Estado contratante, el Estado de matrícula, mediante acuerdo con ese otro Estado, podrá transferirle todas o parte de sus funciones y obligaciones como Estado de matrícula con respecto a dicha aeronave, según los artículos 12, 30, 31 y 32.a). El Estado de matrícula quedará relevado de su responsabilidad con respecto a las funciones y obligaciones transferidas. // b) La transferencia no producirá efectos con respecto a los demás Estados contratantes antes de que el acuerdo entre Estados sobre la transferencia se haya registrado ante el Consejo y hecho público de conformidad con el artículo 83 o de que un Estado Parte en dicho acuerdo haya comunicado directamente la existencia y alcance del acuerdo a los demás Estados contratantes interesados. // c) Las disposiciones de los párrafos a) y b) anteriores también serán aplicables en los casos previstos por el artículo 77.»

En este orden de ideas, se parte de la siguiente noción como base para la discusión sobre el fletamento: “la figura jurídica del fletamento se encuentra tipificada en el derecho aéreo y consiste en un contrato en virtud del cual el fletante cede a otra empresa aérea (el fletador) el uso total de una aeronave, básicamente con tripulación de comando.” (CLAC. Decimotercera Reunión del Grupo de Expertos en Asuntos Políticos, Económicos y Jurídicos de Transporte A).

En el caso del fletamento, entendido este como arrendamiento con tripulación, el fletante conserva la calidad de explotador, noción que comparte también GAGGERO. Sin embargo este autor no considera al fletamento una modalidad de arrendamiento, sino que lo define como un contrato separado y autónomo de aquel.

Así, en criterio de GAGGERO señala que mientras que en el arrendamiento una parte del contrato concede el uso y goce de la aeronave a otra parte que a su vez paga un precio por ese uso y goce, mientras que el fletamento por su parte es un contrato en virtud del cual una parte se obliga a realizar uno o más viajes

(operaciones aéreas) a cambio de un flete, entendido este como el precio. Igualmente, si bien en el fletamento resulta de importancia la determinación de ciertas características de la aeronave (*el tipo de aeronave*), para el autor la individualización específica de la misma no es indispensable, a pesar de que sí lo es en el caso del arrendamiento.

De acuerdo con una acercamiento conceptual realizado por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones de Perú, en el contrato de fletamento a diferencia del arrendamiento el fletante -propietario- no cede la explotación de la nave, sino que se compromete a realizar uno o más operaciones aeronáuticos en beneficio del fletador, noción análoga a la expuesta por Gaggero. (MTC. Evaluación de Acuerdo de Arrendamiento, Fletamento o Intercambio de Aeronaves. F-DGAC-A-036. 2003.)

Ahora, la modalidad de contratación puede ser por uno o varios vuelos, o por un tiempo determinado. GAGGERO utiliza los conceptos de voyage-charter y time-charter, sin embargo por algunas variaciones que podría implicar la traducción de la noción de “charter”⁸, no utilizaremos estas denominaciones.

8 En la terminología sajona se utiliza la noción de lease entendiendo por ello lo que hasta ahora hemos denominado arrendamiento, incluyendo la noción de arrendamiento con tripulación o wet-lease al cual relacionamos por fines prácticos el concepto de fletamento (sin considerar por ello que con esta decisión acabamos la discusión al respecto), por otro lado se hace uso de la noción de charter, para referirse a contrataciones aparentemente más puntuales, en las cuales el objeto de la contratación es uno o más viajes. Por su parte en la práctica aeronáutica se utilizan, entre otros, tres modalidades de charter, a saber: 1. AD HOC AIR CHARTER: alquiler de un avión por una persona o empresa, de acuerdo con condiciones estipuladas por las partes con ocasión a esa contratación, con un itinerario previsto, en lugar de alquilar asientos individuales de un avión, o una opción más prolongada como en el caso del arrendamiento. 2. FREQUENT CHARTER MEMBERSHIP: Contratación utilizada cuando el usuario requiere de una mayor ocupación y con disponibilidad a menor plazo en el aviso a la aerolínea. 3. FULL (PUBLIC) CHARTER: Se refiere a un alquiler de todo un avión, que usualmente se ha tomado por una agencia de turismo, que requiere de una aeronave en algunas temporadas pero no cuentan con la infraestructura necesaria para tener su propia aeronave. (Nos referimos a estas tres modalidades para no adentrarnos en algunas otras denominaciones que se usan en la práctica que podrían confundir aún más la línea que tratamos de llevar en la medida de lo posible.) Al respecto ver: <http://www.globalplanesearch.com>

Igualmente, existe el término *damp-lease*, que se refiere a un arrendamiento con tripulación, pero sin la tripulación de la cabina.

Por otro lado, si bien como mencionamos anteriormente GAGGERO señala como una de las características diferenciadores del arrendamiento y del fletamento el hecho de que mientras que este último puede pactarse total o parcial, en cuanto se refiera a toda la aeronave o solamente a parte de ella, mientras que el arrendamiento solo podrá entenderse total (GAGGERO, Eduardo. 1979. Pp. 28-29).

Mientras que en ámbito internacional, tanto la CLAC como la OACI parten de la noción de que el fletamento se refiere al alquiler de la totalidad de la capacidad de la aeronave.

La CEAC por su parte, utiliza el concepto de arrendamiento con tripulación, y lo define como aquel contrato en virtud del cual se utiliza una aeronave con el AOC del arrendador y los derechos de tráfico del arrendatario. (CEAC. Recomendación 21-1. 2003).

Por otro lado, debe tomarse en cuenta que cuando una aeronave se arrienda con tripulación, y dicha aeronave no se encuentra matriculada en el Estado de explotación la aptitud e idoneidad de los miembros de la tripulación deben encontrarse certificadas por el Estado de matrícula, ante lo cual resulta de utilidad la posibilidad prevista por el artículo 83 bis de la Convenio sobre aviación Civil Internacional de trasladar vía acuerdo de partes algunas de tales responsabilidades al Estado explotador.⁹

Por su parte la Ley General de Aviación Civil define al contrato de fletamento en su artículo 218 como un contrato mediante el cual se cede el uso total o parcial de una aeronave para uno o más viajes, por un tiempo determinado o para una cantidad preestablecida de kilómetros. Nótese en primera instancia que nuestra legislación nacional a partir de una reforma hecha en el año 2001 prevé la posibilidad de un fletamento parcial o total, mientras que tanto la CLAC como la OACI entienden que la utilización que se cede es total.

Igualmente, siguiendo el criterio de GAGGERO el mencionado artículo establece que el fletante mantendrá la conducción de la nave y la dirección técnica de la misma, pero no se indica si el uso que se cede contempla o no a la tripulación.

Por su parte el artículo 222 de la referida ley acepta la posibilidad de que las empresas costarricenses que cuenten con un AOC arrienden una aeronave incluso con opción de compra (opción esta última que abre paso a la viabilidad del leasing financiero, figura que se analizará más adelante), pero sin tripulación. No obstante, el artículo 223 in fine sí hace referencia con ocasión a las responsabilidades del arrendante a la posibilidad de que se acuerde un arrendamiento con tripulación.

Igualmente, el referido numeral 223 prevé que cuando el arrendamiento sea sin tripulación la misma se entenderá que opera bajo el mando del arrendatario, y siendo que el artículo 218 indica que en caso del fletamento la dirección de la tripulación corresponde al fletante, pudiera concluirse, si aceptamos que se trata

9 Convenio sobre Aviación Internacional. Chicago, 1944. Artículos 32 y 83 bis.

de un articulado armónico y coherente, que el contrato de fletamento en nuestro sistema es un arrendamiento con tripulación.

ACMI (aircraft, crew, maintenance and insurance)

En la práctica existe también la modalidad de ACMI-lease, que por su naturaleza puede ubicarse como un wet-lease, en los términos que lo hemos venido analizando, en cuanto el arrendamiento de la aeronave incluye además a la tripulación, sin embargo esta modalidad también incluye el mantenimiento de la aeronave y el seguro.

En cuanto a esta modalidad de contratos se refiere (de utilización de aeronaves) debe tenerse precaución de los términos y extremos que cada uno de ellos abarca, siendo que por ejemplo, esta modalidad de ACMI-lease si bien el término a grosso modo incluye el mantenimiento, no incluye la gasolina ni el aceite, igualmente contempla un seguro, éste no incluye el de los pasajeros ni el del equipaje¹⁰, como ocurre con una lista bastante larga de aspectos que no se entenderán cubiertos por el arrendante o fletante.

Sin embargo GAGGERO al referirse al wet-lease expone que el mismo incluye el abastecimiento de gasolina, lo cual constituye una diferencia bastante determinante, de la cual es importante cerciorarse, en vista

de que no existe consenso total en la praxis aeronáutica de aspectos como este.

Leasing Operativo

Las figuras del arrendamiento operativo, financiero, leveraged lease y lease back, suelen ubicarse como tipos de contratos de leasing, noción diversa al contrato de renting -alquiler- o lease, que vendrían a representar los contratos de arrendamiento o locación traducidos a nuestra lengua española, sin embargo la noción de leasing en sí misma, cuando no se acompaña de otro calificativo se refiere a lo que en el apartado siguiente denominados arrendamiento financiero.

En el contrato de leasing operativo aeronáutico una empresa productora de estos equipos acuerda ceder por un tiempo y a cambio de un precio determinados el uso y goce de uno o más aeronaves a otra empresa. Las obligaciones del propietario/arrendante radican en la adecuada entrega del bien y velar por los gastos de mantenimiento de la misma.

Una de las características que lo diferencia de la figura del arrendamiento financiero, en adelante leasing, entre otras cosas en virtud de las partes que lo conforman, siendo que en el arrendamiento operativo es el propio productor del equipo quien se constituye en arrendador del mismo., razón por la cual constituye un contrato bilateral.

10 Información disponible en Global Plane Search: <http://www.globalplanesearch.com>

A este contrato también se le ha referido por los términos, arrendamiento de explotación, renting o arrendamiento industrial (BULGARELLI, F. y LEIVA, M. La realidad jurídica, social y económica de los contratos de leasing financiero en Costa Rica. Pp. 32-33).

Además del sujeto sobre el cual recae la figura del arrendante, este contrato también se caracteriza por la posibilidad de que el arrendatario se encuentre facultado para legítimamente dar por terminado el contrato por motivo de que las condiciones técnicas del equipo no le resultaren satisfactorias, dando previo aviso de ello al arrendante, quien además de recibir el importe periódico cobrado en virtud del contrato, logra por esta vía una opción para colocar sus productos.

Por su parte, la obligación del arrendante de dar mantenimiento al equipo arrendado, incluye la obligación de cubrir los gastos derivados de reparaciones, seguros e impuestos¹¹. Esta autora señala que en este tipo contractual las partes del contrato serán las mismas del contrato de leasing financiero, sin embargo *el propietario del bien no tiene necesariamente que ser una compañía de financiamiento comercial*, (BULGARELLI, F. y LEIVA, M Op. Cit. Pág. 32), sin embargo para nuestros efectos entenderemos que más allá

de ser una posibilidad, la condición de que el arrendante del bien debe ser la empresa productora constituye un carácter definitorio de estos contratos, siendo precisamente que cuando se involucre una entidad financiera se estará entonces ante una modalidad de leasing financiero, como veremos más adelante.

En este sentido, el Lic. Abraham Stern señala que “en este tipo de operación no interviene una entidad financiera, y las negociaciones se hacen directamente entre el fabricante del equipo y el usuario.” (STERN, Abraham. El contrato de leasing internacional de equipo (cross border equipment lease) y su incorporación en el sistema jurídico costarricense. 1994. Pág. 53)

En otro orden de ideas, el plazo de los contratos de leasing operativo suele ser relativamente corto comparado con la vida económicamente útil del bien arrendado. Particularmente, en el campo aeronáutico los plazos pueden rondar entre los dos y los siete años.¹²

A nivel económico y financiero este contrato presenta varias ventajas, entre ellas el arrendatario podrá utilizar un bien de equipo que necesita sin tener que realizar la inversión de adquirirlo, pudiendo además incluir como gastos operativos las cuotas periódicas que pague por

11 Al respecto ver: STERN, Abraham. El contrato de leasing internacional de equipo (cross border equipment lease) y su incorporación en el sistema jurídico costarricense. 1994. Pp. 53-54; y BULGARELLI, F y LEIVA, M. Op. Cit. Pp. 32-33.

12 Información disponible en Global Plane Search: <http://www.globalplanesearch.com>

motivo del uso y goce del bien, mientras que el propietario además de contar con una vía más para proceder a la colocación de sus equipos puede incluir contablemente la depreciación del bien que está dando en arrendamiento.

Arrendamiento Financiero: Leasing

La figura del leasing surge en el seno de los sistemas anglosajones como un mecanismo de financiación empresarial. Algunos autores han señalado como primera manifestación de esta modalidad contractual en la Segunda Guerra Mundial, cuando Reino Unido, severamente golpeada por los ataques alemanes requería comprar buques de guerra, sin embargo a Estados Unidos en virtud de la legislación nacional vigente en ese momento no le resultaba posible vender equipo de guerra a Estados que se encontrarán en conflictos armados. Así, en aras de obviar tal situación se decidió alquilar los buques a Reino Unido incluyendo en el contrato una cláusula de opción de venta al finalizar el plazo del alquiler. (BULGARELLI, F. y LEIVA, M. Op. Cit. Pág. 11)

La Dra. María Sierra Flores señala que puede ubicarse igualmente a las consecuencias generadas a nivel económico en la época de la pos-guerra, en virtud de la necesidad de buscar vías alternas y viables para el financiamiento de las empresas, siendo que incluso los préstamos bancarios en oportunidades no resultaban ya óptimos para la situación de las empresas, y por medio de la financiación externa usualmente había que desembolsar al

menos un 15 o 20 por ciento del monto requerido. (SIERRA, María. El Leasing internacional en el Tratado UNIDROIT. Pág. 2-3).

Luego entre los años 60's y 70's se extiende la implementación de esta figura contractual a Europa, y a partir de ese momento se considera que el mayor impulso lo dan las sociedades financieras. Surgiendo la primera de ellas en Estados Unidos en el año 1952 en San Francisco, con el US Leasing Corporation, luego en España en el año 1965 con la sociedad Alquiber y Alequinsa, en Colombia en 1973 con City Corporation, Leasing de Colombia y Leasing Mazuera.

En nuestro país se incorpora la utilización de esta figura contractual aproximadamente en el año 1995 con los contratos de leasing ofrecidos por la Banca Privada para financiar la compra de vehículos.¹³

Sin embargo, como menciona la Dra. Sierra con el desarrollo de esta figura no tarda en emplearse en el campo de los transportes tanto marítimo como aéreo, espacios en los cuales adquirió rápida importancia. Así, las empresas aeronáuticas, incluyendo las que han tenido sedes o agencias en nuestro país, regularmente utilizan este tipo de contratación para el desarrollo de su actividad comercial.

En razón de la realidad práctica en el campo aeronáutico, los contratos de leasing resultan generalmente de naturaleza internacional,

13 Las Licenciadas Bulgarelli y Leiva hacen un análisis del contrato de leasing, particularmente ubicado en la realidad costarricense contemporánea, criticando al respecto la incorrecta utilización del leasing como contrato de financiación empresarial para adquirir bienes de equipo que gozan con la facultad de autofinanciarse, en cuando el lessor - arrendatario- utilizará el bien dentro de su giro comercial para producir activos, sin embargo al utilizar esta figura para adquirir bienes de consumo, como automóviles para uso doméstico en realidad no se percibe una adecuada implementación de la operación financiera del leasing.

siendo que el productor del bien, la sociedad de financiamiento -lessor- o el usuario -lessee- tienen su sede u oficinas en países diversos.

Para arribar a un punto un poco más claro, podríamos definir al contrato de leasing como aquel por medio del cual un sujeto -usuario- insta a una empresa que se dedique al financiamiento empresarial que adquiera determinado bien para que luego proceda a cederle el uso y goce del mismo. La empresa –entidad financiera- adquiere el bien, celebrando a título personal un contrato de compraventa con la empresa que produzca el bien -vendedor-, la cual a su vez tendrá conocimiento de la posterior cesión del uso del bien que hará la entidad financiera. Una vez celebrada la compraventa, celebra el contrato al que se le asigna la denominación de leasing (a pesar de que en realidad debe tenerse en cuenta que para efectos prácticos e incluso a nivel de responsabilidad contractual la operación de leasing había dado inicio desde el acuerdo entre la entidad financiera y el usuario para que la primera adquiriera un bien en particular).

En la contratación celebrada entre la entidad financiera y el usuario se acuerda la cesión del uso y goce del bien, a cambio de un precio determinado que será pagado periódicamente por el usuario –análogo al precio del alquiler en el contrato de arrendamiento tradicional- , pactándose también una opción de compra que será ejecutable al finalizar el plazo del contrato.

El bien permanecerá a nombre de la entidad financiera, quien será la propietaria del mismo, quien solamente responderá por la entrega, transfiriendo al usuario la acción directa contra el vendedor por los defectos del bien. Igualmente los gastos de mantenimiento y demás correrán por cuenta del usuario.

Por la naturaleza del leasing, y la inexistencia de un término semejante en otras lenguas a la hora de traducirlo y adaptarlo a otros sistemas jurídicos distintos del anglosajón han surgido no pocas confusiones. Así se le ha pretendido considerar una compra venta a plazos, una modalidad de arrendamiento de tipo financiero, un contrato con connotaciones de la comisión, promesa de venta, préstamo, mutuo y comodato básicamente.

Para nuestros efectos consideramos al contrato de leasing una figura autónoma que comparte algunos efectos y caracteres que también se encuentran presentes en los tipos contractuales anteriormente mencionados, sin que ello implique tampoco que se trata de una mezcla de varios contratos.

Por otro lado, a diferencia del leasing operativo este –el financiero– es irrevocable de manera que el usuario no podrá resolver en contrato unilateralmente.

En Costa Rica no se encuentra regulado el leasing propiamente, menos aún en su modalidad de contrato aeronáutico internacional, existiendo normativa solamente referida a cuestiones tributarias (Decreto Ejecutivo 32433-H del año 2005), siendo que precisamente uno de los atractivos del leasing ha sido desde sus inicios las ventajas no solo económicas sino también fiscales que presenta.

La falta de regulación expresa de este contrato puede llevar a la implementación de cláusulas abusivas, siendo que nos encontramos ante contratos que en la práctica se han caracterizado por ser de adhesión, lo que permite a la parte que lo prepara –sociedad financiera– obtener eventuales beneficios en perjuicio del usuario,

independientemente de la posibilidad de alegar con posterioridad la nulidad de tales cláusulas por resultar abusivas.

Igualmente, la Dra. Sierra señala otras problemáticas a las cuales se habrán de enfrentar las partes antes las lagunas legislativas, en vista de que a la hora de resolver conflictos se opta de tratar de estirar el contenido de los contratos típicos que más se acerquen a esta figura. Esta autora indica que "(...) respecto de aquellos ordenamientos que no cuenten con una regulación privada específica para el leasing financiero, los problemas que se planteen y que no puedan resolverse por lo dispuesto en el contrato celebrado por las partes habrán de solucionarse con arreglo a la aplicación analógica de las normas previstas para las figuras anteriormente señaladas -*compraventa, arrendamiento, promesa de venta, comisión, entre otros*-, pero moduladas convenientemente por la mixtura de prestaciones que aparezcan en el contrato en cuestión y teniendo en cuenta la finalidad última de la figura de leasing internacional acogida en el Tratado, que es la de financiar la disponibilidad inmediata del equipo adquirido exclusivamente a tal efecto y a cambio de la devolución gradual por la Empresa usuaria a la sociedad de leasing del importe anticipado a través de la compraventa más los intereses devengados y la remuneración a la actividad de la Sociedad de leasing." Lo escrito entreguiones no pertenece al original. (SIERRA, María. Op. Cit. Pág.23).

Es menester mencionar que incluso a nivel de normas internacionales, en Convenio sobre el Leasing Financiero Internacional de la UNIDROIT, aprobado en Ottawa el 20 de mayo del año 1988, resultado de un largo proceso de estudio y análisis, si bien expone en sus motivos y primer artículo que tiene la intención de con su clausulado asegurar la equidad en las prestaciones de las partes, en realidad esta motivación pareciera no reflejarse en su clausulado.

En este sentido por ejemplo, puede contrastarse el contenido de los artículos 12 y 13, y los artículos 9 y 8.2, lo anterior en cuanto el primer par indicado presenta clara inequidad en cuanto a los amplios términos a partir de los cuales se establece la protección de los derechos de la sociedad de leasing, así como el funcionamiento automático previsto también en su beneficio, mientras que con respecto al usuario se prevén una serie de presupuestos y requisitos para tutelar los derechos de los usuarios.

Igualmente, el segundo par indicado refleja la desigualdad entre el casuismo con el cual se exponen las obligaciones del usuario, mientras que las de la sociedad de leasing se plantean de una manera meramente general indicando que debe asegurar la posesión pacífica del bien arrendado.

Esta modalidad de contrato sin embargo es de gran utilización en el campo aeronáutico, resultando imperioso en este sentido el poder traer más claridad al respecto, sobre todo en

caso de encontrarnos ante situaciones de patología negocial, para poder garantizar el debido respecto de los derechos de todas las partes. En la práctica algunos aspectos que han demostrado ser más problemáticos son por ejemplo lo referido a la repatriación de las cuotas pagadas, la regulación de la opción de compra y la protección de los derechos de propiedad de la sociedad de leasing así como la recuperación del bien por parte de ésta, su legítima propietaria.¹⁴

Dentro de la categoría de los contratos de leasing, además del financiero y el operativo, la praxis ha desarrollado algunas otras modalidades derivadas¹⁵. Así, por ejemplo, el leveraged lease, que ha resultado de utilidad en campo aeronáutico por el elevado precio de las aeronaves y equipo relacionado.

El leveraged lease puede concebirse como un leasing financiero apalancado, de manera que la sociedad de leasing no adquiere la aeronave por su propio peculio, sino que aporta parte del precio, usualmente un monto no muy elevado, alrededor de un 20 o 30 por ciento, o incluso menos, y el resto del precio lo financia una segunda sociedad financiera, a quien le son cedidos los derechos derivados del contrato de leasing.

Intercambio de aeronaves

Dentro del contexto de contratos de utilización de aeronaves GAGGERO afirma que el contrato de intercambio o banalización, constituye *la figura más compleja e indefinida de la categoría*. Este autor define al intercambio aeronáutico como “un contrato complejo en que dos o más explotadores de aeronaves se ceden recíprocamente el derecho de utilizar sus respectivas máquinas en el cumplimiento de las operaciones fijadas de común acuerdo.” (GAGGERO, Eduardo. Op. Cit. Pág. 42) Considerando este autor la viabilidad de estos tanto entre líneas aéreas de un mismo país, como a nivel internacional.

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones de Perú pareciera compartir el criterio mencionado, siendo que se refiere a este contrato como aquel en el que una empresa explotadora de rutas aéreas cede a otra - también explotadora- el control operacional de una aeronave por un periodo determinado de tiempo. (MTC. EVALUACIÓN DE ACUERDO DE ARRENDAMIENTO, FLETAMENTO E INTERCAMBIO DE AERONAVES. 2003.)

En ambos casos, se parte de que el acuerdo de intercambio opera sin tripulación. Siguiendo esa

14 Al respecto ver: SIERRA, María. Op. Cit. Pp. 7-9.

15 También se ha utilizado la figura del lease-back o leasing de retorno, la cual lejos de ser novedosa se utilizó por primera vez en los Estados Unidos en el año 1936 (BULGARELLI, F. y LEIVA, M. Op. Cit. Pág. 12), y constituye una modalidad en la cual hay dos contratos, un primer contrato de compraventa entre una empresa (vendedora/usuario) y una sociedad de leasing, luego se celebra entre esas dos partes un contrato de leasing, en el cual la empresa vendedora figura como leesor, es decir la empresa vende el bien, transfiriendo su derecho de dominio, y luego le son cedidos los derechos de uso y goce del bien en cuestión. (SIERRA, María. Op. Cit. Pág. 5)

línea de pensamiento la Ley General de Aviación Civil en los numerales 318 y 319 hace referencia al intercambio de aeronaves, estableciendo que *puede* celebrarse como un arrendamiento recíproco (restando determinar de qué otra manera podrá ser acordada una negociación de esta naturaleza), y que operará sin tripulación.

Sin embargo, se indica también que se celebrará entre “empresas costarricenses” limitante cuya justificación desconocemos.

Hasta aquí no encontramos mayor problema, sin embargo en resoluciones de la CLAC se hace referencia al “intercambio o fletamento” despertando la duda de si es que ambas nociones se están considerando sinónimos, cuando hasta aquí ambas nociones implican un distintivo básico y es que la primera opera sin tripulación y la segunda con ella.

Sin embargo, igualmente se hace referencia en varios textos a las figuras de arrendamiento, fletamento e intercambio, pareciendo en tales términos que son consideradas tres figuras diversas, cuando luego se refiere al fletamento como wet-lease o arrendamiento con tripulación. Solamente para luego, definir aeronave arrendada, fletamento, subfletamento y subarrendar, de donde podríamos concluir que sí se percibe alguna diferencia conceptual entre las tres figuras, no obstante no es más que una simple conjetura antojadiza. (CLAC: GEPEJTA 11-2003 Y 13-2004).

Por otro lado, en un informe que presenta la AITAL a la CLAC para la Décimo Tercera reunión de la GEPEJTA se indica que siguiendo la tesis de Federico Videla, puede concluirse que el intercambio se refiere a un acuerdo de realizar fletamentos -no así arrendamientos- recíprocos, criterio opuesto

al expresado hasta ahora, pero que goza del reconocimiento de importantes instancias en material aeronáutica (AITAL y CLAC).

En dicho Informe se considera además que la banalización no resulta otra denominación de la misma figura, sino que se refiere a esta modalidad de contratación, pero cuando se acuerda de manera permanente.

Algunas reflexiones finales

Las prácticas mercantiles han demostrado innovar con rapidez contratos, operaciones negociales, formas de pago, y otros institutos que el Derecho paulatinamente trata de traducir en su propio lenguaje, procurando dar respuesta precisamente al contexto a partir del cual surgen.

En este sentido en el campo aeronáutico además del elemento mercantil, generados de cambios imparables desde sus inicios, debemos ubicar la innegable internacionalidad de los contratos de utilización de aeronaves. Elemento este último que implica la problemática de tener que realizar una sumatoria de todas las lagunas, indefiniciones conceptuales, y antagonismos de los sistemas legales Estatales, lo cual no representa sino obstáculos al desarrollo de la actividad aeronáutica.

Ante esta situación resulta de gran importancia la unificación de criterios, expresada luego a nivel legislativo, pero creada en el seno del contexto que le dio origen: la praxis aeronáutica, no la teoría legal, a la cual le queda la tarea de adecuar tales nociones prácticas ya redondeadas y coherentes entre sí, y crear un sistema organizado, en la medida de lo posible justo, y procurando garantizar la equidad en las prestaciones de las partes involucradas.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y Trabajos Finales de Graduación

BULGARELLI, F. y LEIVA, M. La realidad jurídica, social y económica de los contratos de leasing financiero en Costa Rica. <http://www.uned.ac.cr/sep/recursos/investigaciones/documents/RealidadJuridica.pdf>

FLORES DOÑA, María de la Sierra. El Leasing Financiero Internacional en el Tratado UNIDROIT. Universidad Complutense de Madrid. 2006. <http://www.ucm.es/eprints/1533>

STERN, Abraham. El contrato de leasing internacional de equipo (cross border equipment lease) y su incorporación en el sistema jurídico costarricense. 1994.

GAGGERO, Eduardo. Contratos de Utilización de Aeronaves. Fundación de Cultura Universitaria. Uruguay. 1979.

Documentos electrónicos

Evaluación de Acuerdo de Arrendamiento, Fletamento o Intercambio de Aeronaves. Ministerio de Transporte y Comunicaciones. Perú. http://www.mts.go.pe/portal/transportes/aereo/guias_man/mia/data/apendice_a/procedimiento_f_dgac_a_036_mia_rev5.pdf

Arrendamiento de Aeronaves en el transporte aéreo internacional. Conferencia Mundial de Transporte Aéreo: Retos y Oportunidades de la

Liberalización. ATConf/-WP/9. Montreal. 24 a 29 de marzo del año 2003. http://www.icao.int/incao/en/atb/atconf5/docs/atconf5_wp009_sp.pdf
Estudio del problema de fletamento o intercambio de aeronaves en la región. Undécima Reunión del Grupo de Expertos en Asuntos Políticos, Económicos y Jurídicos del Transporte Aéreo (GEPEJTA). Comisión Latinoamericana de Aviación Civil. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia. Febrero 25-27 del año 2003. <http://clacsec.lima.incao.int/reuniones/2003/gepjta11/ne/11gene-05.pdf>

Estudio acerca del Arrendamiento de Aeronaves. Organización de Aviación Civil Internacional (OACI). 1999 <http://clacsec.lima.incao.int/reuniones/2003/gepjta11/ne/11gene-05.pdf>

Recomendación sobre Arrendamiento de Aeronaves. Conferencia Europea de Aviación Civil. (CEAC) 21-1 <http://clacsec.lima.incao.int/reuniones/2003/gepjta11/ne/11gene-05.pdf>.

Estudio del problema de fletamento o intercambio de aeronaves en la región. Décimo Tercera Reunión del Grupo de Expertos en Asuntos Políticos, Económicos y Jurídicos del Transporte Aéreo (GEPEJTA). Comisión Latinoamericana de Aviación Civil. Santiago, Chile. Marzo 9-11 del año 2004. <http://clacsec.lima.incao.int/reuniones/2004/gepjta13/ne/13gene16.pdf>.

Aircraft Lease. Global Plane Search. <http://www.globalplanesearch.com/aircraft/nis/definition.htm>

Air Leasing. Aerospace.
<http://www.aerospace-technology.com/glossary/air-leasing.html>

Aircraft for Charter. Global Plane Search.
<http://www.globalplanesearch.com/aircraft/charter/aircraft-charter.htm>

Legislación

UNIDROIT Convention on International Financial Leasing <http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.financial.leasing.convention.1988/doc>

Código Aeronáutico. Uruguay. <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ley14305.htm>

Ley General de Aviación Civil y sus Reformas. N° 5150. Costa Rica. <http://www.pgr.go.cr>

Diccionarios legales y económicos

<http://www.investorwords.com>

<http://www.specialinvestor.com/terms/2004.html>

<http://www.geocities.com/WallStreet/Exchange/8413/leverage.htm>

<http://dictionary.law.com/default2.asp?selecte d=1122&bold=|||>

EL CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Licda. Juliana Cristina Rincón

ÍNDICE

- I. Algunos Datos Históricos sobre el Contrato de Seguro Marítimo
- II. Sobre el Lloyd's
- III. Generalidades sobre el Contrato de Seguro Marítimo
- IV. Elementos Esenciales del Contrato de Seguro Marítimo: El Interés Asegurable y el Riesgo
- V. Las Cláusulas del Instituto de Londres
- VI. El Siniestro
- VII. Clubes de Protección e Indemnización
- Conclusiones
- Bibliografía

I. ALGUNOS DATOS HISTÓRICOS SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO

Los diferentes autores sobre la materia coinciden en destacar al seguro marítimo como la primera forma de seguro que existió, dado que su surgimiento se dio en los pueblos antiguos como consecuencia de la necesidad de los comerciantes de protegerse frente a los numerosos peligros que ofrecía la navegación marítima.

Se dice que en donde se han encontrado vestigios de una ley expresa sobre la materia vigente es en la isla de Rodas (Grecia), alrededor del año 400 antes de la Era Cristiana, cuando la ciudad de Rodas incorporó en su legislación la institución de la avería gruesa o común también llamada Ley de la echazón. Dicha regulación estableció la obligación de los propietarios de las mercancías de distribuirse el costo de la siniestralidad ocurrida en el mar.

Por otro lado, hay quienes indican que el seguro marítimo se remonta posiblemente a una institución romana llamada "Foenus Nauticum" que llegó hasta nosotros como "préstamo a la gruesa". Dicha institución consistía en el mutuo sobre una suma de dinero cuyo pago era garantizado por el naviero con un derecho real sobre la nave (bottomry), o sobre la carga. A cambio del préstamo y si la aventura marítima tenía éxito, el armador o naviero se comprometía a pagarle al prestamista el capital más un interés. Si, por el contrario, ocurría algún evento que causara la pérdida de la nave, como su hundimiento, el banquero perdía el préstamo y los intereses. Se puede decir que esta transacción se dio como la primera forma de transferencia del riesgo por

parte del propietario del barco a otra parte, en este caso el prestamista.

Autores como Uría González consideran también que el seguro marítimo es una derivación del préstamo a la gruesa, producto del permanente tráfico marítimo entre las ciudades del Mediterráneo durante la Edad Media¹. *“Como es sabido, el objeto fundamental del préstamo a la gruesa, al igual que el del seguro, consistía en cubrir el riesgo de pérdida o daños del buque y de su cargamento. Se diferencian ambas instituciones en que, mientras en el seguro sólo se hace entrega de la indemnización una vez ocurrido el siniestro, en el préstamo a la gruesa, el prestamista entregaba el capital al dueño del buque o del cargamento por anticipado, antes del comienzo de la expedición marítima, habiéndose de devolver éste sólo en caso de feliz arribo de la nave a puerto; es decir, en caso de no ocurrir el siniestro.”*²

Luego con las invasiones bárbaras se reduce el comercio el cual pareció desaparecer; pero ya en la edad media renace nuevamente, sobre todo en las ciudades italianas en donde empieza a desarrollarse la idea de seguro como lo vemos nosotros ahora; incluso podemos ver que muchas instituciones marítimas actuales se designan con palabras de origen italiano, tales como “Charter Party” en inglés que viene del italiano: “carta partita”.

Pese a las diferentes opiniones al respecto, Los historiadores reconocen unánimemente que los primeros contratos de seguro marítimo surgieron en Italia a principios del siglo XIV, y las leyes genovesas de la segunda mitad del mismo siglo son las primeras que se conocen sobre la materia. En el siglo XV el seguro fue regulado en las Ordenanzas de Bilbao y en las de Barcelona -años 1432, 1435, 1452, 1458 y finalmente 1484- y posteriormente las Ordenanzas de Burgos de 1538 y 1560.

Sin embargo, y a pesar de todos los antecedentes existentes, la regulación jurídica más importante para el seguro marítimo, por ser el antecedente más próximo a los Códigos, es el “Guidon de la Mer” publicado en Francia entre 1556 y 1584. Se trata de una recopilación de usos marítimos franceses, en el cual se inspiró posteriormente la Ordenanza de la Marina de 1681.³

II. SOBRE EL LLOYD'S

Por razones históricas, la hegemonía italiana en el comercio internacional y en el mundo del seguro duró poco. Debido al predominio que el Imperio Inglés asumió en el siglo XVII, el comercio marítimo se desarrolló en una gran dimensión en ese país, convirtiéndose en el centro de seguros del mundo. Bajo el reinado de Carlos II, se inauguró un periodo muy fructífero en el imperio británico: se desarrolló el comercio marítimo y con éste la

1 URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo. El Seguro Marítimo, Barcelona, España, Editorial Bosch, 1940, p.8.

2 RODRÍGUEZ CARRIÓN, José Luís. Cuestiones de Seguro Marítimo. Algunas Cláusulas Inglesas de Seguro de Buques. España, Consejo General del Poder Judicial, 1992, p.2.

3 Al respecto ver AGUILAR GUTIÉRREZ, David. El Contrato de Seguro de Transporte Marítimo de Mercancías, tesis de grado para optar al título de licenciado en derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1986, p.22 y BELTRÁN MONTIEL, Luís. Curso de Derecho de la Navegación, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, p. 442.

institución de los seguros; pero fue sin duda con la promulgación del Acta de Navegación de Oliver Cromwell (1651), a través de la cual impuso a los Países Bajos la supremacía marítima inglesa, que el Puerto de Londres se transformó en el de mayor tráfico en el mundo.⁴

Sin duda, el factor que más influyó en el predominante papel que desempeñó el mercado de Londres en materia de seguro marítimo, fue el café del señor Edgard Lloyd. A finales del siglo XVII, el señor Lloyd, de origen galés, estableció un café al que acudía numerosa clientela formada por armadores, aseguradores, capitanes, comerciantes marítimos, etc., a tomar café y a realizar sus negocios, convirtiéndose el citado lugar en una especie de club en donde se intercambiaba información sobre asuntos marítimos, firmaban contratos de fletamento, se negociaban seguros que se hacían a través de personas individuales responsables con su patrimonio, etc. Así, el señor Lloyd empezó a prestar varios servicios, tales como la inspección de barcos y de mercancías, la clasificación y el registro de barcos, y a hacer publicaciones marítimas en un boletín con información sobre la lista de barcos que llegaban y el estado en que se encontraban. Dicho boletín se convirtió en el "Lloyd's List", periódico fundado en 1734 y que aún persiste en la actualidad; se publica todos los días y en él se pueden encontrar todos los barcos del mundo, cuál es su posición, cuál es su bandera, quién es su dueño, y la clasificación.

Hoy en día el Lloyd's mantiene su estructura y funciona a través de sindicatos de 40 o 50 personas que tienen su representante; ahí

se negocian todas las primas de seguros y reaseguros del mundo. Es de anotar que "Lloyd's no es una compañía aseguradora, como muchos creen, sino una corporación de empresas aseguradoras; por sí misma, esta organización no asume riesgos; son sus aseguradores los que lo hacen."⁵

La información publicada por el *Lloyd's List* es de gran importancia para la actividad marítima, pero es la clasificación de los buques la que adquiere mayor relevancia frente al seguro marítimo, ya que el precio del seguro de casco y maquinaria se establece con base a dicha clasificación la cual es dada por sociedades clasificadoras especializadas. Dichas sociedades están encargadas de dictar normas para la construcción de los buques y de vigilar que tales reglas se cumplan con el fin de que las naves se mantengan en buenas condiciones de navegabilidad.

Fue precisamente en el café de Lloyd en donde se fundó en 1760 el *Lloyd's Register of Shipping*, sociedad de clasificación considerada como la más antigua a nivel internacional. Le sigue en antigüedad e importancia el *American Bureau of Shipping*; fundado en Nueva York en 1826, que tiene por objetivo principal la certificación de la seguridad operacional y de la navegabilidad de los buques mercantes.⁶

Todas las sociedades clasificadoras han nacido con el objetivo fundamental de fomentar la seguridad de la navegación, para lo cual han modernizado sus reglas de construcción e inspección de las máquinas.

4 Así: PINACHO BOLAÑO, Javier. Tráfico Marítimo, Madrid, Fondo Editorial de Ingeniería Naval, 1978, p. 318.

5 PÉREZ VARGAS, Víctor. *El Contrato de Seguro Marítimo*, Revista Istitia, Año 14, No.168, diciembre de 2000.

6 CUADERNOS DE LA CEPAL. *Los Conceptos Básicos del Transporte Marítimo y la Situación de la Actividad en América Latina*. Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Naciones Unidas, 1986, p.57.

Otro hecho importante que surgió en el café de Lloyd, fue la adopción en 1779 de una póliza uniforme de seguro marítimo conocida actualmente como la Póliza “SG” (Ships Goods), cuyo uso fue aceptado por todos los miembros del Lloyd’s. Tal documento fue sometido y aprobado en el Parlamento Inglés, convirtiéndose en el modelo oficial de la póliza de seguro marítimo británico.⁷

El sistema inglés predomina aún en nuestros días, y es la Asociación Internacional de Aseguradores de Londres (conocida hasta antes de 1998 como Instituto de Aseguradores de Londres) la que marca las pautas en materia de seguros a nivel mundial y en donde se redactan las distintas fórmulas que contienen las pólizas. Así mismo, emite directrices que son reconocidas a nivel internacional y aunque su cumplimiento no es obligatorio, sus contenidos son aplicados en las diferentes regulaciones y en la vida práctica; de hecho, tales disposiciones, según lo manifiesta URÍA GONZÁLEZ⁸, constituyen costumbre internacional.

Las condiciones de seguro aplicadas por el Instituto fueron creadas en 1912 y se conocen como “cláusulas del Instituto”. Estas cláusulas se denominaban: Contra Todo Riesgo (All-Risk), libre de avería particular (Free of Particular Average o “FPA”) y con avería particular (With Particular Average o “WPA”). La cobertura FPA (libre de avería particular) solo cubría la avería gruesa. Para cubrir avería particular se tomaba

una cláusula WA (con avería), y si se quería una cobertura mayor se tomaba una cláusula All Risks (todo riesgo). Pero estos nombres de las cláusulas inducían a error.

Por este motivo, y según las recomendaciones formuladas por la UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development), se introdujo una reforma a las cláusulas de seguro marítimo inglés las cuales desembocaron en la eliminación de la Póliza “SG” de 1779 y en la creación de las Cláusulas del Instituto de Londres para Carga del año 1982 y para Casco y Máquina de 1983. Las mismas recibieron el nombre de Cláusulas A, B y C para evitar confusiones.

III. GENERALIDADES SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO

A. PRINCIPIOS

El seguro marítimo ha sido definido como “un contrato por el cual una persona (el asegurador) consiente en indemnizar a otra persona (el asegurado) el perjuicio sufrido con ocasión de una expedición marítima, que consiste en una pérdida real de valor, mediante el pago de una prima, y hasta coincidir con una indemnización que no podría exceder el valor de las cosas perdidas.”⁹

El ámbito del seguro se extiende en principio a todos los riesgos de la actividad marítima. La naturaleza de los riesgos es el elemento distintivo del contrato de seguro marítimo, el

7 WINTER, William. *Marine Insurance*. Mc Graw Hill, New York, 1952, p. 16.

8 URÍA GONZALEZ, Rodrigo. Op. cit., p.26

9 RIPERT, Georges. *Compendio de Derecho Marítimo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954, p.326.

cuál cubre, no sólo los riesgos ligados a un viaje o navegación, sino a todos los riesgos relacionados a operaciones o trabajos en los que el elemento marino interviene, incluso en aquellos casos en que la actividad no se desarrolla en el mar como por ejemplo: el seguro que cubre la carga después de su desembarco, o el que cubre al buque durante su construcción.

Los principios del seguro marítimo son los mismos que se aplican a otros tipos de seguro, en donde participan dos partes: El Asegurado o tomador de la póliza de seguro quien ostenta un interés en relación con la cosa asegurada para lo cual se compromete a pagar una prima; y la Aseguradora o Compañía de Seguros que a cambio del pago de una remuneración (prima) por parte del asegurado, se compromete a indemnizarlo contra los daños o gastos que pueda sufrir como consecuencia de la ocurrencia de cualquiera de los riesgos asegurados¹⁰, es decir, la aseguradora asume los riesgos vinculados al transporte marítimo. Un tema importante en el área del seguro marítimo es el de la ocultación. El contrato de seguro marítimo requiere el mayor grado de buena fe; cualquier distorsión de un hecho, la ocultación u omisión de una circunstancia importante que pueda influir en el asegurador para la aceptación del riesgo y fijación de la prima causará la nulidad de la póliza. Así las cosas, se exige a los contratantes la MÁXIMA BUENA FE desde la etapa precontractual,

esto es durante las negociaciones, así como en su celebración y desde luego durante su ejecución. La buena fe adquiere relevante importancia respecto del asegurado, ya que su deber es dar a conocer al asegurador todas aquellas circunstancias objetivas y subjetivas necesarias para la valoración de los riesgos que serán cubiertos.¹¹

Ahora bien, el principio en estudio es visto como una carga que tiene el asegurado, ya que de la información que proporcione al momento de solicitar la cobertura, depende la exigibilidad de la prestación que pueda ejercer sobre el asegurador. Así mismo, durante la ejecución del contrato, la buena fe se manifiesta en las cargas de salvamento y de no alterar el estado del riesgo, que fue tenido en cuenta por el asegurador al momento de calcular el valor de la prima.¹²

El citado principio aparece en la Ley de Seguro Marítimo Inglesa de 1906 (English Marine Insurance Act 1906) y ha sido acogida por diferentes legislaciones, entre ellas por el Código de Comercio Costarricense de 1853, aún vigente en materia de seguros.

Por otro lado, es importante resaltar el CARÁCTER INDEMNIZATORIO del contrato de seguro, según el cual el asegurado tiene derecho a ser compensado si sufre un daño o una pérdida como resultado del acaecimiento del riesgo que el asegurador se comprometió a protegerle.

10 CORDERO GONZÁLEZ, Juan Manuel y MOLINARI VÍLCHEZ, William. *El Contrato de Seguro de Transporte Aéreo y Marítimo en el Comercio Internacional*, Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José, 1991, p.100.

11 Al respecto: AGUILAR GUTIÉRREZ, David. Op. cit., p.49.

12 PÉREZ VARGAS, Víctor. op. cit., p.p. 4, 5.

“La indemnización supone entonces, el resarcimiento de un daño previsto en la póliza; dicho daño debe ser medible objetivamente a efecto de determinar si la póliza efectivamente lo cubre”¹³. Lo anterior significa no sólo que el asegurado debe haber sufrido una pérdida económica para tener derecho a ser compensado, sino que además su derecho tiene como límite máximo el valor real (asegurable) del objeto siniestrado, ya que el asegurado no debe obtener del seguro un enriquecimiento o ventaja económica, sino el resarcimiento de su pérdida.

B. LA PÓLIZA

El seguro marítimo se materializa en la póliza, documento que constituye el contrato de seguro en el que se regulan las obligaciones, derechos y en general, los términos y condiciones de la relación contractual.

La póliza marina puede cubrir los riesgos de un solo viaje o puede que asegure por un cierto periodo. Los buques son generalmente asegurados por un tiempo determinado, usualmente año por año. Por su parte, la carga es casi siempre asegurada por viaje.

C. CLASES DE SEGURO MARÍTIMO:

Según el interés, el seguro se divide en:

Seguro de Casco. También denominado “sobre el buque”; cubre los riesgos que la navegación puede ocasionar al medio de transporte como tal.¹⁴

“El término “casco” se refiere a cualquier cosa que flota y se mueve, desde simples botes de remos hasta buques pesados y enormes que efectúan viajes trasatlánticos”¹⁵. Es importante tener en cuenta que desde el punto de vista de la navegación los cascos que se pueden asegurar son aquellos que se mueven por lo menos de vez en cuando; por lo tanto, aquellos dispositivos anclados permanentemente (como boyas, divisores, barcos bombas, etc., excepto estructuras marítimas de producción petrolera) no se aseguran en el mercado del seguro de cascos.¹⁶

Actualmente el término se ha ampliado a “casco y maquinaria”. También se aseguran otros riesgos para los propietarios de los barcos, como la colisión y los riesgos a los que se somete la nave durante la construcción y conversión.

Sobre la carga. Cubre los daños que puedan sufrir las cosas objeto del contrato de transportes y sus accesorios.

Sobre flete. Cubre el riesgo derivado del supuesto en virtud del cual se frustra el transporte.

Según la vigencia el seguro puede ser:

Seguro por tiempo: el bien se puede asegurar por un lapso determinado o determinable. En esta clase podemos ubicar el seguro de casco o buque.

El bien puede ser asegurado también por todo el viaje. El seguro sobre la carga se realiza normalmente por viaje.

13 AGUILAR GUTIÉRREZ, David. Op. cit., p.41

14 CAPELLA MOLINA, Gino. *El Contrato de Seguro Marítimo*, Revista Judicial N° 56, San José, Costa Rica, 1992.

15 MELLERT M., Walter. *El Seguro Marítimo*. Zúrich, Compañía Suiza de Reaseguros, Technical Communications, 2003, p.12.

16 *Ibidem*, p.12.

IV. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO: EL INTERÉS ASEGURABLE Y EL RIESGO

A. INTERÉS ASEGURABLE

Es principio fundamental en el seguro que, para tener derecho el asegurado a la garantía proporcionada por la cobertura de determinados riesgos, exista algún tipo de relación entre dicho asegurado y el bien objeto del seguro. A esta relación es a lo que se denomina *interés asegurable*.¹⁷

Existe en la doctrina una gran polémica respecto de qué debe considerarse como objeto del contrato. A pesar de que gran parte de los autores sostiene que lo es el interés asegurable, es preciso manifestar que el objeto del contrato son las cosas expuestas al riesgo y sobre las cuales recae la protección del seguro, esto es, el buque o las mercancías aseguradas.¹⁸ "... el concepto de interés asegurable tiene que ver más bien con la causa justa que es la función jurídica del negocio, que se cumple cuando los intereses programados son acordes con los valores del ordenamiento."¹⁹

Sobre el interés asegurable se ha dicho que: "(...) estar interesado en la conservación de una cosa es estar en tales circunstancias con respecto a ella, como para tener beneficio de su existencia y perjuicio por su destrucción".²⁰

Tal perjuicio debe recaer sobre el patrimonio del asegurado, teniendo en cuenta que la pérdida o disminución de una cosa que tiene un valor económico, significa una disminución del patrimonio, que será compensada por la indemnización del seguro.

El interés asegurable se refiere entonces a la relación económica que una persona tiene sobre una cosa sometida a los riesgos del mar. "Sólo puede contratar este seguro quien tenga interés en que el siniestro no se produzca, por encontrarse en alguna relación económica con la cosa asegurada. Dicho interés como se observa, tendrá que ser un interés subjetivo. Se asegura el interés ligado a una determinada persona, no el que pueda representar en sí la carga o mercancías aseguradas (interés objetivo)."²¹

Ahora bien, ninguna persona puede convertirse en parte de un contrato de seguro marítimo y ningún seguro marítimo es válido a menos que el asegurado tenga un interés asegurable en la cosa al momento del siniestro. Así lo establece la cláusula 11, apartado 1, del Instituto de Aseguradores de Londres, inspirada en la ley inglesa de seguro marítimo de 1906, en los siguientes términos:

"Insurable Interest Clause:

11.1 In order to recover under this insurance the Assured must have an insurable interest in the subject-matter insured at the time of the loss."

17 RODRÍGUEZ CARRIÓN, José Luis. op. cit., p. 11.

18 En este sentido ver: CAPELLA MOLINA, Gino. El Contrato de Seguro Marítimo, Revista Judicial No.56, San José, Costa Rica, 1992, p.87; PÉREZ VARGAS, Víctor. Op. cit., p.8.

19 PÉREZ VARGAS, Víctor. op. cit., p.8.

20 LORD CHORLEY. Derecho Marítimo, Barcelona, Editorial Bosh – Urgel, 1951, p.411.

21 AGUILAR GUTIÉRREZ, David. Op. cit., p.119.

Según lo anterior, el interés debe estar presente al momento del siniestro, no siendo necesario que el asegurado lo tenga al tiempo en que contrató el seguro. Por lo tanto, una vez ocurrido el siniestro recaerá sobre el asegurado la carga de la prueba de la existencia del interés asegurable.

Teniendo en cuenta que el interés marítimo asegurable es la relación de una persona con una cosa sometidas a los riesgos del mar, siendo los principales caracteres el tratarse de un interés subjetivo, existente, lícito y de naturaleza económica, se hace necesario conocer sobre quién recae la titularidad de dicho interés, pues sólo a dicho titular le será permitido ocupar la posición de asegurado y, por lo tanto, beneficiarse con la indemnización del seguro en caso de pérdida, o daños al objeto asegurado.

“Es evidente que el primer y fundamental titular del interés asegurable es el propietario del objeto asegurado, sin que se pueda negar dicho interés al que ostenta un derecho real sobre el citado objeto, tal como el acreedor hipotecario o el prendario, puesto que la pérdida del mismo representará, igualmente, la pérdida del derecho real establecido”²². El interés también puede fundarse en una relación de carácter personal que implique responsabilidad en la conservación de la cosa asegurada; tal sería el caso del depositario, del fletador, del porteador, etc., o en cualquier otra relación de hecho que implique consecuencias económicas desfavorables para algún interesado.

El interés asegurable posee un valor pecuniario determinado, el cual se encuentra estrechamente relacionado con la suma asegurada. Dicha suma, es una cantidad que fija unilateralmente el asegurador como una estimación base para calcular el valor de la indemnización que debe pagar en caso de siniestro y por supuesto, el valor de la prima que debe costear el asegurado.

Existen en la práctica contractual del seguro marítimo internacional, cláusulas o pactos contractuales que permiten la presunción de la existencia del interés asegurable; tal es el caso de las cláusulas “P.P.I” y “F.I.A.”, iniciales de las palabras, “Policy Proof of Interest”, o “Póliza Prueba del Interés” y “Full Interest Admitted”, o “Póliza de Pleno Interés Convenido”, empleadas para algunos intereses cuando pueda resultar difícil probar su existencia, o la cantidad expuesta a riesgo.

Así, la cláusula PPI es una anotación realizada en la póliza de seguro para indicar que la póliza por sí misma es prueba del interés asegurable del asegurado y que no es necesario presentar ninguna otra prueba de tal interés para solicitar la indemnización de una pérdida cubierta.²³

Por otro lado, mediante la inscripción de la cláusula FIA, la compañía aseguradora reconoce el interés económico del asegurado con respecto al objeto y está de acuerdo con su valor sin necesidad de prueba que demuestre la propiedad sobre la cosa.²⁴

22 RODRÍGUEZ CARRIÓN, José Luís. op. cit., p.11.

23 The Association of Marine Underwriters of San Francisco. Glossary. <http://www.amusf.com>

24 Ibidem.

Estas cláusulas son de gran importancia práctica por cuanto con ello se intenta evitar la prueba de la existencia del interés una vez ocurrido el siniestro, cuando dicha prueba deviene difícil. Sin embargo, es necesario afirmar que la inserción de tales cláusulas no liberaría al asegurado de las pruebas de su interés frente a la ocurrencia del siniestro, ya que se trata, sin más, de la nulidad del propio contrato de seguro.²⁵

B. EL RIESGO Y SU COBERTURA

“El riesgo marítimo, según Joaquín Garrigues, es la posibilidad de que por azar ocurra un siniestro ocasionado por las operaciones propias o complementarias de la expedición marítima”²⁶. El riesgo se refiere entonces a la posibilidad de que se produzca un evento generador de un daño o de una necesidad para el asegurado, susceptible de ser cubierto por el seguro. Existe un riesgo cuando hay incertidumbre o posibilidad de pérdida con respecto a la ocurrencia de un hecho cuya realización no desea el tomador del seguro; por lo tanto, el riesgo debe estar constituido por un hecho futuro e incierto.²⁷

La definición del riesgo en el contrato es determinante de las pretensiones de las partes, ya que fija la obligación fundamental del asegurador, consistente en el abono de la indemnización, y del asegurado al pago de la prima.

Los riesgos son objeto de diferentes tipos de cobertura de acuerdo al tipo que se escoja. La cobertura puede abarcar desde la protección mínima que se limita a “pérdida total solamente” o a la protección máxima que se denomina “contra todo riesgo”. Las partes, son las que definen el tipo de cobertura a la que se acogen. Las coberturas existentes en el ámbito internacional son definidas por las cláusulas de mercancías y de casco de la Asociación Internacional de Aseguradores de Londres, las cuales son utilizadas en la mayoría de los países del mundo.

V. LAS CLÁUSULAS DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE ASEGURADORES DE LONDRES (INSTITUTO DE LONDRES)

En el seguro de transporte internacional de mercaderías se contrata mediante una serie de formularios tipos que se llaman las Cláusulas del Instituto de Londres. El Instituto de Aseguradores, es una entidad gremial en la que interviene el Lloyd's, las compañías de seguros inglesas, y la asociación de liquidadores de avería. Ellos son quienes definen las cláusulas.

Según Cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres, válidas mundialmente en todas las aseguradoras, las cláusulas pueden ser A, B y C. La cláusula A cubre todo riesgo y la B y la C tienen coberturas limitadas.

25 RODRÍGUEZ CARRIÓN, José Luis. Cuestiones de Seguro Marítimo. Algunas Cláusulas Inglesas de Seguro de Buques. España, Ponencia Consejo General del Poder Judicial, 1992.

26 CRUZ BARNEY, Óscar. Op. cit., p. 112.

27 Al respecto ver: CAPELLA MOLINA, Gino. Op.cit., p.87; AGUILAR GUTIÉRREZ, David. Op. cit., p.131.

Cláusulas del Instituto para Cargamentos “A” – seguro a “todo riesgo” o “all risk”.

Según esta cláusula queda cubierto todo riesgo o pérdida o daño de la cosa asegurada, excepto lo que específicamente está excluido por la propia cláusula. Dichas exclusiones incluyen la cláusula de guerra, cláusula de terremotos, merma natural de la cosa asegurada (o sea las cosas que se evaporan o se desgastan por su propia naturaleza), insuficiente embalaje, demora, insolvencia del armador, daños por armas nucleares, huelga, etc. Para cubrir un riesgo excluido debe pactarse una cobertura especial en un formulario aparte.

Sin embargo, algunas denominaciones pueden ser engañosas; por ejemplo, se puede pactar cubrir el riesgo de “huelga”. El asegurado tiende a creer que le cubren los gastos financieros de la huelga, pero si lee la cláusula verá que no dice eso. Hace muchos años hubo una huelga en los puertos de Inglaterra, ello provocó que toda la carga que tenía ese destino, terminara en Róterdam; hubo gastos enormes y todos los asegurados que tenían una póliza con cláusula de huelga fueron a las compañías de seguros a que les pagaran. La respuesta fue negativa: la cláusula de huelga, lo único que cubre es daños causados por huelguistas, como disturbios o conmociones civiles, es una cláusula que cubre una asonada. No cubre los costos de reembarcar o esperar debido a una huelga²⁸.

Si se requiere una cobertura específica para un riesgo excluido (como la cláusula de guerra), debe hacerse de forma expresa con cláusulas especiales y con el pago de una prima adicional. Por lo tanto existe un seguro básico y se tiene la posibilidad por una prima adicional, de cubrir otros riesgos.

Las exclusiones generales que incluye esta cláusula son:

Conducta dolosa del asegurado (Willful misconduct).

Derrames usuales, pérdidas ordinarias de peso o de volumen o el uso y desgaste normal de los bienes objeto del seguro.

Embalaje inadecuado o insuficiente del objeto del seguro.

Vicio propio de la cosa asegurada.

Demora.

Insolvencia financiera del cargador.

Daño o destrucción deliberados de la cosa asegurada.

Pérdida por contaminación proveniente de armas nucleares.

La cláusula “A” se diferencia de todas las demás en la carga de la prueba. Si la mercancía sufre un daño y el asegurado tiene una cobertura para

28 <http://www.transcargo.com>

todo riesgo, es la compañía aseguradora la que, en caso de que desee rechazar el pago, debe probar que la causa del siniestro estaba excluida en la póliza. Por el contrario, en las cláusulas “B” y “C”, en las que la cobertura restringe ciertos peligros nombrados, es el asegurado quien debe demostrar que el daño fue realmente provocado por uno de los peligros cubiertos.²⁹

Cláusulas del Instituto para Cargamentos “B”
La cláusula B en vez de cubrir todos los riesgos menos ciertas excepciones como lo señala la cláusula “A”, sólo cubre ciertos riesgos taxativos. En ésta, la cobertura es dada en los mismos casos que se da cobertura bajo la cláusula “C”, además de la cobertura por pérdida o daño a la cosa asegurada “razonablemente atribuida a”:

Terremoto, erupción volcánica y rayo.

hundimiento, varada y embarrancada del buque.

Entrada de agua del mar, lago o río en el buque o en el lugar de almacenamiento.

Pérdida total de cualquier paquete perdido en el bote o en operaciones de carga y descarga del buque.

Abordaje.

Sacrificios en avería gruesa.

Echazón.

Gastos de salvamento.

C) Cláusulas del Instituto para Cargamentos “C”

La cláusula C es aún mas limitada que la B: cubre también una serie de riesgos taxativamente enumerados, pero la lista es menor. Tiene las mismas coberturas que en “B” excepto:

Terremoto, erupciones volcánicas y rayo.

Echazón.

Pérdida total de cualquier paquete perdido en el bote o en operaciones de carga y descarga del buque.

VI. EL SINIESTRO

Debido a la confusión a veces imperante, debemos distinguir el “riesgo” del “siniestro” y del “daño”, puesto que tales conceptos son usados errónea y frecuentemente como si fuesen análogos. Definido ya el riesgo, entendemos por “siniestro” la realización del evento o suceso que causa el daño o prevé la necesidad y contra los cuales se busca protección mediante la institución del seguro, ya que el objeto de éste es, precisamente, reparar las consecuencias patrimoniales desfavorables que un riesgo origina. El siniestro representa la producción de un riesgo. Ambos, riesgo y siniestro, se hallan en relación de causa a efecto. De otra parte, no es dado confundir el siniestro con el “daño”, ya que éste consiste en la consecuencia patrimonial creada por la realización del siniestro.³⁰

²⁹ MELLERT M., Walter. Op. Cit., p.45.

³⁰ RODRÍGUEZ CARRIÓN, José Luís. Op. cit., p.12.

VII. CLUBES DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN

Ahora bien, en el mercado inglés están por un lado, los aseguradores individuales (underwriters) congregados por medio del Lloyd's y las compañías de seguros; por otro están los Clubes de Protección e Indemnización (Protection and Indemnity Clubs llamados comúnmente P & I Clubs), que son compañías de seguros integradas por armadores y fletadores que se han unido para asegurarse mutuamente contra una serie de riesgos que no están cubiertos por seguros ordinarios. Para cubrir estos riesgos surgieron en Inglaterra a finales del siglo XIX como asociaciones mutuas de armadores. Dichos clubes, protegen los intereses de armadores y fletadores frente a las reclamaciones que terceras personas puedan realizarles.

A diferencia de los seguros en general en que la protección es proporcionada por terceros, esto es, por las compañías aseguradoras que son tomadores profesionales de riesgos; en los P & I Clubs el seguro no necesita de los servicios de un intermediario ya que es manejado por los mismo interesados – a su propia cuenta y riesgo- bajo un “plan de seguro mutuo”³¹. Dicha mutualidad se refiere a que el asegurado –o mejor, el miembro del club- participa en las pérdidas propias y en las de sus colegas miembros, y hace pagos adicionales cuando es necesario por resultar insuficientes los primeros pagos realizados por todos los miembros en el

fondo común, para cubrir las pérdidas sufridas. Así las cosas, las empresas navieras se agrupan en el club por estar estrechamente ligadas por intereses comunes y en consecuencia, por existir entre ellas una homogeneidad de riesgos.

Este tipo de seguro es inherente a la actividad naviera y se suele complementar con otros como el seguro de mercancías, que cubre el riesgo que sufran las mercancías durante el tránsito marítimo y el seguro de casco y máquinas que garantiza los daños ocasionados y desembolsos derivados del ámbito del casco del buque y su máquina.

La cobertura de este seguro se divide en dos grandes ramas, la referente a los riesgos de protección y la de los riesgos de indemnización. En cuanto a los de protección podemos encontrar que se cubren los relativos a la tripulación tales como enfermedad de la tripulación que no esté cubierta por un seguro obligatorio, gastos de entierro, incapacidad temporal; riesgos relativos a no tripulantes como por ejemplo accidentes de personas a bordo, gastos de arribada en puerto con el objeto de desembarcar una persona enferma o accidentada; riesgos de colisión o abordaje más allá de lo que no está cubierto por la respectiva cláusula; polución o contaminación; remoción de restos; remolque, etc.³²

Los riesgos relativos a indemnización que se cubren son los daños a la carga, contribución a la avería gruesa, multas, etc.

31 CUADERNOS DE LA CEPAL, op. Cit., p.56.

32 Al respecto ver ejemplos citados por PINACHO BOLAÑO, Javier. Op. cit., p. 313

CONCLUSIONES

El seguro marítimo de mercancías es un contrato de estricta indemnización y por lo tanto, no puede ser fuente de enriquecimiento para el asegurado, por lo que la prestación del asegurador debe significar un valor equivalente a la disminución del patrimonio del asegurado.

Así pues, puede contratar un seguro marítimo toda persona que tenga un interés en la conservación de la cosa asegurada, cosa que debe estar sometida a los riesgos de la actividad marítima, debido a que ese interés afecta directamente a su patrimonio con respecto a la cosa objeto del seguro.

El interés que se asegura con el contrato debe tener un valor económico patrimonial para el sujeto que lo asegura. Dicho interés junto con la suma asegurada, son factores importantes para fijar el valor de la prima y el de la indemnización en caso de siniestro.

El contrato de seguro marítimo tiene carácter extraterritorial lo que hace que la costumbre

internacional ejerza gran influencia en las legislaciones nacionales y en su aplicación práctica. Así, las cláusulas que emite la Asociación Internacional de Aseguradores de Londres son de importante aplicación en contratos de seguro internacionales.

Debido a la importancia adquirida por Londres en términos comerciales, las normas británicas han jugado un papel importante en el desarrollo del seguro internacional. En efecto, las cláusulas de carga de la Asociación Internacional de Aseguradores, introducidas en el mercado de Londres desde 1912, son cláusulas abiertas normalmente agregadas en pólizas de seguro y en conocimientos de embarque. Estas cláusulas, son puestas en la póliza por el acuerdo entre las partes contratantes: el asegurado y el asegurador.

A pesar de que las cláusulas en mención no son de aplicación obligatoria, han prevalecido y expandido a nivel internacional de tal manera que actualmente representan términos internacionales aplicables a seguros. Por lo tanto, son instrumentos básicos en el sistema internacional de seguro marítimo.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUTIÉRREZ, David. *El Contrato de Seguro de Transporte Marítimo de Mercancías*, tesis de grado para optar al título de licenciado en derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1986.

BELTRÁN MONTIEL, Luís. *Curso de Derecho de la Navegación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987.

CAPELLA MOLINA, Gino. *El Contrato de Seguro Marítimo*, Revista Judicial No.56, San José, Costa Rica, 1992.

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo. *La regulación del Contrato de Seguro Marítimo en el Derecho Mercantil Chileno*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Argentina, 2000.

CORDERO GONZÁLEZ, Juan Manuel y MOLINARI VILCHEZ, William. *El Contrato de Seguro de Transporte Aéreo y Marítimo en el Comercio Internacional*, Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José, 1991

CUADERNOS DE LA CEPAL. *Los Conceptos Básicos del Transporte Marítimo y la Situación de la Actividad en América Latina*. Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Naciones Unidas, 1986.

CRUZ BARNEY, Óscar, *El Riesgo en el Comercio Hispano-Indiano: Préstamos y Seguros marítimos Durante los Siglos XVI a XIX*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

LORD CHORLEY. *Derecho Marítimo*, Barcelona, Editorial Bosh - Urgel, 1951.

MELLERT, M. Walter. *El Seguro Marítimo*. Zúrich, Compañía Suiza de Reaseguros, Technical Communications, 2003.

PÉREZ VARGAS, Víctor. *El Contrato de Seguro Marítimo*, Revista Ivstitia, Año 14, N° 168, diciembre de 2000.

PINACHO BOLAÑO, Javier. *Tráfico Marítimo*, Madrid, Fondo Editorial de Ingeniería Naval, 1978.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, José Luís. *Cuestiones de Seguro Marítimo. Algunas Cláusulas Inglesas de Seguro de Buques*. España, Ponencia Consejo General del Poder Judicial, 1992.

RIPERT, Georges. *Compendio de Derecho Marítimo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954.

URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo. *El Seguro Marítimo*, Barcelona, 1940.

WINTER, William. *Marine Insurance*. Mc Graw Hill, New York, 1952.

PÁGINAS EN INTERNET:

Admiralty and Maritime Law Guide. Circuit Court Admiralty Cases. <http://www.admiraltylawguide.com>

English Marine Insurance Act 1906. An Act to codify the Law relating to Marine Insurance (21st December 1906). <http://www.jus.uio.no/lm/england.marine.insurance.act.1906/doc#15>

The Association of Marine Underwriters of San Francisco. Glossary <http://www.amusf.com>
<http://www.transcargo.com>

EL SEGURO AÉREO

Ana Catalina Apú

I. Nociones preliminares

La modernidad ha implicado considerar a las aeronaves un medio de transporte muy común, no obstante al principio, su gran riesgo constituyó un elemento determinante en la aviación.

En este sentido, es notable la influencia de la nueva *Lex Mercatoria* en el campo de la responsabilidad aérea, con tendencias expansiva a una regulación privada, ejercida por entes como la OACI y la IATA.

En el área específicamente del seguro aéreo se encuentra la primera normativa en el Convenio de Varsovia, que tiende hacia la evolución y actualidad de la responsabilidad y los seguros.

Los seguros aéreos deben su génesis a los principios del seguro marítimo y hasta su tratamiento es aparejado, claro que posee características de la teoría general del seguro pero con un matiz particular el cual le imprime la naturaleza de su actividad.

Es conocido que un accidente aéreo puede producir múltiples eventos, la destrucción de la aeronave, la muerte de las personas a bordo, daños a terceros en la superficie, daños de extraordinaria magnitud económica; situación que arruinaría a la mayoría de los empresarios de aerolíneas. Piénsese que

estos incidentes hasta pueden llevar a la quiebra a la misma aseguradora.

En la presente monografía se desarrolla la temática de los seguros aéreos estableciendo lineamientos generales y por último, se hará una reseña su tratamiento en Costa Rica.

Para el desarrollo del tema se parte de la premisa de que al menos, el contrato de seguro se configura de dos actores o elementos subjetivos: el asegurado y el asegurador; el beneficiario no es estrictamente parte del contrato, no interviene en su formación a pesar de que tiene interés en éste.

II. Generalidades de Seguro Aéreo

1. Definición de Seguro Aéreo

Algunos autores encasillan al seguro aéreo como parte del derecho aeronáutico; sin embargo, los seguros aeronáuticos tienen una individualización propia y constituyen un tipo particularizado de los seguros en general¹.

A efectos de contar con una definición de seguros, se enuncia la que expresa la Ley de Navegación de Aérea de España la cual indica al respecto:

“...los seguros aéreos tienen por objeto garantizar los riesgos propios de la navegación que afectan la aeronave, mercancías, pasajeros y flete, así como las responsabilidades

1 Así, BOZA CARLOS: *Los Seguros Aéreos* en *Revista Judicial*, Año VII, N° 24, marzo 1983, p. 41

derivadas de los daños causados a un tercero por la aeronave en tierra, agua o vuelo...”².

III. Importancia de los seguros aéreos

El seguro aéreo cumple una función: social, económica³ y jurídico en materia aeronáutica.

En lo económico, trata de evitar grandes riesgos de la materia de transporte, como un accidente, que puede determinar graves consecuencias económicas para el transportador e incluso, hasta su insolvencia.

El seguro tiende a la reparación de una pérdida y permite que haga recaer el resarcimiento del evento dañoso en otro sujeto, el asegurador. Lo cual permite mantener un equilibrio entre los intereses comprometidos en o por la actividad aeronáutica⁴.

En el aspecto jurídico, el seguro está estrechamente vinculado con el problema de la responsabilidad aeronáutica. La Ley en cada país⁵ y desde la Convención de Varsovia en 1929⁶ se impone la obligación de contratar seguros de responsabilidad civil, que fijan montos de resarcimiento pecuniario al efecto⁷.

Su función social, puesto que nace de un interés social relativo a la valoración de la vida humana o del daño causado o como nivelación de la carga económica⁸.

IV. Características del seguro aeronáutico

1. Internacionalidad

Es evidente la internacionalidad del instituto jurídico del seguro aéreo, producto de la

2 *Vid.* al respecto el artículo 126 de la Ley de Navegación de Aérea de España No.48, de 21 de julio de 1960.

3 *Vid.* BONET CORREA JOSE: La responsabilidad en el Derecho Aéreo. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Junta de Estudios Económicos y Sociales, España, 1963, p. 207, indica al respecto: "... el seguro no consiste tan solo en una mera función económica, sino que trasciende como institución de solidaridad social, en cuanto a garantía de seguridad y resulta una modalidad equitativa ante las fuerzas peligrosas que maneja el hombre en el mundo contemporáneo".

4 En este sentido, FOGLIA RICARDO/MERCADO ANGEL: Derecho aeronáutico. Abeledo-Perrot, Argentina, 1968, p.180 y LENA PAZ JUAN: Compendio de Derecho Aeronáutico. 5ª edición, Editorial Plus Ultra, Argentina, 1987, p.349 quien además señala: "Por otra parte, al repartir los perjuicios entre un elevado número de operaciones similares, se evita que el responsable de los mismos deba soportarlos íntegramente, con la posibilidad de que un solo accidente puedan ocasionar su ruina".

5 Ley General de Aviación Civil en Costa Rica

6 Convenio de Varsovia modificado en La Haya en 1955, el Protocolo de Montreal de 1975 "se considerarán e interpretarán como un solo instrumento, que se designará con el nombre de Convenio de Varsovia"

7 Así, BONET CORREA JOSE: La responsabilidad en el Derecho Aéreo..., p. 40, explica "La tendencia actual es no dejar en descubierto a la víctima y mediante el seguro siempre encuentra determinada persona solvente que responda al daño. De este modo la justicia conmutativa queda reestablecida al compensarse mediante la indemnización del daño que sufra la persona lesionada".

8 *Vid.* BOZA CARLOS: Los Seguros Aéreos en Revista Judicial, Año VII, No. 24, marzo 1983, p.42 y 43 quien establece la diferencia entre seguros sociales y el seguro aeronáutico como de interés social

naturaleza de la actividad que regula, del derecho aplicable y de la producción del riesgo independiente del lugar y nacionalidad.

Lo anterior, pone en relieve dos temas importantes:

- a) Se requiere la expansión de la cobertura que presta un asegurador entre diversos lugares, su ámbito y contenido, resultado de un consenso que necesariamente ha de existir entre los diversos mercados. Posiblemente se recurra a figuras como el coaseguro⁹ y el reaseguro^{10 11} para alcanzar este propósito.
- b) Uniformidad en las indemnizaciones que resultan establecidas en los convenios multilaterales vigentes a nivel internacional¹².

2. Generalización de su Obligatoriedad

El contrato de seguro aéreo vincula directamente al asegurado con el asegurador y con frecuencia estos seguros por su naturaleza, corresponden a una cantidad muy elevada de dinero.

Es en esta situación donde instrumentos como el coaseguro y reaseguro¹³ tienen su campo de acción como se mencionó, a fin de hacer frente a la pérdida derivada de los siniestros entre diferentes aseguradores.

Esta atomización de aseguradores y reaseguradores participantes en diversos países lleva a conflictos de leyes y de jurisdicciones intervinientes, para ventilar los conflictos debido a que no

9 "En la contratación, suma de varios seguros parciales de una misma cosa; y en la responsabilidad, división de los riesgos entre varias empresas, ya proporcionalmente, si existe mancomunidad, ya por partes determinadas de lo asegurado, si así está convenido..." Así en CABANELLAS GUILLERMO: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, T.II, Editorial Heliasta, Argentina, p.177

10 "...el seguro que, mediante una obligación de reembolso, cubre al asegurador proveniente de los contratos de seguro que celebró" así en HALPERIN ISAAC: El Contrato de Seguro. Seguros Terrestres. Tipográfica Editora Argentina, argentina, 1946, p.48

11 LENA PAZ JUAN: Compendio de Derecho Aeronáutico..., p.348 puntualiza que en Argentina funciona una entidad denominada ADA "Aseguradores de Aeronavegación" que toma en coaseguro los seguros contratados por las compañías adheridas.

12 Como el caso del *Convenio de Roma de 1952* y más reciente el *Convenio de Montreal de 1999 sobre la unificación de ciertas reglas en materia de transporte aéreo internacional*.

13 Los principales reaseguradores internacionales se encuentran en París, Londres y Nueva York. Por diversas razones, muchas de ellas de carácter histórico han definido a Londres como la plaza internacional del seguro aeronáutico, a pesar de la existencia de aseguradores de grandes riesgos emplazados en otras localidades como Estados Unidos, Francia, Alemania, Italia, Japón, Países Escandinavos y Suiza.

existe internacionalmente un instrumento internacional sobre seguro aeronáutico¹⁴.

Como indica LENA PAZ: "...el seguro posibilita la liquidación y pronto pago de las correspondientes indemnizaciones, la mayoría de las legislaciones internas impone al explotador de aeronaves la obligación de constituir seguros de responsabilidad contra daños que pudieran sufrir las personas y cosas transportadas¹⁵, los miembros de la tripulación y los terceros en la superficie"¹⁶.

3. Actividad cíclica

Entendida la actividad cíclica por los ingredientes de la oferta y demanda a los que se encuentra sujeto el mercado de estos seguros. En virtud de que todo depende de la configuración de una situación de sobre capacidad "*over capacity*" o bien de una reducida capacidad "*reduced capacity*".

Consecuencia directa es que con el tiempo los precios de las primas bajen y con ello los beneficios y viceversa.

Para la Dra. Marina Donato¹⁷ "...el mercado de seguros y reaseguros estaba saliendo de un prolongado ciclo de más de 12 años de mercado muy blando es decir con bajas primas y alta siniestralidad que produjo el retiro de muchos reaseguradores dejando la plaza con menor capacidad de suscripción. Después del 11 de septiembre de 2001 sucede lo que todos conocen sobre la cancelación de las coberturas vigentes de terceros en superficie ocasionados en hechos tipificados como de guerra".

V. Riesgo Aéreo

Constituye premisa para la existencia del seguro el "riesgo", en gran medida el riesgo como acontecimiento hipotético o bien, implica una incertidumbre con respecto a la producción de un acontecimiento fortuito previsible, que por lo general sus consecuencias son económicamente adversas. Coexisten dos rasgos que la determinan: la *eventualidad* en cuanto al momento y la *antieconomicidad* de sus consecuencias¹⁸.

Para FOGLIA¹⁹ riesgo aeronáutico debe entenderse como:

14 El principio conocido como "proper law" del contrato en el cual las partes escogen de común acuerdo cual será la ley y jurisdicción aplicable es un elemento importante para esclarecer conflictos de leyes. Hay supuestos en los que en ausencia de este entendimiento la "proper law" surgirá del análisis del punto de conexión adecuado según los principios del derecho internacional privado. El Consejo de las Comunidades Europeas dictó el 22 de junio de 1988 la Directiva 88/357 que entró en vigencia en 1990, que indica que los aseguradores de grandes riesgos (large risks) pueden ofrecer a los interesados sus servicios de manera transnacional sin que importe la autorización de la autoridad del lugar en la que se encuentren los bienes.

15 En Costa Rica Ley General de Aviación Civil, artículos 248 y ss

16 LENA PAZ JUAN: Compendio de Derecho Aeronáutico....., p.348

17 Así en, XXX JORNADAS LATINO AMERICANAS DE DERECHO AERONÁUTICO Y ESPACIAL (Punta del Este, Uruguay 22-25 Marzo 2006) Tema 1: "Situación Actual del Seguro en la Aviación Civil Evaluación de Alternativas".

18 Vid. GARRIDO/COMAS: Los Seguros de Aviación. Premio Delas editado por El Sindicato Vertical del Seguro, 1950, p. 15

19 Al respecto, FOGLIA RICARDO/MERCADO ÁNGEL: Derecho aeronáutico. Abeledo-Perrot, Argentina, 1968, p.181

“...todo aquello que destinado a ser transportado por aire, está sujeto a soportar un daño propio, ajeno a la voluntad y fuerza de los contratantes”.

Al respecto, FOLCHI y COSENTINO²⁰ establecen que el riesgo aeronáutico:

“es el acontecimiento incierto, individualizado y previsto en el contrato de seguro, que deriva del empleo de aeronaves en actividades específicamente aeronáuticas y que origina el cumplimiento de las indemnizaciones asumidas por el asegurador”.

Asimismo es posible indicar los elementos constitutivos del riesgo²¹, en generales y específicos.

Generales: Estos responden a la configuración de cualquier clase de seguros, por ejemplo, la eventualidad del riesgo, su certeza y su individualización. Siendo que el acaecimiento del riesgo genera el cumplimiento del asegurador respecto de los daños asegurados.

Específicos: Los elementos constitutivos específicos se refieren a un doble aspecto; en primer lugar, la aeronave y en segundo término, las actividades específicamente aeronáuticas.

De manera que la doctrina acepta que los riesgos de las pólizas de seguro pueden ocurrir en tierra como en vuelo:

En tierra: también se denominan riesgos debido a la infraestructura. La aeronave requiere de instalaciones adecuadas para que su navegación sea lo más segura tales como: electricidad, radio y otros, de modo que si faltan o su funcionamiento es deficiente, acrecienta el riesgo, motivo por el que los aseguradores deben estudiar estas variables para determinar el riesgo.

En vuelo: la máquina debe estar provista del certificado de navegabilidad, o sea debe estar autorizada para volar, también las causas pueden surgir de condiciones atmosféricas, estado del tiempo, entre otras.

1. Certificado de Aeronavegabilidad

Aeronavegabilidad es una característica vital para determinar la exigibilidad de los seguros aéreos y se debe entender como “...la condición que habilita a una aeronave para operar con base en la normativa técnica y legal determinada tanto por el fabricante como por las autoridades que la certifican”²².

Se podría definir como las condiciones mínimas de funcionamiento de una aeronave a nivel técnico y jurídico que se renueva periódicamente.

Los españoles GARRIDO Y COMAS conceptualizan el certificado de navegabilidad como aquel “documento de importancia sustantiva mediante el cual acreditan las

20 Vid. FOLCHI MARIO/COSENTINO EDUARDO: Derecho aeronáutico y transporte aéreo Editorial Astrea, Argentina, 1977 p.137

21 Así: FOLCHI MARIO/COSENTINO EDUARDO: Derecho aeronáutico y transporte aéreo ..., p.138

22 Así en: Instituto Parauniversitario de Educación en Seguros y Afines. Unidad Didáctica de Seguros de Transportes. IPESA, Costa Rica, Año 2002, p.121

condiciones necesarias para que la aeronave pueda utilizarse en todo momento²³. Y es imperativo que se efectúe un reconocimiento de la aeronave cada vez que sufra una alteración que interese a su estructura o modifique sus características esenciales.

Es decir, que si una nave aérea asegurada le ocurre un siniestro y esta no cuenta con el Certificado de Aeronavegabilidad²⁴, la entidad aseguradora no indemnizará los daños o consecuencias derivadas de ella, lo cual se constituye en una exclusión de las pólizas de seguro.

VI. Interés Asegurable

El Interés Asegurable es el interés económico que una persona tiene frente

a la ocurrencia de un riesgo, razón por la que se indica que es una relación lícita de valor económico y su importancia es trascendental en el contrato de seguro ya que constituye el objeto del contrato²⁵.

BONET CORREA²⁶ expresa en este sentido:

“Al ser el seguro una institución que tiene por excelencia la previsión, actúa como protectora de las consecuencias dañosas de los riesgos que amenazan al hombre actual, tanto en su vida como a su patrimonio. El interés asegurable es, pues, el objeto fundamental del contrato de seguros que se prevale de un riesgo, económicamente apreciable en dinero, expuesto a una pérdida como consecuencia de un siniestro. En definitiva, que el riesgo es la causa del contrato de seguros”.

23 GARRIDO/COMAS: Los Seguros de Aviación..., p. 44, "En dicho certificado se hará figurar: el número de la certificación; nombres, domicilio y nacionalidad del propietario; nombres del constructor; marcas de nacionalidad y matrícula; tipo, serie y número de construcción; clase del aparato; número de planos; motores y plazas incluyendo la tripulación; clasificación que corresponde a la aeronave; largo, ancho y altos máximos de la aeronave en posición de vuelo; número de motores y tipos de los mismos, así como el número de caballos y las revoluciones por minuto de sus cigüeñales y las del propulsor, consumo por hora de combustible y aceite; tipo, marca, peso diámetro de la hélice o hélices; peso de la aeronave en vacío, incluyendo el agua de los radiadores (si los tiene); peso total del combustible y del aceite (depósitos llenos); peso reservado para la tripulación; carga reservada para el equipo, excluidos los aparatos para T.S.H.; peso de los aparatos de T.S.H.; carga máxima, útil, comercial autorizada para pasajeros y para mercancías cuando los depósitos de combustibles estén llenos; peso máximo total autorizado y número mínimo de tripulación necesarios". Además de especificarse el material de la construcción y que la nave esté construida de acuerdo las reglas y llevar adherida una fotografía de la aeronave.

24 Vid. los artículos: Artículo 45.- "Toda aeronave civil que vuele sobre territorio costarricense, deberá estar provista de su certificado de aeronavegabilidad vigente o documento equivalente" Artículo 46.- "Es función privativa de la Dirección General de Aviación Civil el otorgamiento, revalidación, suspensión o cancelación de los certificados de aeronavegabilidad y documentos equivalentes, a las aeronaves civiles de nacionalidad costarricense". Artículo 47.- "Los certificados de aeronavegabilidad otorgados en país extranjero podrán ser reconocidos o convalidados en Costa Rica de acuerdo con los tratados vigentes y en su defecto, con las normas internacionales aprobadas por la Organización de Aviación Civil Internacional". Artículo 48.- "El Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio de Obras Públicas y Transportes reglamentará a propuesta de la Dirección General de Aviación Civil, la forma y contenido del certificado de aeronavegabilidad, en las aeronaves de las distintas clasificaciones, así como los motivos o causas determinantes de la suspensión o cancelación de dicho certificado".

25 Vid. HALPERIN ISAAC: El Contrato de Seguro. Seguros Terrestres..., 19465, p.427, además señala "no existen intereses eventuales (inciertos, condicionados, dudosos, suspensos): es contrario al concepto de interés. En todo momento del seguro debe existir el interés determinado..."

26 BONET CORREA JOSE: La responsabilidad en el Derecho Aéreo. Premio "Castan Tobeñas" 1961 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Consejo Superior de Investigaciones Científicas Junta de Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales, España, 1963, p.149

Los intereses asegurables en el seguro aéreo son el casco, la responsabilidad civil y el infortunio.

1. Seguros de Casco o Corpus

Cubre los daños que puedan sufrir las aeronaves o su pérdida en vuelo, en la superficie terrestre o durante las operaciones de despegue o descenso.

En Costa Rica se denomina "*Todo Riesgo*". En otras palabras, la póliza cubre la pérdida de daño directo de la aeronave, siempre que no esté expresamente excluida de la póliza.

Su función se remonta a los primeros tiempos de la aeronavegación, como resultado del alto precio de las máquinas y la frecuencia de los peligros que corrían²⁷.

Por otra parte, "los seguros sobre los bienes transportados (carga) que pudieran concertar los interesados (cargadores, consignatarios, acreedores, etc.), si bien participarán de las mismas características que proporciona el transporte aéreo (riesgo propio, ambiente, destino específico de la aeronave), no se los considera estrictamente dentro de los seguros aeronáuticos. Su cobertura se hace por póliza de "transportes" o "marítima"²⁸.

2. Seguros de Responsabilidad Civil Aeronáutica

Cubre las indemnizaciones que el explotador de la nave deba abonar por daños a los pasajeros, al personal aeronáutico, terceros en la superficie por la caída de la aeronave o cosas que se le desprenden de la misma siempre que la misma esté prevista del Certificado de Aeronavegabilidad.

El asegurador se compromete a pagar al asegurado las reparaciones por los daños ocasionados, que en relación con la ley esté civilmente obligado a hacerlo, se refiere sin lugar a dudas de la responsabilidad civil objetiva.

Algunas legislaciones extranjeras como la Argentina y España incluyen en este seguro, los daños producidos en el transporte, en Costa Rica forma parte de un seguro diferenciado.

3. Seguro de Infortunio

Cubre los daños por lesiones, muerte o incapacidad del asegurado debido a un accidente aéreo y suelen ser contratados por el propio interesado.

Este seguro es sobre la vida de los pasajeros, del personal aeronavegante, derivada de

27 Así en: FOGLIA RICARDO/MERCADO ÁNGEL: Derecho aeronáutico..., p.180 y LENA PAZ JUAN: Compendio de Derecho Aeronáutico..., 1987, p.183

28 SIMONE citado por LENA PAZ JUAN: Compendio de Derecho Aeronáutico..., pp. 349 y 350

hechos externos, con excepción de los que se produzcan por dolo o culpa de ellos o de enfermedades anteriores²⁹.

En Costa Rica se les denomina a estas pólizas, seguros de accidentes personales y amparan a los tripulantes y pasajeros, cubre gastos médicos, hospitalarios, incapacidades y otras lesiones provenientes de lesiones corporales.

VII. Siniestro

El siniestro es "...el acaecimiento de los riesgos se llama siniestro; éste, sin ser un elemento accidental del contrato (pues es impensable un seguro sin este condicionamiento a un hecho futuro e incierto) funciona a la manera de una condición suspensiva, en cuanto a la obligación indemnizatoria del asegurador"³⁰.

VIII. La Póliza

La póliza es el documento donde se formaliza el contrato de seguro³¹, siendo parte de ella las condiciones generales impresas, las condiciones especiales escritas y los anexos³². La póliza del seguro, es el documento que prueba que una expedición está cubierta por un contrato de seguros³³.

Existen diferentes tipos de póliza entre ellas la cerrada, la abierta o la de declaración anual. En esa misma línea la jurisprudencia costarricense cuando asevera:

"... el Contrato de Seguro es toda una ecuación económica en que el monto de la prima, el riesgo cubierto y el monto de la indemnización están calculados, de manera que si se tiene por existente y cierto un seguro debe serlo a base de considerar incorporadas e incluidas en él todas las condiciones y cláusulas que aparecen en las fórmulas de las pólizas..."³⁴

1. Póliza cerrada o de un viaje

"La póliza cerrada o particular como se suele llamar, se utiliza para asegurar un cargamento en transporte único y determinado, de manera que se contrata para un solo viaje y terminado este, termina también la póliza. Para cada operación de seguro o cobertura individual se estipula un contrato de seguro y se expide una póliza concreta"³⁵.

Se determina con exactitud: clase y cantidad de mercadería; valor de la misma y valor que se quiere asegurar; clase de embalaje; cuántas y qué unidades se transportan; peso de cada bulto o unidad; lugar en dónde

29 Vid. al respecto, BOZA CARLOS: Los Seguros Aéreos..., p. 44.

30 Vid. PEREZ VARGAS VICTOR: El contrato de seguro marítimo en Revista Iustitia, núm.168, año 14, Costa Rica, p.9

31 HALPERIN ISAAC: El Contrato de Seguro. Seguros Terrestres..., pp.132 y 133, indica "La póliza presupone la perfección del contrato, del que es una consecuencia, su prueba capital y guía de interpretación".

32 En este sentido, vid. PÉREZ VARGAS VÍCTOR: *El contrato de seguro marítimo* ..., p.10.

33 Internacional Air Transport Association: Manuals The Air Cargo Tariff, Octubre, 2002

34 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Núm. 51 de las 15:40 horas del 9 de setiembre de 1983.

35 BROSETA PONT: Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos, 3ª edición, España, 1978, p.430.

comienza el transporte; ruta que tomará; donde termina el transporte; cuáles medios de transporte son utilizados³⁶.

2. Póliza abierta, de declaraciones o flotante –floating policies–

En el idioma español la póliza flotante tiene un doble significado, que la doctrina estadounidense, probablemente por una situación idiomática, ha podido establecer una clara distinción de la misma, así se encuentra la *floaters* y *floating*. La primera es aquella que acompaña el bien asegurado donde se encuentre y la segunda, es la póliza abierta, en donde el interés asegurable cubre todos los embarques³⁷.

Para este estudio, se considera la *floating policy*, de modo que: “Suele utilizarse la póliza flotante (o de declaraciones) cuando un sujeto tiene necesidad de estipular periódicamente una pluralidad de seguros (por ejemplo: por remitir frecuentemente mercancías en transporte, sea bien por barco o por avión). En este caso para no tener que estipular tantos contratos como intereses se desean cubrir, se estipula una póliza de abono o declaraciones, la cual constituye una especie

de contrato automático, mediante el cual el asegurado pacta el aseguramiento de todos los embarques de mercancías, sean de exportación o de importación sin necesidad de estar reportando cada uno de ellos”³⁸.

IX. Obligaciones y Cargas

Previo a enumerar las cargas y obligaciones, es necesario diferenciar ambos términos. Así la obligación es un mandato jurídico cuyo incumplimiento es violación de la ley, en interés ajeno, con sanción jurídica y con ejecución forzada eventual o por un tercero. La carga es una regla de conveniencia, mandato de ley condicionado a la voluntad del sujeto, de manera que la inobservancia está prevista como lícita por el mismo mandato, interés propio, con sanción meramente económica (no obtención del resultado), sin posibilidad de ejecución forzosa o a satisfacerse por un tercero³⁹.

En síntesis “La carga puede entenderse como un deber hacer, si se quiere un resultado favorable. De ahí que tiene una faceta necesitada, pero también de libertad...”⁴⁰ Y la obligación es “un deber hacer” pero con contenido patrimonial o patrimonialmente determinable⁴¹.

36 CORDERO GONZÁLEZ JUAN/ MOLINARI VÍLCHEZ WILLIAM: El contrato de seguro de transporte aéreo y marítimo en el comercio internacional. Tesis de grado para optar por el grado de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Costa Rica, 1991, pp. 151 y 152.

37 Vid. en este sentido PÉREZ VARGAS VÍCTOR: El contrato de seguro marítimo..., p.11.

38 RIPERT GEORGES: Compendio de Derecho Marítimo. Tipografía Editora Argentina, Argentina, 1954, p.409.

39 HALPERIN ISAAC: Lecciones de Seguros. Depalma, 7ª reimpresión, Argentina, 1993, p. 50.

40 PÉREZ VARGAS VÍCTOR: Las Situaciones Jurídicas en Apuntes para el curso de Derecho Privado I. Universidad de Costa Rica, Abril 2006, p. 25.

41 PÉREZ VARGAS VÍCTOR: Las Situaciones Jurídicas en Apuntes para el curso de Derecho Privado I..., p. 22.

1. La Carga

El asegurado tiene las cargas⁴² de:

- Carga de declaraciones de buena fe
- Carga de aviso del acaecimiento del siniestro y los daños sufridos
- Carga de prevenir el siniestro
- Carga de salvamento o de disminuir los efectos del siniestro
- Carga de conservación del estado de riesgo
- Carga de cumplimiento en el procedimiento de reclamo

2. La Obligación

- a) El asegurado tiene la obligación de pagar la prima que es el precio del seguro, es decir la contraprestación del asegurado por la garantía del asegurador de pagar si ocurre el siniestro en las condiciones del contrato⁴³.
- b) El asegurador, únicamente asume obligaciones, nunca cargas. La obligación de indemnizar que incumbe en la ejecución del contrato y no por su violación⁴⁴. Por supuesto que su obligación surge eventualmente ocurrido el siniestro.

X. Tipos de Cobertura en Costa Rica

Básicamente se pueden catalogar de dos maneras: las coberturas por daño directo y las coberturas de responsabilidad civil extracontractual, según clasificación de Instituto Nacional de Seguros. No obstante, el segundo grupo debería denominarse “coberturas por responsabilidad civil”.

Como se verá más adelante el INS subdivide en esta área de responsabilidad: la civil de personas excluyendo pasajeros y la responsabilidad civil de pasajeros, situación ésta última donde efectivamente se da un vínculo contractual, el cual podría desencadenar una responsabilidad civil contractual. De manera que si bien es cierto, el contrato que suscriben los pasajeros con la línea aérea no es de seguro de vida, sino es de transporte donde lógicamente el objeto del contrato, es el traslado, que supone el arribo al destino de los transportado, en idénticas condiciones a su abordó. Por tanto, no existe duda de que la responsabilidad en este caso es contractual, a nuestro entender.

La cobertura “es la acción de cubrir o amparar al asegurado en los siniestros que amenazan sus intereses asegurables. Se trata de los seguros mencionados en la póliza”⁴⁵.

El clausulado en términos generales sigue los lineamientos de las condiciones

42 HALPERIN ISAAC: Lecciones de Seguros... y PÉREZ VARGAS VICTOR: El contrato de seguro marítimo..., p.16 .

43 HALPERIN ISAAC: Lecciones de Seguros..., p.52.

44 HALPERIN ISAAC: Lecciones de Seguros..., p.65.

45 PEREZ VARGAS VICTOR: El contrato de seguro marítimo..., pp.8 y 9.

internacionales, regidas por el *Lloyd's Aviation Underwriters Association*, su clave específica evita dudas en cuando al contenido e incorporación de ellas.

1. Coberturas de Daño Directo

a) COBERTURA E: en vuelo

Cubre la pérdida física directa o daños sufridos por la aeronave, incluyendo su desaparición (si la aeronave no se reporta en el transcurso de sesenta días después de iniciado el vuelo) mientras se encuentre en vuelo, pero únicamente por el monto de cada pérdida separada menos el deducible establecido en las condiciones particulares de la póliza.

b) COBERTURA G: taxeo⁴⁶ o en tierra

Cubre la pérdida física directa o daños sufridos por la aeronave mientras no esté en vuelo,

pero únicamente por el monto de cada pérdida separada menos el deducible establecido en las condiciones particulares de la póliza.

c) COBERTURA H: en tierra

Cubre la pérdida física directa o daños sufridos por la aeronave mientras no esté en vuelo o taxeando, pero únicamente por el monto de cada pérdida separada menos el deducible establecido en las condiciones particulares de la póliza.

2. Coberturas por Daño Civil

En Costa Rica la Ley General de Aviación Civil establece un tipo de responsabilidad civil objetiva⁴⁷ para aquellas aeronaves de uso comercial, siguiendo el esquema internacional que inició con la Convención de Varsovia, en otros términos existe obligatoriedad de suscribir un seguro de responsabilidad civil.

⁴⁶ Se considera que la aeronave es "taxeada" cuando está siendo movida en tierra por su propio motor o movimiento de inercia generando por el mismo, siempre que no esté en vuelo. Así en las Condiciones Generales de la Póliza de Seguro Aéreo del Instituto Nacional de Seguros.

⁴⁷ Así en Ley General de Aviación Civil, ex artículos Artículo 112.- "Antes de iniciar sus operaciones, toda persona física o jurídica que haya sido autorizada por el Consejo Técnico de Aviación Civil, para realizar un servicio aéreo distinto, conforme a las estipulaciones del Artículo 104(*) precedente, deberá garantizar, ante la Dirección General de Aviación Civil, el pago de las responsabilidades en que pueda incurrir por daños causados a terceros en la superficie y a tripulantes, mediante los seguros correspondientes". Artículo 152.- "Otorgado el certificado de explotación, la empresa solo podrá iniciar operaciones si antes demuestra que tiene contratos de seguro garantes, de conformidad con esta ley, de la reparación de los daños y perjuicios causados tanto a los pasajeros y propietarios de la carga como a las personas o los bienes de terceros en la superficie". Artículo 260.- "Las empresas extranjeras de transporte aéreo internacional que operen en Costa Rica deberán demostrar la existencia de sus pólizas de seguros vigentes, que en ningún caso podrán ser inferiores a las establecidas por esta ley".

El Instituto Nacional de Seguros prevé las siguientes coberturas:

a) COBERTURA A:

Responsabilidad Civil por lesión o muerte de personas excluyendo pasajeros

Cubre las pérdidas en razón de responsabilidad civil impuesta por ley al asegurado por daños, incluyendo el costo de atención y privación de servicios, a causa de lesiones corporales o muerte que resulte de ellas, que sufran una o varias personas, excluidos los pasajeros, causadas por accidentes originados por la propiedad o mantenimiento de la aeronave asegurada.

b) COBERTURA B:

Responsabilidad Civil por lesión o muerte de pasajeros

Cubre las pérdidas en razón de responsabilidad civil impuesta por ley al asegurado por daños, incluyendo el costo de atención y privación de servicios, a causa de lesiones corporales o muerte que resulte de ellas, que sufran uno o varios pasajeros, causadas por accidentes originados por la propiedad o mantenimiento de la aeronave asegurada.

c) COBERTURA C:

Responsabilidad Civil por daños a la propiedad de terceros

Cubre las pérdidas en razón de responsabilidad civil impuesta por ley al asegurado por daños, destrucción o deterioro de la propiedad de terceros, incluyendo la pérdida de uso de éstas, causadas por un accidente originado

por la propiedad, uso y mantenimiento de la aeronave asegurada.

d) COBERTURA ADICIONALES

Son coberturas que ampara sin prueba de la responsabilidad hasta la suma asegurada, sin esperar como en las coberturas por responsabilidad Civil el fallo de los Tribunales de Justicia, permite ahorrar tiempo y dinero en situaciones especiales donde exista certeza de una eventual responsabilidad.

d.1) COBERTURA D:

Pagos voluntarios

Ampara los pasajeros contra pérdida de la vida y pérdida orgánica ocurridas a consecuencia de un accidente sufrido mientras se encuentren a bordo de la aeronave asegurada y/o ascendiendo o descendiendo de la misma siempre que tal pérdida se manifieste dentro de los noventa días siguientes a la fecha del accidente excluyendo enfermedades. Como monto de cobertura máximo es de 50% de la cobertura B.

d.2) COBERTURA F:

Accidentes personales de tripulantes

Cubre las pérdidas por daños, incluyendo el costo de atención y privación de servicios a causa de lesiones corporales o muerte que resulte de ellas, que sufran uno o más tripulantes causadas por un accidente y que se originen de la propiedad, uso o mantenimiento de la aeronave asegurada.

Debe aclararse que en el sistema de Costa Rica, esta cobertura es totalmente diferente y separado del régimen del Seguro de Riesgos de Trabajo.

XI. Exclusiones

Se refiere a que el INS no indemnizará al asegurado por concepto de pérdidas o gastos de cualquier índole, que se produzcan directa o indirectamente a consecuencia o que sean agravados por hechos específicos:

1. Generales

Lesiones, muerte o daños causados directa o indirectamente por infracción de alguno de los términos del Certificado de Aeronavegabilidad, reglamentos de la Dirección de General de Aviación Civil, operaciones aprobadas y contenidas en el manual de vuelo.

Uso de la aeronave por cualquier persona distinta de los pilotos descritos en la solicitud del seguro, excepto que sea operada en tierra por pilotos o mecánicos con licencia.

Uso de la aeronave por pilotos que no cumplan con el número de horas establecidas en la solicitud de la póliza, cuando esta circunstancia haya influido en el siniestro.

Uso de la aeronave para propósito diferente al descrito en solicitud del seguro.

Cualquier responsabilidad que se origine de accidente fuera de los límites geográficos del país, salvo los casos en que la aeronave abandone el territorio nacional por extravío o para efectos de seguridad.

La pérdida indirecta que sufra el asegurado incluyendo privación de uso de la aeronave asegurada.

Responsabilidad del asegurado por la pérdida, destrucción o daño a la carga transportada y como consecuencia del transporte de sustancias químicas.

2. Daños ocasionados por ruido, contaminación y otros riesgos (Cláusula AV-46B)

Reclamaciones directas o indirectas por:

Ruido sea perceptible por el oído humano o no, vibración, ruido sónico (sonic boom) o cualquier otro fenómeno asociado.

Contaminación de cualquier clase.

Interferencia eléctrica o electromagnética.

Interferencia en el uso de una propiedad, salvo causada por explosión, incendio, colisión o por emergencia registrada en vuelo.

3. Guerra, secuestro y otros riesgos (Cláusula AV-48B)

Guerra, invasión, actos de enemigos extranjeros, hostilidades, guerra civil, rebelión, revolución, insurrección, ley marcial.

Cualquier detonación hostil de cualquier arma de guerra, que emplee fisión atómica o nuclear o radioactiva.

Cualquier actos de dos o más personas ya sean o no agentes de un poder soberano, con propósitos políticos o terroristas ya sea que las pérdidas o daños fuesen accidentales.

Huelgas, alborotos populares, conmoción civil, disturbios populares así como cualquier acto doloso o de sabotaje que provenga de terceras personas. Confiscación, nacionalización, apresamiento, restricción, detención, apropiación, requisición por título o uso o bajo órdenes de cualquier gobierno o autoridad pública.

Secuestro o cualquier apresamiento o ejercicio ilegal del control de la aeronave o de su tripulación cuando dicha aeronave se encuentre en vuelo.

4. Contaminación radioactiva (cláusula AV-38B)

Pérdida, destrucción o daño a cualquier propiedad o cualquier pérdida o gasto que resulte o se produzca por contaminación radioactiva.

Cualquier responsabilidad legal de la naturaleza que sea causada directa o indirectamente o que se produzca por radiaciones ionizantes o por contaminación radioactiva de cualquier fuente que provenga.

XII. En Conclusión

Como se mencionó los seguros aéreos parten de la práctica de los seguros marítimos por tanto se aplica por analogía algunos institutos propios del derecho al derecho aéreo, con algunas pocas excepciones como “doctrina del abandono” propia del seguro marítimo (permite que el asegurado por una póliza marítima puede abandonar el buque objeto de la póliza a los aseguradores y reclamar su pérdida total), no tiene cabida en el seguro aeronáutico, por ejemplo.

Costa Rica sigue las reglas de los tratados y convenciones internacionales, los lineamientos de entes como la IATA, la OACI y en el tema de seguros a *Lloyd's Aviation Underwriters Association*.

En forma que en Costa Rica es escasa la información existente en torno los seguros aéreos y en general de la rama aeronáutica, centrándose en la información y reglamentaciones internacionales.

XIII. Bibliografía

BONET CORREA JOSÉ: *La responsabilidad en el Derecho Aéreo*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Junta de Estudios Económicos y Sociales, España, 1963.

La responsabilidad en el Derecho Aéreo. Premio "Castan Tobeñas" 1961 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Consejo Superior de Investigaciones Científicas Junta de Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales, España, 1963.

BOZA CARLOS: *Los Seguros Aéreos* en Revista Judicial, Año VII, No. 24, marzo 1983.

BROSETA PONT MANUEL: *Manual de Derecho Mercantil*. Editorial Tecnos, 3ª edición, España, 1978.

CABANELLAS GUILLERMO: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, T.II, Editorial Heliasta, 23ª edición, Argentina, 1994

CORDERO GONZÁLEZ JUAN/ MOLINARI VÍLCHEZ WILLIAM: *El contrato de seguro de transporte aéreo y marítimo en el comercio internacional*. Tesis de grado para optar por el grado de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Costa Rica, 1991.

DONATO MARINA: "Situación Actual del Seguro en la Aviación Civil Evaluación de Alternativas" en XXX Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial, celebrado en Punta del Este, Uruguay 22-25 Marzo 2006, <http://www.aviaglobal.com> visitado 23 de octubre 2006.

FOGLIA RICARDO/MERCADO ÁNGEL: *Derecho aeronáutico*. Abeledo-Perrot, Argentina, 1968.

FOLCHI MARIO/COSENTINO EDUARDO: *Derecho aeronáutico y transporte aéreo* Editorial Astrea, Argentina, 1977.

GARRIDO/COMAS: *Los Seguros de Aviación*. Premio Delas editado por El Sindicato Vertical del Seguro, 1950.

HALPERIN ISAAC: *El Contrato de Seguro. Seguros Terrestres*. Tipográfica Editora Argentina, argentina, 1946.

Lecciones de Seguros. Depalma, 7ª reimpresión, Argentina, 1993.

INSTITUTO PARAUNIVERSITARIO DE EDUCACIÓN EN SEGUROS Y AFINES: Unidad Didáctica de Seguros de Transportes. IPESA, Costa Rica, Año 2002.

INTERNACIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION: *Manuals The Air Cargo Tariff*, Octubre, 2002.

LENA PAZ JUAN: *Compendio de Derecho Aeronáutico*. 5ª edición, Editorial Plus Ultra, Argentina, 1987.

MAPELLI ENRIQUE: *El contrato de transporte aéreo internacional. Comentarios al Convenio de Varsovia*. Editorial Tecnos, España, 1968

PÉREZ VARGAS VÍCTOR: *El contrato de seguro marítimo* en Revista *Ivstitia*, núm.168, año 14, Costa Rica.

El contrato de transporte aéreo internacional en Revista *Ivstitia*, núm.175, año 15, Costa Rica.

Las Situaciones Jurídicas en Apuntes para el curso de Derecho Privado I. Universidad de Costa Rica, Abril 2006.

RIPERT GEORGES: *Compendio de Derecho Marítimo*. Tipografía Editora Argentina, Argentina, 1954.

SORLI ROJO/CUADRADO ECHEVERRÍA: *Los siniestros y las averías en el seguro de transporte*, Bosh Editor, España, 1999.

INTRODUCCIÓN A LA LEX MERCATORIA

Lic. Daniel Guillén Jiménez

SUMARIO

Introducción
Conceptualización
Evolución Histórica
Grecia
Roma
Edad Media
Edad Moderna
Nueva Lex Mercatoria
Manifestaciones de la Lex Mercatoria
Usos y costumbres del comercio Internacional
El arbitraje
Conclusiones
Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La lex mercatoria, tan importante como lo fue en la Edad Media, continúa siéndolo en la actualidad, y con mayor intensidad. En un principio se basó su importancia en el hecho de que constituía el único “ordenamiento” específicamente dirigido a regular el comercio. Hoy en día su importancia estriba más bien en el hecho de que compite cabeza a cabeza con las normativas Estatales sobre la regulación de los fenómenos comerciales.

La llamada nueva lex mercatoria está formada al igual que la vieja lex mercatoria por usos que constituyen un derecho espontáneo, uniforme, y en cierta manera universal; que son usos propios de los comerciantes, y que tratan de superar las dificultades del conflicto de leyes cuando se trata de determinar el

derecho nacional que regirá determinada relación jurídica, o que plantean evitar dicha confrontación dejando claras las reglas de juego de antemano al diferendo.

Las técnicas del derecho internacional privado basadas en la norma del conflicto se muestran a veces inadecuadas para regular las complejas cuestiones suscitadas en el ámbito del comercio internacional, en el que se verán incluidos variedad de Ordenamientos Jurídicos, por ejemplo en el caso de conflicto entre dos contratantes en el que uno de ellos se vea regido por un Sistema Jurado Romano Germánico, mientras que el otro por un Sistema del Common Law Anglosajón, en este caso no estaríamos siquiera en presencia de un conflicto de normas, sino en sistemas de aplicación de justicia totalmente distintos. ¿Cuál es la solución entonces?

A esta interrogante pretende darle respuesta la lex mercatoria, aplicación unitarizada a nivel mundial para las contrataciones mercantiles, con miras a evitar la menor muestra de lagunas en la solución de conflictos. Algunos lo llaman el derecho de la Globalización, y por qué no, si su fin último es borrar fronteras.

Detallar el fenómeno de la lex mercatoria requeriría de un trabajo muy extenso, por lo que este pequeño estudio pretende introducir el tema buscando que el lector se motive e indague y profundice aún más tan importante figura en tiempos donde la globalización no deja refugio.

Conceptualización

Lex mercatoria como derecho de la globalización.

Iniciemos este ensayo, definiendo la figura de estudio. En la Doctrina es común encontrar la idea de que, a través de la historia ha existido una “ley” que ha gobernado las relaciones privadas de los mercaderes internacionales a través de la historia. Cada país tenía su propio derecho interno, pero cuando se trataba de disputas comerciales internacionales suscitadas en puntos estratégicos como puertos y ferias, las mismas eran resueltas bajo reglas transnacionales ajenas a un país en particular. Situación que no dista de lo que sucede actualmente en las relaciones comerciales a nivel mundial.

Básicamente, podemos decir que la *lex mercatoria* es definida ya sea en relación a sus fuentes o a su ámbito de aplicación. Desde el segundo punto de vista se trataría de todas aquellas reglas que gobiernan las transacciones comerciales internacionales, incluyendo convenciones internacionales, usos codificados y no-codificados, instrumentos de soft-law, laudos internacionales, y aún leyes nacionales usadas para dirimir conflictos internacionales. “Para Shmitthof la *lex mercatoria* sería entonces sinónimo de derecho comercial internacional.”¹

También encontramos en doctrina posiciones que ven la *lex mercatoria* desde sus fuentes, para lo cuales se asocia esta figura con reglas que:

Nacen de la práctica, bajo el contexto internacional.

No derivan de un sistema legal en particular, y Aplican a operaciones transnacionales

Se forman entonces a través del desarrollo de las relaciones comerciales y de sus usos y costumbres normas que regulan dichas actividades, además de las artesanales e industriales, y buscan la unitarización de normas y la eliminación de fronteras entre ellas.

Evolución histórica

Mucho se dice que, al igual que el derecho comercial, la conceptualización de la *lex mercatoria* tiene sus orígenes en la edad media, como contrapartida de los derechos de los señores feudales, plenos de privilegios. No obstante, la *lex mercatoria*, como concepto jurídico, se desarrolla a través de la historia paralelamente al desarrollo del comercio de los hombres. Importante observación esta, por cuanto, debe tenerse claro que no es Derecho Comercial propiamente dicho, no son sinónimo; no puede igualarse el devenir histórico de esa rama del Derecho con la evolución que sufrió la *lex mercatoria*, pese a que en muchas de sus etapas la afectan directamente.

¹ Faya Rodríguez Alejandro, La nueva *lex mercatoria*: naturaleza y alcances. Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 34, Sección de Previa, 2004 P 48.

Tenemos entonces que, si bien es cierto no es hasta la edad media que las figuras que identifican al *ius mercatorum* se encuentran plenamente individualizadas, su base histórica se remonta tiempo atrás.

En las primeras épocas el hombre se proporcionó lo necesario para su subsistencia tomándolo de donde lo encontraba, apoderándose de lo que le agradaba o convenía, o bien construyéndolo toscamente con sus poco avanzadas herramientas o sus propias manos en la mayoría de los casos. El ser humano fue pues cazador, labrador y obrero para sí y para su familia. No existía al principio de los tiempos ningún atisbo de intercambio de productos que pudiera anunciar un comercio incipiente

Aun así la actividad humana lo hace pasar de ser un cazador/recolector a ir evolucionando hacia la siembra de productos o al aprovechamiento del medio en el que se asentara un grupo de estos seres. Esta diversificación de medios y tenencias produjo que unos quisieran lo que producía el otro y de ahí nace el canje de productos o mercaderías. Pero este tipo de transacciones tenían sólo por fin el satisfacer el consumo personal o familiar, y además se producía ocasionalmente; lo que impide a estas etapas primarias del hombre incluirse dentro del estructurado derecho comercial tal

y como se conoce actualmente, aunque no deja ser parte de sus inicios.

Grecia Antigua. Por la especial situación geográfica de Atenas, el intercambio comercial provocó su excepcional desarrollo, tanto en lo económico, en lo social como en lo político. Ya se conocían los derechos que gravaban las mercancías y se les consideraban como medidas fiscales. También los extranjeros eran libres de ejercer el comercio en Atenas y el estado se abstenía, en principio, de injerirse en la formación de asociaciones y sociedades. Se unificaron los pesos y medidas y los procedimientos judiciales y aseguraban el curso del dinero mediante el concurso de banqueros, todo lo cual contribuye a acercar las ciudades y a formar una clase de mercaderes profesionales que adquieren mentalidad y costumbres cosmopolitas.²

En materia de derecho marítimo, era conocido el *nauticum foenus*, como el precedente del “préstamo a la gruesa”, y consistía en un préstamo para una exportación por mar, la devolución del cual estaba subordinada a que el buque llegase a buen puerto, en cuyo caso el prestamista percibe, además del capital, unos intereses muy superiores a los ordinarios a título de beneficio marítimo y como precio del riesgo. En caso de naufragio, el prestatario

² Felipe de Solá Cañizares. Tratado de Derecho Comercial Comparado. Tomo I, Editorial Montaner y Simón S.A. Barcelona. P.7.

quedaba liberado de todo pago y en caso de una pérdida parcial, se liberaba parcialmente de la deuda. Se contaba también con la Lex Rodhia, que tiene su origen en una antigua práctica fenicia y que se constituye en el antecedente de la echazón, que ha pasado a los códigos modernos con el nombre de avería común o avería gruesa. El derecho romano adoptó esta institución denominándola Lex Rodhia de jactu.³

Para los asuntos comerciales, existía una jurisdicción especial de jueces mercaderes, con un procedimiento rápido que debía terminarse en un mes y que no era susceptible de ningún recurso, sin embargo, era corriente que los comerciantes acudieran al arbitraje control, al cual se podía recurrir ante los Tribunales y por otra parte los árbitros podían abstenerse de juzgar y requerir a las partes para que sometieran el asunto a los tribunales.

Roma. Vivió Roma sometida al influjo de la cultura griega. Las gentes de Lacio por ejemplo, habían tomado de Grecia la escritura, y es indudable también la gran recepción del derecho griego. Sabido es que Roma empieza siendo un pueblo de agricultores que alcanza posteriormente una activa y floreciente situación económica. En torno a la economía romana señala Fernando Mora: "Los romanos fueron un pueblo eminentemente agricultor, nacido en el agro, para el agro."⁴

Roma se convierte en el centro del comercio mundial de la época y logra una rudimentaria economía dineraria. Realiza un importante tráfico marítimo e incluso, aparecen ciertas asociaciones o agrupaciones profesionales de mercaderes. La existencia de sujetos que profesionalmente se dedican al comercio (marítimo y terrestre) y la actividad que realizan determinan el nacimiento de exigencias económicas que deben ser reguladas y resueltas por el Derecho. Para ello surgen instituciones jurídicas nuevas, o se aplican y transforman las propias instituciones civiles, sin embargo, no surge aún un Derecho especial para el comercio, distinto y separado del *ius civile*, ello en razón a las especiales características del derecho romano⁵ que hicieron innecesaria la aparición de un derecho especial.

Estas características fueron:

Su naturaleza esencialmente dinámica

Sus extraordinarias condiciones de acomodación y flexibilidad ante las nuevas exigencias sociales

Incorporación a su derecho el *ius gentium* mediante los edictos de los pretores (Pretores peregrinos). La figura del pretor peregrino aplicaba la Ley a cada caso concreto.

3 Solano Porras Julián, *Lex mercatoria*, Revista Judicial, p. 17

4 Mora, Fernando. *Introducción al estudio del Derecho Comercial*. San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, Segunda Edición, 1991, p. 51.

5 Broseta Pont, Manuel. *Manual de Derecho mercantil*. Editorial Tecnos. Madrid. p. 41.

La perfección del *ius civile* romano. “En efecto, aún cuando el primitivo *ius civile* no parece que fuera especialmente desfavorable para el comercio, resultó, sin embargo, insuficiente para regular las nuevas relaciones jurídicas derivadas del importante tráfico mercantil en el que intervino Roma.”⁶

Carencia de una organización corporativa comercial.

Los romanos no conocieron una verdadera división del derecho privado en derecho civil y derecho comercial; sus juriconsultos nunca pensaron en esta división. Su tendencia hacia la abstracción y a la unificación les llevó a sistematizar sus construcciones jurídicas unificando las reglas jurídicas sin preocuparse de establecer distinciones entre comerciantes y no comerciantes, ni entre actos civiles y actos de comercio. Faltó incluso una palabra técnica para designar el comercio: *negotiatio* designaba tanto el gran comercio como una operación aislada y *mercatura* indicaba exclusivamente comercio de mercadería en sentido estricto, sin que en parte alguna apareciera un *jus mercatorum*, como sucedió hasta después en la edad media.

No cabe duda que existieron en Roma instituciones jurídicas creadas para el comercio y aplicables exclusivamente al comercio, infiriéndose que si no existió un derecho comercial en el sentido de un cuerpo autónomo de reglas jurídicas opuesto al derecho civil, puede afirmarse que existió

un derecho comercial en el sentido de la existencia de reglas jurídicas aplicables exclusivamente al comercio.

En Roma, se conocían instituciones como la *Lex rodhia de jacto*, el *foenus nauticum*, ya explicadas y también la acción ejercitoria que se ejerce contra el armador, atribuida a quien contrataba con el capitán de la nave, la acción recepticia contra el capitán por los deterioros o pérdidas de efectos y equipaje de los pasajeros. La acción institoria (El autor Roberto Mantilla⁷ se refiera a esta como aquella que “permitía reclamar del dueño de una negociación mercantil, el cumplimiento de obligaciones contraídas por la persona que se había encargado de de administrarla (institor)” y, se refiere a la acción ejercitoria, como aquella que “se daba contra el dueño de un buque, para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por su capitán”), la *receptum argentariorum*, que era un pacto que obligaba al banquero a pagar por cuenta de un cliente.

El contrato de sociedad adoptó diversas formas y fue utilizado para fines comerciales pero sin que hubiera distinción jurídica entre sociedades civiles y comerciales. Uno de los tipos de sociedad romanos, la *societas publicanorum*, denominada también *societas vectigalium*, reunía grandes capitales y gozaba de personalidad jurídica.

Podemos concluir que Roma no contó con un desarrollado Derecho mercantil y esto se debió a dos razones importantes:

6 Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. Origen Histórico del Derecho Mercantil. Tomado de la Antología de la Cátedra de Derecho Comercial I, de la Universidad de Costa Rica, 1997.

7 Mantilla Molina, Roberto. Derecho Mercantil., , México, Editorial Porrúa , p 82

La figura del pretor peregrino que aplicaba la Ley a cada caso concreto y, la perfección del *ius civile romano*.

La edad Media Los diez siglos comprendidos entre el final del imperio Romano, con la deposición del emperador Rómulo Augustulo, por Odoacro en el 476⁸, hasta la caída de Constantinopla en poder Turco en 1453, estuvieron marcados por el feudalismo, base social, que se sustentaba en una relación de dependencia personal, denominada vasallaje., la cuál surge entre las relaciones de subordinación entre un guerrero y un campesino débil, condiciones que se modificarían llevando a intrincadas y complejas cadenas de vasallajes que abarcaban a todas las capas sociales, y se proyectaban a las descendencias. Aparte de esta figura el inicio de la edad media estuvo marcado por invasiones bárbaras, guerras y conflictos; y por supuesto por el dominio que ejercía la iglesia.

Era la Iglesia quien llevaba las riendas de la economía, y hacia que el mayor valor terrenal fuera la tenencia de la tierra. Solo la tierra, creada por dios, era capaz de producir según los principios de la Iglesia en aquel tiempo; el afán de lucro estaba proscrito por la ley de dios, y por ende el comercio, que se consideraba desordenado y desmedido en sus alcances, además de no ser productivo

El comercio resurgió a consecuencia de las cruzadas, que no solo se abrieron vías de comunicación con el Cercano Oriente, sino que provocaron un intercambio de los productos de los distintos países europeos. Este florecimiento del comercio ocurrió en condiciones políticas y jurídicas muy distintas a las que habían prevalecido en Roma.

Fue la incipiente formación de Burgos y villas, asentadas en territorios fuera de los dominios de los grandes señores feudales europeos, la que dio origen a una nueva conceptualización de la riqueza y sustento al poder, basados en la riqueza monetaria. “En las villas que luego fueron pueblos y ciudades, al aumentar en número sus habitantes, surge una nueva clase social que se conocería como burguesía y se caracterizaría por su dedicación al lucro proveniente del tráfico comercial”⁹

El auge de la burguesía minaba poco a poco las bases del feudalismo, por cuanto la riqueza ya no se reconocía en la posesión de tierras y su explotación por los siervos, si no por el contrario, en la actividad comercial, que a su vez exigía de una gran reunión de individuos en un espacio geográfico reducido. Durante la alta “Edad Media”, los siervos abandonaban los terrenos de cultivo feudal y con ellos dejaron atrás su condición de tales, para incorporarse a la vida de las ciudades, expandiéndose

8 Brilla Ferrer Carlos Eduardo, Los Orígenes Históricos del Derecho Mercantil Costarricense: de las ordenanzas de Bilbao de 1737 al Código de Comercio de 1853, Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica.1998. P 19.

9 Brilla Ferrer Carlos Eduardo, Los Orígenes Históricos del Derecho Mercantil Costarricense: de las ordenanzas de Bilbao de 1737 al Código de Comercio de 1853, Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica.1998. P 19.

estas con velocidad ante el flujo constante de inmigrantes de orígenes rurales

El incremento de población en las ciudades conllevó al surgimiento y perfeccionamiento de ciertos oficios y actividades mercantiles, producto de las cuales nacen los gremios¹⁰, influenciados por las experiencias de los colegios Romanos y en menor medida de las guildas¹¹ y hansas germánicas. En cuanto a su estructura, los gremios se caracterizaron por ser asociaciones cerradas de artesanos y mercaderes que monopolizan específicas ramas de la actividad económica. Los gremios toman fuerza y forman corporaciones, colegios, Universidades, mientras tranzaban su producción; un punto muy importante para el nacimiento del derecho comercial y es el nacimiento de los estatutos; las prácticas comunes de esta actividad y la necesidad de defender y proteger el comercio, dieron origen a costumbres y prácticas comunes, que se convirtieron en exigibles y de acatamiento obligatorio, luego de adquirir el derecho a su autorregulación.

Fue durante los siglos XII y XIII que la manera de pensar y actuar cambió en las poblaciones nacies. “Este cambio de mentalidad y costumbres fu producto de varios factores entre los que podemos contar, un derecho romano anquilosado y fuera de época, los excedentes en la producción agrícola, que obligaron a la búsqueda de mercados”¹², y

sucesivamente, en los siglos venideros, el crecimiento de las ciudades, hacia donde se trasladaron muchos campesinos que a la postre constituirían grupos de orfebres, comerciantes y banqueros; posteriormente la expansión papal hacia el Oriente, debido a las Cruzadas; el desarrollo del comercio marítimo y por último el descubrimiento de América.

Esta “revolución comercial” (como la ha llamado Alberto Bercovitz) se origina en Italia, en ciudades como Venecia, Bari, Pisa y Génova, luego se fue extendiendo a otras ciudades de Europa. Pero, no todas las ciudades crecieron a un mismo ritmo, en algunas el intercambio es meramente local, en el mercado, donde existía un reglamentación rígida sobre la protección de los consumidores, mientras que el “gran comercio” era aquél dedicado a traspasar las fronteras, era el comercio de exportación, que se llevaba a cabo en las ferias, de las cuales son famosas las de Lyon y Champaña, en Francia, donde participaban comerciantes del norte de Italia.

Es quizás la etapa de la evolución más importante, porque el nacimiento del derecho mercantil, y la *lex mercatoria* como elemento paralelo, está íntimamente ligado a la actividad de los gremios y de las corporaciones de mercaderes que se organizan en las ciudades medievales, para defender sus derechos.

10 Cabanellas Guillermo, Diccionario Enciclopédico Usual, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, Tomo IV. P 198.

11 Cabanellas Guillermo, Diccionario Enciclopédico Usual, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, Tomo IV. P 226

12 Silva Jorge Alberto, Estudios sobre *Lex Mercatoria*, Universidad Autónoma de México, 2006. P. 228

Los comerciantes se asociaban en grandes corporaciones profesionales que recibían el nombre de *consulados*, y cuya misión consistía en la defensa y protección de los intereses económicos de sus miembros.¹³ A la cabeza estaban colocados los cónsules, juntos a los cuales había funcionarios, una junta o consejo reducido y uno amplio, constituido generalmente por todos los miembros de la corporación. Las corporaciones gozaban de autonomía y de jurisdicción propia. La jurisdicción de las corporaciones de mercaderes, cuya importancia había de ser tan grande en el desenvolvimiento del derecho consuetudinario del comercio, la ejercía el presidente (*consules mercatorum*)

El fenómeno comercial iniciado en el Siglo XII también fue regulado, aunque no por un derecho estatal o del príncipe. Aunque a esta normativa se le conoce como *lex mercatoria mediaval*, el fin de la Edad Media no dio por concluido a este sistema Jurídico, que se prolongó durante el renacimiento hasta el siglo XVII, cuando, como veremos la estatización del derecho comercial dejaría sin efectos estas figuras.

Dentro de las normas que los antiguos mercaderes establecieron mediante el uso y la práctica, y que pasaron a formar parte de legislaciones nacionales se pueden citar:

Los acuerdos informales pueden llegar a ser legalmente válidos, y obligan a las partes.

El comprador de buena fe de bienes robados es protegido respecto del original propietario, cuando tales bienes hayan sido adquiridos en mercados abiertos (relacionar con el código comercio tico).

La mera posesión de una letra de cambio otorga el derecho al pago.

El vendedor tiene el derecho a detener el tránsito de bienes vendidos si el comprador incumple el contrato respectivo.

Los socios pueden demandarse entre sí.¹⁴

No es muy seguro afirmar que los juristas medievales estuvieron conscientes de que los comerciantes se regían por un sistema jurídico diferente al estatal, esto es, que su regulación no se enlazaba con este último; ni siquiera de que existía un pluralismo jurídico. A su *lex mercatoria* (cuyo origen no se encontraba en el príncipe) también se le conoció como *diritto vivente*, *droit corporatif* o *selbstgeschaffenes rect wirshaft*¹⁵. Surgió entonces esta figura como una respuesta medieval a las necesidades del tráfico comercial.

El surgimiento de estas nuevas condiciones fue especialmente positivo para las Monarquías, las cuales antes se encontraban sumamente disminuidas en sus poderes y alcances, frente al gran poder que se reservaban para sí lo señores feudales y ante su incapacidad material de imponerse a ellos.

13 Cruz Barney, El derecho mercantil y el surgimiento de la organización y jurisdicción consular en el mundo hispánico, en Silva Jorge Alberto, Estudios sobre Lex Mercatoria, Universidad Autónoma de México, 2006. P 3.

14 Faya Rodríguez Alejandro, La nueva lex mercatoria: naturaleza y alcances. Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 34, Sección de Previa, 2004 P 47.

15 JORGE SILVA, Silva Jorge Alberto, Estudios sobre Lex Mercatoria, Universidad Autónoma de México, 2006. P.232.

Edad Moderna. Dentro de esta etapa podemos encontrar un período que va desde el XV hasta fines del XVIII. Este período se caracterizó porque a partir del XV surge la teoría del mercantilismo y por lo tanto el consiguiente crecimiento de la importancia del poder político en la economía, fenómeno representado por las Monarquías Absolutistas y posterior identificación nacionalista. Así mismo, se produce la revolución industrial y el derecho mercantil tradicional comienza a perder importancia como consecuencia de la expansión de las primeras ordenanzas mercantiles (primeros documentos escritos que tenemos del derecho mercantil) Dentro de estas ordenanzas se han de destacar:

Ordenanza Francesa del Comercio, promulgada por Luis XIV (1673).

Ordenanza Francesa de la Marina(1681).

Ordenanza de la Universidad y Casa de Contratación de Bilbao, promulgada por Felipe V (1737) y confirmada por Fernando VII (1814).

Ordenanza de Burgos de 1495.

El fin de la segunda etapa podemos situarlo en 1807 con la promulgación del Código Civil Napoleónico, fuertemente influenciado por las ideas de la Revolución Francesa.

A lo largo de la Edad Moderna, el derecho mercantil experimentará una importante evolución tanto por lo que se refiere a las características de ese Derecho como a su

contenido institucional. En los siglos XVI a XVIII, sin dejar de ser un Derecho profesional de los comerciantes, inicia un doble proceso de “objetivización y de estatización”¹⁶.

Este proceso de objetivación consiste sencillamente en que el Derecho especial se aplicará a las relaciones del tráfico no es función de la intervención de un apersona que sea comerciante, sino sencillamente en razón de que una determinada relación de tráfico pueda ser calificada como acto de comercio, sean o no comerciantes quienes lo realicen¹⁷. Para Rodrigo Uría¹⁸ la evolución de un sistema preferentemente subjetivo como el medieval hacia la objetivación se oculta bajo una fórmula artificiosa y formalista que permite mantener la idea del Derecho mercantil como un derecho de los comerciantes: se presumía la cualidad de comerciante en quién no lo era cuando realizada alguno de los actos que debían quedar sometidos a las jurisdicción consular.

De otro lado el proceso de estatización significa que el Estado reivindica para sí el monopolio de la función legislativa, pasando el Derecho Mercantil a formar parte de del Derecho estatal en Ordenanzas dictadas o refrendadas por la autoridad central. “Este fenómeno de centralización es gradual y de alcance variable, según los países, pero en todo caso repercute en el sistema de fuentes de este Derecho especial alterando la jerarquía normativa: la ley toma primacía sobre el uso. Como señale anteriormente este proceso alcanza particular significación en las dos grandes Ordenanzas francesas de Luis XIV, las del Comercio terrestre

16 Uria Rodrigo y Meléndez Aurelio, Curso de Derecho Mercantil I, Editorial Civitas, Madrid, 1999. P 31.

17 Ejemplo claro lo constituye el artículo 5 del código de comercio de Costa Rica.

18 Uria Rodrigo y Meléndez Aurelio, Curso de Derecho Mercantil I, Editorial Civitas, Madrid, 1999. P 31.

de 1673 y la de la Marina en 1681, ambas con un acento estatal muy marcado y con una gran influencia en la posterior codificación mercantil; y en la misma línea las Ordenanzas de Bilbao de 1737 “ que, si bien nacieron con vigencia limitada a esta villa comercial y marítima, tuvieron una extraordinaria influencia en España y en la América española, hasta el punto de que en los albores de la codificación, se llegó a proponer que rigieran en toda España hasta que se confeccionara el Código de Comercio.

La antigua *lex mercatoria* quedó enteramente nacionalizada. Como consecuencia el antiguo sistema desapareció y los asuntos que en algún momento eran tratados de manera expedita bajo normas que surgían de la práctica transnacional quedaron bajo la jurisdicción de tribunales locales; perdió su carácter transnacional, su consistente referencia a la costumbre, su administración ad hoc, su informal y ágil aplicación y su énfasis en el concepto medieval de justicia.¹⁹

Nueva *lex mercatoria*

En las últimas décadas se han producido movimientos armonizadores de convenciones internacionales y otros instrumentos que pretenden regular las operaciones de comercio internacional, es este el resurgir de la *lex mercatoria*.

Tres principales razones explican el fenómeno anteriormente descrito:

Las diferencias importantes en los sistemas

jurídicos nacionales, que impiden la consolidación de un marco legal uniforme para el mercado global de negocios la incapacidad de las leyes locales de regular operaciones complejas de tipo transnacional

La creciente consolidación del arbitraje como medio de resolución de las disputas que derivan de operaciones transnacionales, y la recepción positiva de la figura del arbitraje por las leyes locales.

La nueva *lex mercatoria* es producto de una recepción de los valores y conceptos fundamentales del Derecho Romano (buena fe, culpa, diligencia, etc) y de una recepción de la práctica contractual anglosajona (leasing, franchising, factoring, know how, joint venture, etc)²⁰.

Esta nueva *lex mercatoria* tiene como efecto un volver al pasado, al inicio del comercio de los hombres, un comercio basado en las costumbres y no en el papel, claro está agregando figuras nuevas que son parte de la modernidad de nuestros tiempos. Podemos ejemplificar esta afirmación señalando las características de esta nueva *lex mercatoria*:

Es creada por los comerciantes: en la edad media y en la Grecia antigua, eran los mismos comerciantes que con sus transacciones diarias imponían las reglas del juego; hoy en día son las cámaras de comercio quienes recopilan los usos y costumbres de los nuevos comerciantes (Ej. INCOTERMS)

19 Faya Rodríguez Alejandro, La nueva *lex mercatoria*: naturaleza y alcances. Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 34, Sección de Previa, 2004 P 48

20 Pérez Vargas Víctor, La *lex Mercatoria*, Antología de Derecho de la Contratación Internacional, Universidad de Costa Rica, P 11.

Al igual que en sus bases, es un derecho “real” y móvil, cambia constantemente, pues está sujeto a las prácticas comerciales; su principal fuente es la costumbre de los comerciantes, quienes con su práctica diaria van creando verdaderas normas de derecho.²¹

Resolución de conflictos: Al igual que en los tiempos de los gremios, las mismas partes son quienes escogen quien será aquel que dirima los conflictos que surjan de la relación comercial, hoy en día son árbitros quienes juegan este papel; esta situación se incrementa además con la lentitud en la que operan los tribunales nacionales (el caso de CR) que trae consecuencias negativas al desenvolvimiento ágil del comercio.

Rapidez e informalidad: se reconoce que los conflictos entre comerciantes no pueden estar sujetos a las formalidades propias de un juicio ordinario, de ahí que el procedimiento debe ser sumario, sin interposición de incidentes y otros recursos que atrasen el proceso.²²

Equidad: Influenciado por el derecho Canónico, los conflictos pueden ser resueltos según la equidad.²³

Transnacional: La nueva lex Mercatoria trasciende las fronteras nacionales, por lo que no se agota en las leyes o costumbres locales.

Involucra transacciones entre personas de distintas naciones, logrando establecer reglas comunes, a pesar de las distintas reglas que se aplican en cada país.

El carácter transnacional ha sido acentuado por Fouchard, quien llega a hablar de un derecho “nacional” o “extraestático”, y que algunos le llaman supranacional o “transnacional”.²⁴

Manifestaciones concretas

La Nueva lex mercatoria se presenta a través de distintas manifestaciones, de las cuales presentamos a continuación dos de los ejemplos más claros:

A. Usos y costumbres del comercio Internacional.

Consisten en la repetición, de manera constante y uniforme, de actos idénticos- comisos u omisivos, a través del consentimiento tácito de todas las personas que admitan su fuerza o valor como norma a seguir en la práctica de tales actos.

“Un uso del comercio es cualquier práctica o método de negocios, que teniendo regularidad de observancia en una plaza, lugar o sector del comercio, justifica una expectativa de que será igualmente observado en un contrato determinado.”²⁵

21 Julian Solano, P. 16.

22 Julian Solano, P. 16.

23 Julian Solano, P. 16.

24 Julian Solano, P. 16.

25 Pérez Vargas Víctor, La lex Mercatoria, Antología de Derecho de la Contratación Internacional, Universidad de Costa Rica. P. 8.

Al igual que en la antigüedad este conjunto de usos y costumbres se ve codificado por sus aplicadores, y a pesar de no contar con un centro estatal que le de la vigencia debida, como podría requerirlo una ley o un tratado internacional, tiene plena aplicación.

Un ejemplo claro de estas codificaciones son los llamados INCOTERMS, normas de la OMC (organización Mundial de Comercio) que establecen los derechos y obligaciones del comprador y vendedor, su responsabilidad, a través de las cláusulas CIF, FOB, EX WORKS entre otras

También encontramos las "PRÁCTICAS Y USOS UNIFORMES PARA CRÉDITOS DOCUMENTARIOS", de la misma organización, aplicables a los créditos bancarios, adoptadas por las asociaciones bancarias y por bancos individuales en 175 países, "y también las reglas de la London Commercial Trade Association para el comercio de granos, que incluye 60 fórmulas tipo, como de igual modo las hay para el comercio de la seda, para productos forestales y minerales."²⁶

De estos dos ejemplos sin duda alguna los más famosos y conocidas normas de la nueva *lex mercatoria* lo constituyen los INCOTERMS y sus cláusulas de venta. Estos tratan sobre:

Derechos y obligaciones del vendedor y comprador, de acuerdo a la cláusula de venta escogida.

Determinan quién asume los gastos y riesgos, hasta el momento de la entrega de la mercancía, si el vendedor o el comprador.

Fijan el momento y lugar en que se producirá la entrega de la mercancía.

Reglamentan la obligación de pago del comprador.

En aquellos casos en los que la costumbre internacional no esté solidamente definida, caso contrario a los reconocidos INCOTERMS, debe desentrañarse mediante a aplicación de métodos diversos, mismo que pueden utilizarse alternativamente o de manera simultánea.

Entre dichos métodos podemos mencionar

- Inferir usos de convenciones internacionales
- Dictámenes periciales
- Análisis de relaciones jurídicas previas, y
- Una de las más importantes las decisiones Arbitrales.

Otro instrumento de gran utilización y reconocimiento son los principios de UNIDROIT, principios que no son, ni con mucho una obra acabada, sino que permanentemente quedan sujetos a ampliaciones y mejoras, como corresponde a una regulación que atañe a actividades tan extensas y cambiantes como lo son las conectadas con el comercio en todas sus formas.²⁷

²⁶ Castrogiovani, R.M., *Lex Mercatoria*, Compilación Especial, www.derecho-comercial.com. P. 2.

²⁷ Díaz Bravo Arturo, Los principio 2004 de UNIDROIT sobre los contratos mercantiles internacionales: una apreciación parcial y personal, en Silva Jorge Alberto, *Estudios sobre Lex Mercatoria*, Universidad Autónoma de México, 2006. P. 60.

**B. El Arbitraje. Aplicación de Justicia.
Del sistema estatal al privado.**

De importancia para este estudio debemos hacer mención a la existencia de dos tipos de Arbitraje: a) el Arbitraje Doméstico, que abarca las controversias dentro del marco estatal, y b) el arbitraje internacional, que comprende la solución de controversias que exceden el marco de un Estado sea en razón de que las partes al tiempo de la celebración del acuerdo tuvieran sus establecimientos o residencia habitual en Estados diferentes, o en el caso del comercio internacional, que se trate de personas de distintos países transando bienes de uno de estado a estado.²⁸

La posición de los países latinoamericanos fuertemente marcada en esta materia por el territorialismo, defensora a ultranza del Estado y de sus prerrogativas soberanas, y por ende monopolistas, se ha pasado a un Estado ampliamente permisivo de la tarea arbitral.²⁹ Se pasa de un modelo de aplicación de justicia estatal a una aplicación de Justicia administrada por sus propios gremios, cada Cámara de Comercio tendría por ejemplo su propio tribunal arbitral.

Alejándose cada vez más de la estatización, se crean centros de Arbitrajes que resolverán hacia lo externo más que hacia lo interno del país en el que se ubiquen. Dos ejemplos claros de centros arbitrales de gran influencia a nivel mundial los encontramos en:

En el plano internacional entre los principales centros de arbitraje podemos mencionar la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) creada hace más de 60 años para proporcionar una solución a las controversias internacionales. Tiene su sede en París y cumple un papel preponderante tanto por la cantidad como por el monto de los casos que le someten a solución

Tenemos luego la American Arbitration Association –AAA- que tiene su sede en New York y oficinas en más treinta ciudades en Estados Unidos.³⁰

Conclusiones

Del anterior análisis, podemos concluir lo siguiente:

1. Algo hay que tener muy claro, la *lex mercatoria* existe, no es un mero mito. Su espíritu sobrevivió a través de los años que la estatización del derecho mercantil supuso su desaparición. Este fenómeno, contrario al hecho histórico citado, comprende la normativa creada por los propios comerciantes, pues según los estadistas, se rata de reglas creadas al amparo de la autonomía de la voluntad.
2. En la actualidad se manifiesta a través del acentuado proceso de integración económica, de una tendencia hacia la unificación de leyes y de una gran creación de reglas usos

28 Feldstein de Cárdenas Sara, *El Arbitraje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998. P 14

29 Fernández Rozas José Carlos, *Un nuevo mundo Jurídico: la lex mercatoria en América Latina*, en Silva Jorge Alberto, *Estudios sobre Lex Mercatoria*, Universidad Autónoma de México, 2006 P 94.

30 <http://www.adr.org/>

y costumbres por parte de asociaciones de comerciantes (principios de UNIDROIT) o en el plano de las Naciones Unidas (UNCITRAL).

3. Hay sectores que insisten en ver la *lex mercatoria* como un cuerpo sustantivo de normas pero en realidad se trata de un método de aplicación de principios, usos y costumbres. Se trata entonces de un sistema que va más allá de un simple conjunto de normas, un método que, a través de un análisis comparativo y fáctico, nos arroja soluciones concretas para resolver un problema transnacional³¹, a través de la

utilización y aplicación de usos y costumbres gestados en el seno internacional.

4. Como se pudo observar al final del estudio, es un derecho vivo; sus figuras se fraguan en el diario vivir del comerciante al igual que sus inicios históricos. Claro está que de un pequeño pueblo medieval con su consúl aplicando justicia se pasa a una Cámara Internacional con un poderoso sistema de aplicación Privada de Justicia, pero los principios se mantienen, sea un orfebre medieval o un transportista multimodal, la *lex mercatoria* ampara sus intereses.

31 Y cada vez más podríamos hablar de nacional, aunque la reticencia de la aplicación de estos principios a los que nos referimos sigue siendo palpable. Por ejemplo hay muy poca Jurisprudencia que incluye principios de UNIDROIT.

Bibliografía

Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. Origen Histórico del Derecho Mercantil. Tomado de la Antología de la Cátedra de Derecho Comercial I, de la Universidad de Costa Rica, 1997.

Brilla Ferrer Carlos Eduardo, Los Orígenes Históricos del Derecho Mercantil Costarricense: de las ordenanzas de Bilbao de 1737 al Código de Comercio de 1853, Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica. 1998.

Cabanellas Guillermo, Diccionario Enciclopédico Usual, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, Tomo IV.

Castrogiovani, R.M., Lex Mercatoria, Compilación Especial, www.derecho-comercial.com.

De Solá Cañizares Felipe. Tratado de Derecho Comercial Comparado. Tomo I, Editorial Montaner y Simón S.A. Barcelona.

Feldstein de Cárdenas Sara, El Arbitraje, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

Galgano Francesco, Lex Mercatoria, Il MULINO, Bologna, 1976.

Mantilla Molina, Roberto. Derecho Mercantil., México, Editorial Porrúa .

Mora, Fernando. Introducción al estudio del Derecho Comercial. San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, Segunda Edición, 1991.

Pérez Vargas Victor, La lex Mercatoria, Antología de Derecho de la Contratación Internacional, Universidad de Costa Rica, 2005.

Perenne Henri, Historia económica y social de la edad media, Fondo de cultura económica, Madrid, 1975.

Silva Jorge Alberto, Estudios sobre Lex Mercatoria, Universidad Autónoma de México, 2006.

Uria Rodrigo y Meléndez Aurelio, Curso de Derecho Mercantil I, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

Revistas

Faya Rodríguez Alejandro, La nueva lex mercatoria: naturaleza y alcances. Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 34, Sección de Previa, 2004.

Konradi Wioletta y Fix-Fierro Héctor, La lex mercatoria en el espejo de la investigación empírica , Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 117, Sección de Artículos, México, 2006.

Labariega Villanueva Pedro Alfonso, La moderna lex mercatoria y el comercio internacional, Revista de Derecho, Privado, Número 26. Sección de Doctrina, México, 1998.

Solano Porras Julián, Lex mercatoria, Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, N° 76.