CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL N° 95

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. 35254

SUMARIO

Presentación 5
Dr. Víctor Pérez Vargas

El "daño al proyecto de vida" en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas 11
Dr. Carlos Fernández Sessarego

Deberes contractuales accesorios y concurso de pretensiones 59
M.Sc. Yuri López Casal

La tentativa de erradicar la recompra bursátil 93
Lic. Carlos Andrés Dalolio Jiménez

Situación Jurídica de los Cementerios Públicos 107
M.Sc. Ronaldo Hernández H.

La teoría de la imputación objetiva en el Derecho Penal 147
Lic. Allan Arburola Valverde

Derecho Humano al agua 169
M.Sc. Mario Peña Chacón

Reparación integral del daño y principio de inocencia 187
M.Sc. Pablo Barahona Krüger

Reflexiones en torno al mandato mercantil en el derecho costarricense 207
Lic. Yaruma Vásquez Carrillo

Los contratos de remolque y salvamento. Diferencias y similitudes 237
Lic. Javier Madrigal Navarro

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

En esta edición, ofrecemos colaboraciones sobre Daño al Proyecto de Vida y Responsabilidad Civil, Contratos, Derecho de Bolsa, Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho Humano al Agua, Solución Alternativa de Conflictos Penales, Mandato Mercantil y Derecho Marítimo.

En algunos casos, no basta indemnizar solamente el daño patrimonial y el daño moral; hay otro tipo de daño extrapatrimonial, donde la incidencia no es solamente afectiva, sino que se da sobre la más importante proyección libre de la persona, su propio proyecto de vida. El Dr. Carlos Fernández Sessarego, en "El daño al proyecto de vida en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas", así como en muchos escritos anteriores, responde a la cuestión de la causación de un daño cierto y actual cuyas consecuencias se prolongan en el futuro, de modo continuado o sucesivo, de tal relevancia que menoscaba o destruye un proyecto existencial (el cual distingue frente a los múltiples proyectos de vida), sumiendo al afectado en el despliegue de su identidad dinámica en un vacío existencial, haciéndolo sufrir la pérdida de sentido de su propia vida, recordándonos el ejemplo del pianista que pierde sus dedos, por lo que no se trata, simplemente, de un daño psíquico (alteración patológica del psiquismo) y tampoco se trata de un daño moral (cuyo punto de incidencia es la esfera emotiva o sentimental). En este campo, gracias a la labor personal del autor, cuando ejerció el cargo de Ministro de Justicia de Perú, el nuevo Código Civil de ese país establece el deber de indemnizar el daño a la persona, independientemente del daño patrimonial y del daño moral. En este ocasión, nos da cuenta de diversos casos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; desarrolla, además, lo que la doctrina contemporánea italiana y latinoamericana ha afirmado sobre el tema y nos informa de acerca de diversas resoluciones judiciales peruanas y argentinas en las que se ha admitido.

En los contratos de prestaciones recíprocas, las partes deben dar cumplimiento al principio de buena fe y, con su cooperación recíproca, deben poner los mejores esfuerzos para la consecución de los fines acordados. Se trata de realizar los comportamientos instrumentalmente indispensables para la realización de la obligación principal y no impedir el cumplimiento del contrato, lo mismo que no causar daños a la contraparte. Junto a la obligación principal, surgen obligaciones no menos importantes, derivadas del principio de la buena fe; algunas de ellas han sido expresamente afirmadas en nuestro Derecho; por ejemplo, los deberes de información en materia de consumo y las obligaciones de colaboración y comunicación y respeto al fin, especialmente en los contratos duraderos. Otros deberes, derivados del texto del contrato mismo, son frecuentemente utilizados en algunas materias como los seguros, donde se admite generalmente las cargas de información y de conservación o no agravación del estado de riesgo. Gracias al aporte del **M.Sc. Yuri López Casal**, Juez del Tribunal de Juicio de Puntarenas y Máster en Derecho Civil (LL. M.) de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemania), titulado "**Deberes contractuales accesorios y concurso de pretensiones**", por primera vez tenemos un tratamiento sistemática de estos deberes contractuales accesorios y de las consecuencias relacionadas con el resarcimiento de

los daños y perjuicios que pueden generarse como consecuencia de su incumplimiento o inobservancia- Frente a la jurisprudencia, que se ha mantenido incólume en cuanto a ratificar su preferencia por el principio de “non cumul”, a la que critica de inconstitucional, el autor plantea la posibilidad de responsabilidad civil extracontractual como una opción resarcitoria adicional y simultánea a la responsabilidad civil contractual de modo que, por un mismo hecho daniño, el damnificado tendría a su disposición, de manera conjunta y simultánea, dos o más fundamentos negociales y legales, con base en los cuales podría exigir el resarcimiento del daño inflingido a su esfera jurídico-económica.

En materia de Bolsa, el **Lic. Carlos Andrés Dalolio Jiménez**, Juez y especialista en Derecho Comercial, en “**La tentativa de erradicar la recompra bursátil**“, se refiere al contrato bursátil de recompra (apenas mencionado a nivel legislativo para efectos fiscales en la Ley de Simplificación y Eficiencia Tributaria); de este contrato afirma su tipicidad “social”. El concepto establece la existencia de dos operaciones. La primera, se va a realizar “a hoy” (que en la jerga bursátil quiere decir entre veinticuatro horas y siete días, por los procedimientos de liquidación). Se liquidará en forma ordinaria y consiste en una compraventa de título valor. La segunda, es una operación a plazo. Casi siempre, intervienen los mismos participantes y el mismo título). El autor lo confronta con el reporto (previsto por los artículos 46 a 49 de la ley 7732-97, que no es ni una compraventa ni un préstamo, sino un contrato diferente en el que hay “transmisión de ida y regreso, entre las mismas partes, de los títulos y del precio”). Nos explica que a nivel de corredores costarricenses, se habla indistintamente de contrato de reporto como de recompra. Establece las similitudes y diferencias entre el contrato de recompra y el contrato de reporto. Sostiene: “la recompra, representa una degeneración de la figura del reporto y doctrinariamente”. Nos informa sobre las regulaciones establecidas por la Bolsa Nacional de Valores a las que critica diciendo: “Mantiene vivas las recompras, pero bajo el eufemismo de que en lo sucesivo, donde aparezca esa palabra, deberá entenderse como “reporto tripartito”. Ese cambio de nomenclatura, es un velado intento, de ir borrando poco a poco, del inconsciente colectivo, la alusión a la recompra. Empero, no apareja ninguna evolución verdaderamente sustancial”.

En “**Situación Jurídica de los Cementerios Públicos**”, el **M.Sc. Ronaldo Hernández H**. Máster en Derecho Público, Especialista en Derecho Mercantil y Doctorando egresado en Derecho Administrativo, comenta las regulaciones sobre Cementerios Públicos desde la Ley 24 de 19 de julio de 1884 y el Reglamento respectivo, Decreto No. 17 del 5 de septiembre de 1931, hasta la Ley General de Salud y el Reglamento General de Cementerios, de 3 de agosto del 2005, así como el Código Municipal y los reglamentos municipales, en todo aquello relacionado con la naturaleza jurídica de estos sitios. También se remite a los pronunciamientos de la Procuraduría General de la República y de los Tribunales de Justicia. El autor expone los lineamientos generales característicos del Dominio y su trascendencia sobre los cementerios públicos. Al respecto comenta los caracteres de los bienes comprendidos en él, como la inalienabilidad, la inembargabilidad y la imprescriptibilidad y el estar fuera del comercio, así como los permisos de uso posibles, todo lo cual configura la demanialidad. Sostiene, finalmente que “En Costa Rica NO existe claridad en la figura jurídica que

tratamos y la normativa es confusa, imprecisa e insuficiente".

El **Lic . Allan Arburola Valverde** analiza el tema de la relación de causalidad en la responsabilidad, en su estudio sobre "**La teoría de la imputación objetiva en el Derecho Penal**". El autor, expone las diversas teorías, desde la originaria equivalencia de condiciones hasta las más modernas, antes de pasar al tratamiento del principio general de imputación objetiva basado en que la acción humana haya creado un riesgo jurídicamente desvalorado y ésta se haya realizado en el resultado. Siguiendo a Romero Sánchez, afirma. "La teoría de la imputación objetiva procura confirmar la causalidad jurídica, mediante una serie de criterios normativos, descritos en la siguiente fórmula: un resultado solo es objetivamente imputable, cuando la acción causante del mismo ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado (o típicamente relevante) que se ha realizado en un resultado típico, que pertenezca al ámbito o fin de protección de la norma infringida". Aclara que "Para la afirmación de la parte objetiva del tipo, en los delitos que exigen la producción del resultado separado, no es suficiente que una conducta creada de un riesgo típicamente relevante cause materialmente el resultado típico. Es necesario, además que el resultado causado pueda verse como realización del riesgo precisamente inherente a la conducta".

En "**Derecho Humano al Agua**", el **M.Sc. Mario Peña Chacón**, Consultor Legal ambiental, nos alerta sobre las serias dificultades de aprovisionamiento de agua que se ciernen, causadas en parte por la degradación de suelos. Afirma que: "el derecho a acceder al agua encuadra dentro de la categoría de Derechos Humanos, al menos como presupuesto o desarrollo de distintos derechos reconocidos en los acuerdos internacionales, tales como el derecho a la vida, salud, calidad de vida, domicilio, vida privada, alimentación adecuada, entre otros. Discutir si el derecho al agua es un derecho humano autónomo, o accesorio de otro derecho principal, carece de sentido y se torna en una discusión innecesaria, pues en ambos casos será objeto de protección por parte del derecho". Lo ubica dentro de los derechos humanos de primera generación y lo considera anterior al Estado mismo e intrínseco a la naturaleza humana. Sin embargo, este derecho no es ilimitado; como todo derecho tiene una esfera de licitud fuera de la cual habría, precisamente, abuso del derecho; "factores como su carácter finito, su vulnerabilidad y los costos económicos que requiere su preservación, distribución y tratamiento, llevan a desechar una visión del derecho al agua como un reconocimiento a su acceso inmediato, ilimitado y gratuito a todos sus usuarios y para todos sus distintos usos". Nos informa, seguidamente, acerca de los convenios internacionales en los que es reconocido este derecho y delimita su contenido en relación con accesibilidad física y económica, calidad y cantidad, uso personal y doméstico. Se refiere a lo que denomina obligaciones estatales, más bien aspectos debidos de las potestades y a las diversas regulaciones que permiten afirmar el reconocimiento del Derecho al agua en el ordenamiento costarricense, lo mismo que a la jurisprudencia constitucional, en la cual se afirmó: "*La Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y la vivienda digna, entre otros, tal como ha sido reconocido también en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables en Costa Rica",*

En "**Reparación integral del daño y principio de inocencia**", el **M.Sc. Pablo Barahona Krüger**, Máster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho en la Universidad de Costa Rica y la Universidad La Salle. Abogado Litigante e Investigador, critica el estado de cosas que facilita interpretaciones equivocadas "en cuenta aquella que supone de quien repara una aceptación tácita de su culpabilidad equivalente a una confesión". Explica que la reparación integral del daño no debe verse como un reconocimiento de la veracidad de su denuncia sino como una disposición de evitar negocialmente el proceso. Deja claro que la reparación integral del daño se superpone a la forma retribucionista tradicional, pero especifica que: "No todos los presuntos delitos posibilitan la aplicación de soluciones alternas, siendo que para que proceda la reparación integral del daño debe tratarse de delitos patrimoniales sin grave violencia sobre las personas o bien culposos; mientras en el caso de la conciliación, ésta solo procedería si lo acusado son faltas o contravenciones, delitos de acción privada o de acción pública a instancia privada, y siempre y cuando el delito imputado admita la aplicación del beneficio de suspensión condicional de la pena o bien, finalmente, que se trate de los delitos sancionados con pena distinta de la privativa de libertad". Seguidamente, se refiere a sus presupuestos y consecuencias procesales. En su parte conclusiva enfatiza: "Quedando claro que ni siquiera cabe la certificación a terceros de lo que consta en el Registro Judicial en relación a estos institutos, se fortalece la tesis de que el resguardo del estado material de inocencia que debe asegurarse a todo ciudadano inicia con su inscripción correcta, eliminando toda posibilidad de matriculas indebidas de sobreseídos en el Registro Judicial de Delincuentes. Si a fin de cuentas todo error proviene de una exclusión, mal se hace con reprimir el ímpetu componedor de las partes en un proceso penal limitando el sentido o alcance del principio de inocencia al otorgar a la anotación necesaria en el Registro Judicial sentidos excluidos por la razonabilidad y legalidad penal, en clara contraindicación al Derecho de la Constitución y los Derechos Humanos cuya elevación se muestra hoy fuera de toda discusión".

En "**Reflexiones en torno al mandato mercantil en el Derecho costarricense**", la **Licda. Yaruma Vásquez Carrillo**, especialista en Derecho Comercial, parte de la idea de que en la evolución del instituto del mandato ha prevalecido, tanto a nivel legislativo como en gran parte de la doctrina, una perenne confusión entre los conceptos de mandato y representación. Comenta que a nivel nacional, Alberto Brenes Córdoba ha explicado la razón de ser del contrato de mandato (civil) desde la perspectiva de delegar en otra persona la propia representación. Considera este autor que el sentimiento de confianza en el cual se inspira la creación de un contrato de mandato es el que lleva a un sujeto "… a depositar en otro su representación para un acto o una serie de de ellos relativos a la vida civil, invistiéndole al efecto de algunos de los atributos de su propia personalidad". En opinión de la autora, siendo el objeto de estudio del mencionado autor exclusivamente visión del derecho positivo civil vigente, puede entenderse en alguna medida la mezcla que se hace entre la noción de la representación y la del mandato. Ello aunado a que incluso esta confusión se encontraba manifiesta ya en muchos otros textos doctrinales, a lo cual se añade la falta de delimitación conceptual de ambas figuras en el derecho. En la doctrina del contrato de mandato, resulta imperioso señalar el criterio que ha sido externado por el profesor

Gastón Certad en varias oportunidades, quien ha afirmado que “de acuerdo a la mejor doctrina, el mandato es un contrato en virtud del cual una persona denominada mandante, encarga a otra, denominada mandatario, la realización por su cuenta, de uno o más actos jurídicos”. Se analizan aquí el mandato civil y el mandato mercantil, así como sus diferentes formas, Comisión, factor y dependiente. La autora comenta que a lo largo del Código de Comercio se crean algunas situaciones en las cuales se hace referencia al contrato de mandato, sin incluir regulación especial con respecto a la manera en la que funcionará este instituto, como sí ocurre con las figuras hasta ahora mencionadas. Seguidamente estudia el mandato en diversos ordenamientos. Sostiene que “Debe divorciarse de manera definitiva el mandato de la representación, logrando con ello que se logre entender finalmente que se trata en efecto de figuras distintas, las cuales pueden encontrarse o no ligadas entre sí en un caso concreto. Entre las cuestiones de deberán ser reguladas en el Código de Comercio, debe tenerse presente que existen causales de extinción del contrato de mandato eminentemente mercantiles, como por ejemplo la venta del establecimiento comercial e industrial; que existe también toda una serie de situaciones ante la revocación del mandato por el mandante o la renuncia del mandatario y las diversas modalidades de indemnización que pueden mediar ante tales situaciones, las cuales nuestra legislación hoy simplemente no contempla; no existe tampoco una protección de los acreedores del mandatario sin facultades de representación con respecto a los bienes que éste adquiera por motivo del mandato”.

En “**Los contratos de remolque y salvamento. Diferencias y similitudes**”, el **Lic. Javier Madrigal Navarro**, especialista en Derecho Comercial, nos habla del remolque para hacer referencia a la operación consistente en el desplazamiento de un buque o más ampliamente, de un cuerpo flotante, mediante la tracción ejercida por otro buque. Explica el autor que la expresión contrato de remolque es utilizada para hacer referencia a cualquier supuesto en el que un buque se obliga, mediante un precio, a proporcionar a otro la fuerza de tracción que necesita para su desplazamiento, bien por carecer de ella, por ser insuficiente o por no estar en condiciones de utilizarla. De este contrato analiza su concepto e importancia, su naturaleza jurídica, las diversas teorías que lo pretenden fundamentar y los efectos jurídicos que nacen de él. Finalmente se refiere al contrato de salvamento, indicando sus tipos y elementos para referirse, finalmente, a las diferencias y similitudes de dichos contratos.

EL "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA" EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA CONTEMPORÁNEAS

Dr. Carlos Fernández Sessarego

SUMARIO

1. El surgimiento de la amplia y genérica noción de "daño a la persona"
2. Exposición precursora de la naturaleza y alcances del "daño al proyecto de vida" en el Congreso Internacional celebrado en Lima en 1985
3. Un antecedente remoto del "daño al proyecto de vida"
4. El "daño al proyecto de vida" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
5. Cómo y cuándo la Corte Interamericana de Derechos Humanos incorpora en su jurisprudencia el "daño al proyecto de vida
6. El caso "María Elena Loayza Tamayo"
   - 6.1. Voto razonado de los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Cançado Trindade y Abreu Burelli en el caso "María Elena Loayza Tamayo"
   - 6.2. Voto parcialmente disidente del magistrado Roux Rengifo en el caso "Loayza Tamayo"
7. El caso "Luis Alberto Cantoral Benavides"
8. El caso "Niños de la Calle"
9. Voto razonado del juez Roux Rengifo en el caso "Niños de a Calle"
10. Caso Víctor Gutiérrez Soler con Colombia
11. Voto razonado del magistrado Cançado Trindade
12. Otros casos vistos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos
13. El "daño al proyecto de vida" en la legislación peruana
14. El "daño al proyecto de vida" en la doctrina argentina
15. El "daño al proyecto de vida" en la doctrina latinoamericana
16. El "daño al proyecto de vida" en la doctrina española
17. El "daño al proyecto de vida" en la doctrina argentina
18. El "daño al proyecto de vida" en la doctrina italiana
19. El "daño al proyecto de vida" en la doctrina peruana
20. El "daño al proyecto de vida" en la jurisprudencia argentina
    - 20.1. El caso "José Daniel Pose"
    - 20.2. El caso "Carlos Esteban Kuko"
    - 20.3. El caso "N.N. con la Municipalidad de Buenos Aires"

20.4. El caso “Millone”
20.5. El caso “Rybar con el Banco de la Nación”
20. El caso “Escobar”
21. El “daño al proyecto de vida” en la jurisprudencia peruana
21.1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional
21.1.1. El caso “Juan Carlos Callegari Herazo”
21.1.2. El caso “Félix César Calderón Urtecho”
21.2. En la judicatura ordinaria
21.2.1. El caso “Encarnación Toscano”
21.2.2. El caso “N.N. con Unión de Cervecerías Backus y Jhonston”
21.2.3. El caso “Alcázar Rojas”
21.2.4. El caso “José Robles Montoya”
21.2.5. El caso “Frida Fabiola Salinas Janssen”
21.2.6. El caso “Mariátegui Chiappe”.
22. Laudos arbitrales: el caso “Baruch Ivcher con el Estado peruano”

EL "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA" EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA CONTEMPORÁNEAS

Dr. Carlos Fernández Sessarego

1. El surgimiento de la amplia y genérica noción de "daño a la persona"

Tratar la novedosa temática del "daño al proyecto de vida" nos obliga a referirnos a la aparición del "daño a la persona", en cuanto el primero es una de las modalidades de este último daño, en tanto lesiona la libertad, en cuanto ser del hombre, en su proyección en la realidad de la vida cotidiana.

La institución del "daño al proyecto de vida", como una modalidad del genérico "daño a la persona", surge a nivel de la doctrina en la década de los años ochenta del siglo XX. La concepción de esta nueva figura jurídica se produce como resultado de las reflexiones que realizábamos en aquel entonces en torno a profundizar, desarrollar y sistematizar el amplio concepto de "daño a la persona" que, nacido en Francia, se elaboró en aquel tiempo en Italia. Estos daños, cabe subrayarlo, aparecen en el horizonte jurídico como la natural consecuencia de la concepción del ser humano como un ser libertad, acontecimiento que se difunde en la primera mitad del siglo XX como aporte de la filosofía de la existencia.

Tuvimos el privilegio de asistir en Italia, donde residimos entre 1977 y 1983, al surgimiento de la institución del "daño a la persona", que seguimos muy de cerca. La recién creada institución tuvo que adoptar diversas etiquetas, como las de "daño biológico" o "daño a la salud", en el afán de los juristas por encontrar el adecuado sustento en el ordenamiento jurídico positivo italiano. En aquellos años encontramos entre los primeros trabajos que se publicaron en torno al tema el libro que, al cuidado de Francesco D. Busnelli y Umberto Breccia, aparece en 1979 bajo título de *Il diritto alla salute*[1], el que leímos con avidez. En 1983 Fulvio Mastropaolo - con quien viajábamos semanalmente de Roma a Nápoles a dictar clases en la Universidad de esta ciudad - escribe la obra *Il risarcimento del danno alla salute*[2]. En 1986, Gennaro Giannini edita el volumen titulado *Il danno alla persona come danno biológico*[3]. En 1987, en el mismo sentido, Guido Alpa publica el libro *Il danno biológico*[4]. Como se aprecia, las precursoras obras, antes mencionadas, se refieren al "daño a la persona" pero atribuyéndole diversos nombres - daño a la salud o daño biológico - con la finalidad, como está dicho, de adecuar la nueva figura al ordenamiento jurídico positivo vigente en Italia. Sin embargo, la obra de Giannini, antes citada,

1 BUSNELLI, Francesco D. y BRECCIA, Umberto, *Il diritto alla salute*, Bologna, Zanichelli, 1979.
2 MASTROPAOLO, Fulvio, *Il risarcimento del danno alla salute,* Napoli, Jovene Editori, 1983.
3 GIANNINI, Gennaro, *Il danno alla persona come danno biológico*, Milano, Giuffré Editore, 1986.
4 ALPA, Guido, *Il danno biológico. Percorso di un´idea*, Padova, CEDAM, 1987.

muestra elocuentemente lo expresado, al titularla como *El daño a la persona como daño biológico.* Es decir, se afirma que se trata de un daño a la persona pero que se presenta como un daño biológico o, en su caso, como un daño a la salud, para encontrar su correspondencia y asidero en la legislación vigente. Tanto en la jurisprudencia genovesa como en la de Pisa encontramos presentes tales denominaciones con las que se hace referencia al "daño a la persona".

No obstante lo manifestado, existen autores como Paradiso[5], Maria de Giorgi[6] o Gennaro Giannini[7] que, en 1981, 1982 y 1991, respectivamente, designan sus trabajos bajo la correcta denominación de "daño a la persona", desarrollando en sus páginas la problemática legislativa que rodea a dicho daño, el que se hallaba restringido en su aplicación por obra del específico artículo 2059° del Código Civil de 1942, el que prescribe que el daño no patrimonial debe ser resarcido en los casos determinados por la ley. El Código Penal precisaba que estos daños, que generan consecuencias no patrimoniales, sólo se indemnizan en los casos de producción de un delito. No obstante, el texto del genérico numeral 2043° del mismo cuerpo legal[8] permite resarcir "cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona a otros un daño injusto". De otro lado, el artículo 32° de la Constitución italiana de 1947 protege el derecho a la salud, razón por la cual un sector de juristas trataba de sustentar la institución del "daño a la persona" en este artículo constitucional. Es decir, se intentaba ofrecer al juez un fundamento legal para tutelar y reparar el "daño a la persona" aplicando un artículo constitucional referido al derecho a la salud.

Durante nuestra permanencia en Italia tuvimos oportunidad de hacer el seguimiento del problemático e inicial desarrollo de la nueva institución del "daño a la persona", así como conocer y conversar con algunos de los escasos autores que, por aquel tiempo, trabajaban en el tema, así como participar en reuniones donde se discutía el mencionado novísimo aporte jurídico. De retorno al país, en 1983, trabajamos sobre el tema, con la preocupación de profundizar y sistematizar el "daño a la persona" e intentar otorgarle un sustento filosófico a fin de no incurrir en la confusión de denominaciones o etiquetas que observamos en Italia para referirse, en última instancia, al "daño a la persona".

Fue así que, como anticipo de lo que serían nuestros futuros trabajos sobre el tema, publicamos en 1985 el ensayo nominado *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, con la intención de dar a conocer, a nivel latinoamericano, el importante acontecimiento representado por el surgimiento, en esos

---

5 PARADISO,Máximo, *Il danno alla persona*, Milano, 1981.

6 DE GIORGI, Maria, *Danno alla persona*, en "Rivista di Diritto Civile", II, 1982.

7 GIANNINI, Gennaro, *Il risarcimento del danno alla persona*, Milano, Giuffré Editore, 1991.

8 Sobre la problemática en torno a la adecuación del "daño a la persona" dentro del ordenamiento jurídico italiano puede consultarse el libro de Francesco D. Busnelli titulado *Il danno biológico. Dal diritto "vivente" al diritto "vigente",* Torino, Giapichelli, 2001, así como nuestro ensayo *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, publicado en 1985 en Lima por Cultural Cuzco S.A. e incorporado en el libro de nuestra autoría *Nuevas tendencias en el derecho de las persona*, Lima, Universidad de Lima, 1990.

precisos años ochenta del siglo XX, de un nuevo daño en el escenario jurídico contemporáneo. Un daño que revolucionaría la tradicional sistematización del capítulo referido a la responsabilidad civil. Antes, en 1984, habíamos obtenido que la Comisión Revisora del proyecto de Código Civil peruano, que se promulgaría en julio de 1984, acordara incorporar, en el artículo 1985° del nuevo Código de ese año, la obligación de indemnizar el "daño a la persona", al lado de aquella referida a los daños emergente, lucro cesante y daño moral.

Lamentablemente, no logramos en aquel momento convencer a los miembros de la citada Comisión sobre la necesidad de eliminar, tanto del artículo 1985° como del 1984°, el llamado "daño moral" desde que estaba incluido dentro del genérico "daño a la persona", en tanto se trataba de un daño psíquico, de carácter emocional, no patológico. Felizmente, son cada vez más numerosos los tratadistas especializados en el tema referido al Derecho de Daños que vienen dejando de lado la institución del daño "moral" dentro de la concepción tradicional, al tomar conciencia de que, como se ha dicho, se trata de un daño psíquico, emocional, no patológico. Si bien se agravian los "principios" morales a los que adhiere la persona, las consecuencias de este daño no se producen, en los "principios morales" - que pueden hasta robustecerse y reafirmarse luego de la afrenta - sino en la esfera psicosomática del concreto ser humano. Específicamente, como se ha señalado, en el nivel psíquico emocional, que normalmente no genera una determinada patología.

2. Exposición precursora de la naturaleza y alcances del "daño al proyecto de vida" en el Congreso Internacional celebrado en Lima en 1985

En ese mismo año de 1985 se realizó en Lima el Congreso Internacional sobre "El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano", en cuyo seno expusimos nuestros planteamientos sobre el "daño a la persona" y el "daño al proyecto de vida". Las ponencias presentadas en aquella ocasión han sido recogidas en un volumen especial editado en Lima[9]. Aquella fue la primera vez que se trató el tema del "daño a la persona" en el ámbito latinoamericano y del "daño al proyecto de vida" a nivel de la literatura jurídica. Estas instituciones fueron rápidamente acogidas en otras latitudes[10].

---

9 Se trata del volumen titulado "El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano", Lima, Editorial Cultural Cuzco, 1986.

10 La "Revista de Derecho Privado y Comunitario", dedicó en 1992 su primer número a tratar únicamente los "daños a la persona". En este el primer número de la revista argentina, Jorge MOSSET ITURRASPE decía, a propósito de la difusión del daño a la persona y del daño al proyecto de vida, lo siguiente: "La idea promisoria y fecunda del daño a la persona fue defendida en Perú por un jurista de primera línea de la Universidad de Lima (.....), y de allí se extendió a toda América" "(Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 1, 1992, p. 22-23). Antes, en 1991, el citado autor publicó la tercera edición de su libro *El valor de la vida humana.* En este volumen Mosset Iturraspe consideraba como los aspectos jurídicos más sobresalientes del quinquenio anterior a la publicación de esta tercera edición "la aparición del denominado *daño a la persona* y el afianzamiento de la nueva comprensión y alcances del *daño moral*". Al respecto expresaba que "el daño a la persona es, como expresión o fórmula concisa, era un feliz hallazgo (....) nacido al conjuro del artículo 1985 del Código Civil peruano de 1984" (MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El valor de la vida humana*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, tercera edición, 1992, p.327). En cuanto al daño "moral" destacaba, coincidentemente con la posición que sostenemos, que este daño consistía en un daño psíquico, emocional, no patológico.

En nuestro citado trabajo de 1985, refiriéndonos al "daño al proyecto de vida", de manera precursora decíamos que: "Según nuestra particular posición el más grave daño que se puede causar a la persona es aquel que repercute de modo radical en su proyecto de vida, es decir, aquel acto dañino que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a una personal vocación" En este sentido, expresábamos en aquella oportunidad "que la consecuencia más grave del daño no patrimonial a la persona es el obligarla a un cambio de su proyecto de vida, de su actividad habitual y vocacional"[11].

Como se aprecia de la lectura del texto anteriormente glosado, consideramos que el "daño al proyecto de vida" es el más grave que se puede causar a la persona en tanto sus consecuencias inciden en la frustración o menoscabo del destino que se ha trazado, de la manera de vida que ha escogido, de lo que ha decidido "ser" y "hacer" con su existencia. De ahí que sea un daño radical, en cuanto afecta en su raíz la libertad del ser humano.

Para ilustrar un caso de "daño al proyecto de vida" nos referíamos en aquel ensayo de 1985 al de un pintor que, como consecuencia de un daño a su persona, perdía los dedos de la mano derecha, hecho que le impide manejar el pincel y realizar su proyecto de vida como artista plástico. Señalábamos que las consecuencias de este daño eran tanto de orden patrimonial como no patrimonial, pues aparte del daño emergente y el lucro cesante había que considerar aquellas otras consecuencias como las referidas al valor de los dedos de la mano del pintor, a las consecuencias negativas producidas en su bienestar existencial y, sobre todo, a aquellas derivadas del "daño a su proyecto de vida".

No está demás insistir en que la aparición de la institución del "daño al proyecto de vida" no hubiera podido ser factible sin el previo esclarecimiento del ser del hombre como un "*ser libertad*". ¿Cómo hubiera sido viable reconocer la existencia de este raigal daño, nos preguntamos, sin poseer la convicción de que el ser humano es libertad espiritual? Puesta de manifiesto esta situación ontológica del ser humano reflexionamos, durante un buen tiempo, en la década de los años ochenta del siglo XX, sobre la posibilidad de que se causara un daño a la libertad fenoménica, es decir, a la ejecución o cumplimiento del "proyecto de vida" que ella supone. Llegamos a la conclusión, intuida desde tiempo atrás, de que tal daño era una realidad y que implicaba ser el más radical que podía causarse a la persona pues representaba, en ciertos casos límite, la pérdida del sentido mismo de la vida del ser humano.

No nos sorprendió, por ello, que antes de aquellos años en que se produce la aparición del "daño al proyecto de vida", no se hubiera reparado en su existencia. Ello, muy

---

11 Si bien la noción de "daño al proyecto de vida" venía construyéndose jurídicamente desde algún tiempo atrás, se le menciona por primera vez en la literatura jurídica como el daño radical a la persona en el trabajo del autor del ensayo titulado *El "daño a la persona" en el Código Civil de 1984*, publicado en aavv "Libro Homenaje a José León Barandiarán", Lima, Editorial Cultural Cuzco S.A., 195, p. 202. Posteriormente es recogido en el libro del autor *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Lima, ob. cit., p. 261 y ss.

probablemente, porque no había llegado aún al conocimiento de los juristas los extraordinarios y revolucionarios alcances que significó la aparición de una nueva concepción del ser humano, la que sustituía, en buena hora, a aquella que, en el siglo VI de esta era divulgara Boecio en el sentido de considerar al hombre como un simple "animal racional". Es decir, que el ser del hombre radicaba en la "razón".

3. Un antecedente remoto del "daño al proyecto de vida"

Debemos hacer patente en esta oportunidad, a propósito del surgimiento de la teoría del "daño al proyecto de vida", un dato en el que no habíamos reparado en ese momento y que nos causó una explicable grata sorpresa. Un acucioso discípulo nuestro[12] encontró en nuestra tesis de 1950, *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho* - que se publicara en 1987 en un libro bajo el título de *El derecho como libertad* - lo que consideró como el reconocimiento de la existencia del "proyecto de vida" y, consecuentemente, de la posibilidad de su daño. Como prueba de su aserto, subrayó algunos párrafos de este último libro que, en su concepto, confirmarían su posición.

En efecto, en el mencionado libro, que contiene la tesis de Bachiller de 1950, se sostiene que: "Vivir es realizar un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose", por lo que "la vida resulta así un sucesión de haceres de acuerdo con un proyecto"[13]. De ahí que afirmáramos que: "El hombre es libertad que se proyecta"[14].

No obstante que en la década de los años cuarenta del siglo pasado tuviéramos absoluta claridad en cuanto a la existencia del "proyecto de vida" de cada ser humano, no habíamos todavía intuido la posibilidad que pudiera ser dañado. Este conocimiento recién cristaliza en los primeros años de la década del ochenta del mencionado siglo.

4. El "daño al proyecto de vida" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Ha pasado casi un cuarto de siglo desde la aparición en la escena jurídica del "daño al proyecto de vida". Durante este lapso, la novísima noción ha sido desarrollada y enriquecida en cuanto a sus alcances y consecuencias, así como ha merecido ser recogida tanto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por la jurisprudencia comparada y por cierta doctrina de vanguardia. No es del caso, en esta ocasión, reseñar los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales o doctrinarios que se han producido sobre el tema. Es suficiente, para el caso, referirse a algunos estudios y jurisprudencia que han llegado a nuestro conocimiento en años recientes. Así, es importante señalar que la primera sentencia de reparaciones de la Corte Interamericana que analiza en profundidad y con detenimiento el "daño al proyecto de vida" es la pronunciada, en 1998, en el caso "María Elena Loayza Tamayo"[15]. Posteriormente, el asunto ha sido también contemplado como

---

12 Nos referimos al abogado Joel Díaz Cáceda quien es autor del libro titulado *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, Lima, Jurista Editores, 2006.

13 FERNÄNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho como libertad*, tercera edición, Lima Editorial ARA, 2006, p.112.

14 FERNÄNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho como libertad*., ob. cit., p. 114.

15 La sentencia de reparaciones en el caso "María Elena Loayza Tamayo" fue dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 27 de noviembre de 1998.

daño resarcible, entre otras, en las sentencias de reparaciones de "Luis Alberto Cantoral Benavides" y de la de los "Niños de la Calle", a las cuales nos referiremos brevemente en esta oportunidad pues ellas han sido comentadas por nosotros en otras sedes[16].

No obstante, cabe señalar que ellos no son los únicos casos en los que se han reconocido daños al "proyecto de vida". Así, ello ha ocurrido en la sentencia de fondo "Tibi con Ecuador", de 7 de septiembre del 2004; sentencia de fondo en el caso "Maritza Urrutia", de 27 de noviembre del 2003; sentencia de fondo en el caso "Mirna Mack Chang", de 25 de noviembre del 2003.

5. Cómo y cuándo la Corte Interamericana de Derechos Humanos incorpora en su jurisprudencia el "daño al proyecto de vida"

¿Cómo, cuándo y en que circunstancias la Corte Interamericana de Derechos Humanos incorporó en su jurisprudencia el "daño al proyecto de vida"? Esta es una interrogante que se nos ha formulado en diversas sedes y oportunidades. Para el efecto de responder a la pregunta es determinante recurrir al testimonio que nos ofrece Oscar L. Fappiano, quien fuera, en el momento de expedición de la sentencia de reparaciones en el caso "Loayza Tamayo", Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que inició, conjuntamente con la representante de la víctima, la correspondiente demanda contra el Estado peruano.

En un artículo publicado tanto en la Argentina como en el Perú, comentando la inclusión del "daño al proyecto de vida" en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998, Fappiano nos ilustra sobre el tema en cuestión al narrar la activa y decisoria participación que asumió, como Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el mencionado asunto en los siguientes términos: "Como delegado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso citado, tuve la responsabilidad de plantear, juntamente con la representante de la víctima, la cuestión atinente a la reparación del daño al proyecto de vida, siendo la primera vez que se efectuaba ante un tribunal supranacional"[17]. Según nos lo revela este testimonio, fue a través de la acción conjunta del Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la representante de la víctima, Carolina Loayza Tamayo, que se planteó ante la Corte Interamericana la

---

16 Cfr. *El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* en "Themis", N° 39, 1999; "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", Año I, N° 4, Buenos Aires, "La Ley", 1999; "Diálogo con la jurisprudencia", Año 5, N° 12, Lima, setiembre de 1999, en "Revista Peruana de Jurisprudencia". Año 4, N° 12, Trujillo, febrero del 2002.Así mismo cfr. *El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* en "Derecho PUCP", N° 56, Lima, diciembre del 2003; "Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo", Madrid, Civitas, 2003; "Responsabilidad Civil y Seguros", Año V. N° 4, Buenos Aires, julio-agosto 2003; "Revista Peruana de Jurispruencia", Ano V, N° 31, Trujillo, setiembre del 2003; "Revista del Centro de Educación y Cultura", año I, N° 1, Lima, mayo del 2004 y en "Jurisprudencia Casatoria", Tomo II, Lima, Editorial Motivensa, 2008.

17 FAPPIANO, Oscar L., *El daño al proyecto de vida en proyecto de Código Civil de la República Argentina*, en la revista "Abogados", Año IV, N° 7, Lima, 2002, p.16.

necesidad de reparar las consecuencias del "daño al proyecto de vida" causadas a María Elena Loayza Tamayo. Fappiano remarca, como también se desprende de sus palabras, que fue la primera vez que dicho planteamiento se realizaba ante un tribunal supranacional.

Para la fundamentación de la demanda en el extremo referente a la reparación de las consecuencias del "daño al proyecto de vida", Fappiano manifiesta "que tuvo a la mano alguno de los muchos trabajos que sobre el particular tiene editados" el que esto escribe[18], reconociéndonos - hecho que no hace la Corte Interamericana en su sentencia - como el mentor intelectual del "daño al proyecto de vida". Fappiano, probablemente con esta declaración pretendió, ante el silencio de la Corte Interamericana, reivindicar la autoría de dicha nueva institución jurídica. Recuerda, así mismo, que el "daño a la persona", categoría a la que pertenece el "daño al proyecto de vida", se encuentra consagrado en el Código Civil peruano y que aparece previsto en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998, texto que se halla, desde entonces, en el Congreso Nacional argentino.

El mismo tema, es decir, el del silencio de la Corte Interamericana en lo que se refiere a señalar la autoría de la figura del "daño al proyecto de vida" que incorpora a su jurisprudencia, es advertido también por Ana Salado Osuna, profesora de la Universidad de Sevilla. En su libro *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, al mencionar dicho acontecimiento, reconoce que el daño al proyecto de vida, "en materia de reparaciones es de nuevo cuño en la jurisprudencia de la Corte [Interamericana de Derechos Humanos] y tiene su origen ante ésta en la petición formulada por la señora Loayza Tamayo y la Comisión [Interamericana de Derechos Humanos]". Pero, agrega que no obstante el que "sostengamos que es de "nuevo cuño en la jurisprudencia de la Corte no significa que haya sido la creadora del concepto "daño al proyecto de vida", pues lo cierto es que el mentor intelectual del mismo" es el que esto escribe[19].

Héctor Faúndez Ledesma confirma lo expresado por Oscar L. Fappiano y por Ana Salado Osuna cuando escribe que la Corte Interamericana, al reconocer la existencia y consecuencias de la nueva figura jurídica del "daño al proyecto de vida", "se basó en la doctrina más reciente, que ha distinguido entre las distintas manifestaciones del daño a la persona, como un concepto más amplio que el daño moral, el cual sólo sería una especie del primero". Agrega que, sobre todo la representante de la víctima se basó en los trabajos del autor de este trabajo, a "quien se debe el desarrollo de este importante aporte doctrinario"[20].

La representante de la víctima a la que se refieren Fappiano y Faúndez Ledesma fue Carolina Loayza Tamayo, hermana de la víctima. Ella es profesora de Derecho en la Universidad de Lima. En esta Universidad el

---

18 FAPPIANO, Oscar L., *El daño al proyecto de vida en el Código Civil*, ob. cit. p. 16.

19 SALADO OSUNA, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Trujillo, Editorial Normas Legales, 2004, p. 431.

20 FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales,* San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

que esto escribe también ejerció la docencia en el período comprendido entre 1984 y 1996. Fue en esa época que Carolina Loayza tuvo oportunidad de conversar con nosotros sobre el surgimiento y alcances del "daño al proyecto de vida", asistiendo a algunas charlas y leyendo algunos trabajos sobre la novísima figura jurídica antes mencionada. Fue así que ella tomó pleno conocimiento de esta institución y pudo plantearla en sus justos términos así como solicitar su reparación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con ocasión de presentar la demanda a nombre de su hermana María Elena Loayza Tamayo. En este reclamo se comprendía, tal como se ha indicado, la reparación de las consecuencias del "daño al proyecto de vida" de la víctima.

6. El caso "María Elena Loayza Tamayo"

María Elena Loayza Tamayo era una profesora y, simultáneamente, estudiante de Derecho. Fue torturada, física y psíquicamente, y agraviada en su dignidad durante el gobierno dictatorial de Alberto Fujimori por considerársele terrorista. Después de cinco años de prisión fue declarada inocente por el Fuero Militar, en el cual era juzgada. Extrañamente, se le inició un nuevo juicio en el Poder Judicial, pese a la absolución recibida. Fue en estas circunstancias que se inicia su reclamo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que encontró motivos más que suficientes para demandar al Estado peruano ante la Corte Interamericana, exigiendo la liberación de la víctima y la reparación por las consecuencias de los injustos daños sufridos por la víctima.

En la sentencia de reparaciones del mencionado caso "María Elena Loayza Tamayo", es suficiente señalar que la Corte Interamericana considera (párrafo 148) que el "daño al proyecto de vida se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones de vida que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone". Más adelante la Corte sostiene (párrafo 150) que "el "daño al proyecto de vida", entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal en forma irreparable o muy difícilmente reparable. La Corte concluye (párrafo 153) afirmando que "reconoce la existencia de un grave daño al "proyecto de vida" de María Elena Loayza Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos"[21].

---

21 Un comentario de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso "María Elena Loayza Tamayo" con el Estado peruano se encuentra en FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos*, El "daño al proyecto de vida" en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en la revista "Themis", N° 39, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1999; en "Revista de Responsabilidad civil y Seguros". Año I, N° 4, Buenos Aires, Editorial "La Ley", agosto de 1999; en la revista "Diálogo con la Jurisprudencia", Año 5, N° 12, Lima, septiembre de 1999 y en "Revista Peruana de Jurisprudencia", Año 4, N° 12, Trujillo, febrero del 2002. Puede también verse del autor de este trabajo el artículo titulado *El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* en la revista "Derecho PUCP", N° 56, Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre del 2003; en "Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo", Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 2003; en "Responsabilidad Civil y Seguros", Año V, N° IV, Buenos Aires, "La Ley", julio-agosto del 2003; en "Revista Peruana de Jurisprudencia", Año 5, N° 31, Trujillo, septiembre del 2003 y en "Revista del Centro de Educación y Cultura, Lima, Corte Superior del Cono Norte, Año I, vol. 1, mayo del 2004.

La Corte Interamericana reconoció que se había producido, por acción del Estado peruano, un “grave menoscabo” y un retardo en el cumplimiento del “proyecto de vida” de María Elena Loayza Tamayo. Este menoscabo significa la pérdida de oportunidades en el desarrollo personal de la víctima y se remarca por la Corte un hecho que no puede pasar inadvertido como es el hecho que el daño al proyecto de vida “es irreparable” o “muy difícilmente reparable”. En efecto, frustrar, total o parcialmente, el proyecto existencial de una persona es el peor de los daños que se le puede causar al ser humano, en tanto representa la quiebra de las expectativas personales, la imposibilidad de llevar adelante el destino que se había trazado el ser humano. Acarrea como consecuencia, en ciertos graves casos, nada menos que la pérdida del sentido que la víctima había otorgado a su vida. ¿Es acaso cosa de escasa importancia perder la razón de ser de la existencia de una persona?

Lo sintéticamente expuesto justifica el dicho de la Corte Interamericana cuando sostiene, con razón, que un daño de esta naturaleza es irreparable o muy difícilmente reparable. ¿Cómo sustituir el sentido de la vida de una persona, el cumplimiento de su destino, la razón de ser de su vida? Dejar de ser lo que se decidió ser y hacer en la vida, representa el peor de los desastres que le puede suceder a cualquier persona. Por ello, reiteramos, que la Corte Interamericana afirma una incuestionable verdad cuando sostiene que las consecuencias de un daño al proyecto de vida son irreparables o difícilmente reparables.

En el caso de María Elena Loayza Tamayo la Corte advierte que no se ha frustrado su proyecto de vida sino que se le ha causado un “grave menoscabo”. Es decir, que si bien no se ha truncado en su totalidad dicho proyecto, en cambio ha sido seriamente afectado pues la agraviada no podrá reemprenderlo, de ser el caso, en las mismas condiciones en que lo había venido desarrollando antes de sufrir dicho grave daño. En efecto, luego de haberse violado sus derechos humanos, de sufrir torturas físicas y psíquicas así como agravios y otras lesiones, la víctima sufre una ostensible disminución en sus capacidades, aparte de una seria secuela psicológica difícil de revertir. La persona ha sido privada de su libertad ambulatoria, sometida a vejámenes, apartada de su familia sin poder educar y atender personalmente a sus hijos, separada de su normal actividad, del disfrute de la vida, todo ello sin haber sido culpable no obstante lo cual sufrió injusta prisión por espacio de cinco años. Su padecimiento psíquico por las torturas y agravios padecidos no es difícil de imaginar. María Elena Loayza Tamayo no pudo, en efecto, reemprender la actividad que desarrollaba antes de su encarcelamiento. Su estado psíquico la obligó a dejar del país.

En el caso concreto de la víctima se le apartó de su trabajo profesional así como de su aprendizaje del Derecho. Ello no sólo es causa de un menoscabo en el desenvolvimiento de su proyecto de vida sino, también, de un retardo en su continuidad. Loayza Tamayo difícilmente volverá a ser la persona que era antes del daño sufrido.

La Corte, como se aprecia a través de los considerandos de la sentencia antes glosados, evaluó y reconoció tanto la importancia como las graves consecuencias que para la existencia de una persona se derivaban del “daño al proyecto de vida”. De ahí que justificara su existencia como un daño que afectaba la libertad de elección de la persona en cuanto a su destino. Por ello, lo incorporó a su jurisprudencia como un nuevo

daño, el cual se sumaba a los conocidos en el Derecho, distinguiéndolo, para el efecto, del daño emergente y del lucro cesante. La Corte Interamericana, en el caso antes mencionado, no se atrevió - según se expresa en la sentencia por carecer de antecedentes en este rubro - a fijar una reparación por el daño infligido al proyecto existencial de María Elena Loayza Tamayo. Es justo reconocer que la Corte supo rectificar esta omisión y establecer las pertinentes reparaciones en otros casos posteriores como, por ejemplo, en el de "Luis Alberto Cantoral Benavides" al cual nos referiremos más adelante.

El reconocimiento efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos significó la consagración, a nivel de la jurisprudencia comparada, de un nuevo daño al ser humano, antes no referido ni mencionado, como es el caso del "daño al proyecto de vida". A partir de la sentencia antes citada, la doctrina empezó a descubrir la importancia de este inédito daño así como también las graves consecuencias que de él se derivan para la existencia de la persona. Se advierte que es un daño que lesiona la libertad fenoménica de la persona, truncando o causando un menoscabo o un retardo, o ambas situaciones, en su destino personal.

Debemos felicitar a los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tuvieron la lucidez de reconocer y admitir la existencia de un daño tan radical causado al ser humano como es el que afecta el "proyecto de vida", es decir, lo más preciado que tiene la persona en cuanto responde a una honda vocación y supone el cumplimiento de una misión, libremente escogida, durante su terrenal temporalidad.

Lamentamos que en la sentencia de "reparaciones" emitida por la Corte Interamericana en el caso "Loayza Tamayo" no se indemnice el "daño al proyecto de vida", que es un daño objetivo y, en cambio, se repara un daño subjetivo como es el daño emocional generado a raíz de un agravio a la moral personal.

No obstante, aparte del reparo que formulamos a la sentencia de la Corte por no haber fijado una reparación por el objetivo "daño al proyecto de vida" por carecer de antecedentes, si nos preocupa el que aún no se comprenda que el llamado "daño moral" es uno de los tantos daños que afectan a la persona y se le siga concediendo autonomía conceptual. En realidad, como lo venimos exponiendo desde hace años, estimamos que este es un daño que afecta el psiquismo de la persona. Por consiguiente, lo que se debe reparar son las consecuencias que él origina en el ser humano a raíz de un agravio a sus principios morales. Es decir, la perturbación emocional, que es lo que realmente sufre la persona y que tiene como causa, tal como se ha anotado, un agravio a sus principios morales.

6.1. Voto "razonado" de los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Cançado Trindade y Abreu Burelli en el caso "Loayza Tamayo"

En el voto razonado suscrito por los magistrados Cançado Trindade y Abreu Burelli se dice que "entendemos que el proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino". En verdad, para ser precisos y coherentes con lo que venimos expresando en torno al tema, consideramos que el "proyecto de vida" no está, como señalan los magistrados en mención,

"indisolublemente vinculado" a la libertad sino que es, de suyo, "libertad fenoménica", que no es otra cosa que la libertad volcada al mundo exterior como conducta, como acto. Cuado se daña el "proyecto de vida" lo que se está lesionando es, pues, la expresión de la libertad ontológica, es decir, la libertad fenoménica, la libertad que se traduce en conducta humana. Por ello, estimamos que no se daña "algo" vinculado a la libertad sino lo que se afecta es la expresión fenoménica de la libertad. No obstante lo expresado, resulta claro que para los magistrados en mención el proyecto de vida está "indisolublemente" ligado a la libertad. Ello significa colocar la figura en su correcta ubicación conceptual.

Inesperadamente, como se ha señalado en precedencia, en la sentencia antes mencionada, no obstante reconocerse expresamente que existe un "daño al proyecto de vida" de María Elena Loayza Tamayo, la Corte se inhibe de fijar la reparación del caso en tanto "la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos". Hubiera sido importante que la Corte se pronunciara al respecto, empezando, precisamente, a sentar jurisprudencia sobre el asunto tal como lo hizo en los casos posteriores que llegaron a su conocimiento.

Por lo expuesto, consideramos una omisión de la Corte el haberse abstenido - careciendo en esta primera oportunidad de imaginación y de audacia - el no haber reparado el probado y reconocido "daño al proyecto de vida" de María Elena Loayza Tamayo. De haberlo hecho en 1998, hubiera sido una importante referencia para los tribunales del mundo. Lo curioso es que la Corte repara el mal llamado daño "moral", de naturaleza subjetiva, en cuanto se trataría de verificar el grado y la intensidad de un daño psíquico emocional. ¿Cómo medir la magnitud y la intensidad de una "emoción"? En cambio, es fácil percibir y comprobar un daño objetivo como es el daño al "proyecto de vida". No obstante lo expresado, es del caso reconocer, tal como lo hemos manifestado, que en casos posteriores, como el "Luis Alberto Cantoral Benavides", por ejemplo, la Corte se rectifica y establece, aparte de una reparación dineraria, otras diversas imaginativas y oportunas reparaciones ante la evidencia de haberse producido un "daño al proyecto de vida".

6.2. Voto "parcialmente disidente" del magistrado Roux Rengifo en el caso "Loayza Tamayo"

Sobre la omisión producida en la sentencia de la Corte en el caso "María Elena Loayza Tamayo" al no fijar la debida reparación del daño a su "proyecto de vida", en un voto parcialmente disidente, el magistrado de Roux Rengifo, opina sobre esta situación. Al reconocer que la "Corte ha dado un paso adelante al considerar el daño al proyecto de vida estima", en coincidencia con lo expresado por nosotros, que la víctima del daño, "que vio profundamente alteradas sus condiciones de existencia y su proyecto de vida, merece ser reparada al respecto, en los términos arriba planteados".

En otro acápite de su voto, Roux Rengifo, al referirse a lo señalado por la Corte en el sentido que "la cuestión que el daño al proyecto de vida no tiene aún arraigo en la jurisprudencia y la doctrina", Roux Rengifo manifiesta que, "de acuerdo a la realidad", éstas "no son del todo ajenas a ellas". Sostiene, al respecto, que tribunales judiciales "de diversa naturaleza, en diferentes latitudes, se han ocupado ya de la alteración de las condiciones de existencia de

la víctima como un tipo de daño que merece ser reparado y han evaluado esas condiciones, de alguna manera, en un sentido dinámico, que involucra las perspectivas y proyectos del damnificado".

Lo manifestado por el citado magistrado concuerda con la realidad, pues en el Perú se había desarrollado, desde 1985, doctrina sobre el "daño al proyecto de vida" y, en 1996, los tribunales del país habían acogido la institución en el caso "Encarnación Toscano", sentenciado por la Corte Superior de Lima el 2 de julio del mencionado año. Por otro lado, es también cierto que los tribunales italianos habían comenzado a reparar el genérico "daño a la persona", el mismo que comprende todos los daños que se pueden ocasionar al ser humano, incluido el raigal "daño al proyecto de vida".

Comentando lo expresado por Roux Rengifo decíamos en otra sede, hace ya algún tiempo, que "se trata, sin duda, de un matiz que el magistrado ha querido poner en evidencia a fin de que no se mal entienda que la falta de "arraigo" del concepto "daño al proyecto de vida" pudiera ser interpretado como un absoluto silencio de parte de la doctrina y la jurisprudencia comparada"[22].

El citado magistrado estimó que, en su concepto, dada las graves consecuencias del daño causado a María Elena Loayza Tamayo, que vio alteradas sus condiciones de existencia y su proyecto de vida, se debería haber fijado, a título satisfactivo, la suma de $ 124,190.30 (ciento veinticuatro mil ciento noventa dólares con treinta centavos) como reparación. De este modo, sostiene que no se habría dejado de reparar un consistente daño al "proyecto de vida" de la víctima.

Es del caso resaltar la justa y atinada observación del magistrado Roux Rengifo al considerar, como una omisión de la sentencia, el no haber reparado las consecuencias del "daño al proyecto de vida" de María Elena Loayza Tamayo. Ello, luego de reconocer y describir acertadamente su existencia, su magnitud y sus características. Se perdió, en este caso, tal como lo hemos manifestado anteriormente, una brillante oportunidad para que, en el año 1998, se hubiera podido sentar jurisprudencia supranacional en esta materia como loable y apropiadamente lo hizo la propia Corte tres años después, en diciembre del año 2001, tratándose del caso "Cantoral Benavides".

7. El caso "Luis Alberto Cantoral Benavides"

Un emblemático reconocimiento e indemnización de las consecuencias del "daño al proyecto de vida" lo encontramos en la sentencia por reparaciones en el caso "Luis Alberto Cantoral Benavides" con el Estado peruano, de fecha 3 de diciembre del año 2001. Este joven estudiante, también durante la dictadura de Alberto Fujimori, fue víctima de torturas a fin de suprimir su resistencia psíquica, al efecto de "forzarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas".

---

22 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos *El "daño al proyecto de vida" en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* ob. cit..

En el párrafo 60 del citado fallo, la Corte reconoce que los hechos narrados en el caso antes mencionado "ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides". Fue así, señala la Corte, que "los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular por lo que respecta su formación y a su trabajo como profesional". Y se agrega, con lucidez, que: "Todo esto ha representado un serio menoscabo para su "proyecto de vida". La Corte, en esta nueva oportunidad, vuelve a reconocer la existencia, magnitud y características del "daño al proyecto de vida".

En lo que concierne a las reparaciones, en la sentencia (párrafo 80) se expresa también que: "Estima la Corte que la vía más idónea para restablecer el proyecto de vida de Luis Alberto Cantoral Benavides consiste en que el Estado le proporcione una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija - así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios - en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado". Por último, la sentencia (párrafo 81) ordena que el Estado peruano "realice un desagravio público en reconocimiento de su responsabilidad en este caso y a fin de evitar hechos como los de este caso se repitan".

En la parte decisoria del fallo se ordena que el Estado peruano asuma la reparación referente al costo de los estudios de la víctima (punto 6). Además, se decide (punto 5) que el Estado anule todos los antecedentes judiciales y administrativos, penales y policiales, que existan en contra de Luis Alberto Cantoral Benavides. En el citado fallo (punto 7) se ordena al Estado peruano publicar en el Diario Oficial la parte resolutiva de la sentencia de fondo de fecha 18 de agosto del año 2000.

Tal como se había anotado en precedencia, en este fallo se observa como la Corte - rectificando lo expresado en la sentencia dictada en el caso "María Elena Loayza Tamayo" en cuanto a su abstención de fijar una reparación por las consecuencias del "daño al proyecto de vida" – adopta un diferente y acertado criterio al proceder a reparar las consecuencias del daño al proyecto de vida de Cantoral Benavides.

En la mencionada sentencia, las consecuencias del "daño al proyecto de vida" no se reparan con la entrega de una cantidad de dinero sino mediante otras medidas que favorecen a la víctima a fin de que recupere el tiempo perdido durante el cual permaneció encarcelado y pueda continuar sus estudios universitarios. En este sentido, se condena al Estado peruano a asumir el costo de los estudios de Luis Alberto Cantoral Benavides en la forma antes señalada. Por lo demás, se precisa que la víctima ha recibido tratamiento psicológico. De otro lado, como medida de reparación, se ordena también la publicación de la parte resolutiva de la sentencia de fondo de fecha 18 de agosto del año 2001.

8. El caso "Niños de la Calle"

Cabe también citar la sentencia recaída en el caso los "Niños de la Calle con el Estado de Guatemala". En la sentencia de 19 de noviembre de 1999, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre el fondo del asunto que comportó el brutal asesinato de cinco menores de edad, quedando uno más gravemente herido. En la sentencia de reparaciones de 26 de mayo del 2001, en el punto 84 de su fallo,

equivocadamente a nuestro entender, la Corte considera que dentro de la expresión de daño moral se “pueden comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causadas a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria”. Al referirse la Corte “al menoscabo de aquellos valores muy significativos para las personas” a lo que alude realmente es al “daño al proyecto de vida”, elegido y orientado, precisamente, por aquellos valores que otorgan un rumbo y un sentido a la vida de cada ser humano.

No deja de llamar la atención que la Corte, luego de distinguir claramente en la sentencia “María Elena Loayza Tamayo” y en la de “Luís Alberto Cantoral Benavides” el “daño moral” del “daño al proyecto de vida”, varíe su criterio y estime que el “daño al proyecto de vida”, bajo la expresión que emplea para el caso de “menoscabo de valores muy significativos para las personas”, incluya dentro de la específica noción de “daño moral” el “daño al proyecto de vida”. En efecto, en el punto 84 de la sentencia de la Corte se declara que el “daño moral puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de valoración pecuniaria”. Frente a esta declaración cabe reiterar lo que venimos sosteniendo en este y otros trabajos: que el “daño moral”, en cuanto agravio a los principios morales de la persona, tiene como notoria y efectiva consecuencia una lesión a la estructura psicosomática, de carácter preponderantemente psíquico-emocional, mientras que el “daño al proyecto de vida” - como lo reconoció la Corte y el juez Cançado Trindade tratándose de los casos “Loayza Tamayo” y “Luis Alberto Cantoral Benavides” - es un daño a la libertad de la persona, a su expresión fenoménica convertida en actos, en conductas las que son frustradas, menoscabadas o retardadas.

De otro lado, la Corte en vez de reparar individual e independientemente los daños inmateriales ocasionados a la víctima opta por una indemnización en bloque, decisión de la cual discrepamos.

Cabe destacar que en el alegato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consecuente con la jurisprudencia de la Corte, le recuerda que “en el caso de daños graves al plan de vida de una víctima se requiere una medida de reparación correspondiente”. Y, agrega, que la “eliminación y reducción de las opciones de vida de estos jóvenes ha limitado objetivamente su libertad....”. Con claridad de ideas, y siempre encuadrada dentro de la jurisprudencia de la Corte, la Comisión expresa que: “Este tipo de perjuicio grave a la trayectoria de vida de una víctima no corresponde al renglón de daños materiales ni al de daños morales” (el subrayado es nuestro).

En el alegato de los familiares de las víctimas se expresa que el concepto de reparación “no debe ser reducido solamente a la suma de lucro cesante más daño emergente más daño moral, pues quedaría vacío en el propio valor fundamental vida”. Y se añade, con pertinencia, que “este concepto se superpone a lo que la Comisión llama proyecto de vida”.

De lo expuesto, sin entrar al fondo de asunto, queremos rescatar cómo tanto en el alegato de la Comisión como en el de los familiares de las víctimas se distingue con nitidez la diferencia existente entre el “daño moral”, que, reiteramos, es uno de carácter psíquico

emocional no patológico, y el "daño al proyecto de vida" - que puede también designarse como "plan vital" o "trayectoria existencial" - que es un daño que incide en la libertad, más precisamente en la libertad volcada al mundo exterior a través de actos o conductas. Es decir, se trata de la libertad fenoménica.

9. *Voto razonado del juez de Roux Rengifo en el caso "Niños de la Calle"*

Frente a la actitud asumida por la Corte de incluir el "daño al proyecto de vida" dentro de la especifica noción de "daño moral", el magistrado Roux Rengifo, expresa que: "Hubiera sido de desear que la Corte empleara una expresión más genérica que la de *daño moral*, por ejemplo, la de *daño inmaterial,* para hacer alusión a aquellas modificaciones negativas de la situación de las personas que no son de carácter económico o patrimonial". Y apunta a continuación que en dicho caso "podría haberse reservado la expresión *daño moral*, como lo viene haciendo el derecho comparado en materia de responsabilidad, para referirse exclusivamente a los sufrimientos y aflicciones causados por los hechos dañinos a las víctimas directas y a sus allegados". Coincidimos con las apreciaciones vertidas por el juez Roux Rengifo en cuanto a su propuesta de delimitar las fronteras conceptuales del "daño moral" en cuanto sufrimiento o aflicción. Es decir, a la esfera psíquico-emocional, de carácter no patológico, de la persona agraviada.

Roux Rengifo considera como voz autónoma - dentro, la para nosotros genérica expresión de "daño a la persona"-, aquella que refiere como "la destrucción del proyecto de vida". Es decir, el daño que, como consecuencia de un previo daño psicosomático, lesiona la libertad fenoménica, es decir, el "proyecto de vida", ya sea frustrándolo, menoscabándolo o retardándolo. Preferimos la clara y directa noción de "daño a la persona" por la sugerida por Roux Rengifo. El daño lo recibe la persona, aunque las consecuencias del mismo sean inmateriales. No creemos pertinente confundir la *naturaleza* del ente dañado – daño subjetivo o daño a la persona y daño objetivo o daño a las cosas, al patrimonio – con sus *consecuencias* que pueden ser materiales e inmateriales o, como es de uso común, patrimoniales y extrapatrimoniales.

En otro párrafo de su voto, Roux Rengifo se pronuncia en contra de la reparación en bloque de las consecuencias de los daños que la Corte, indebidamente en nuestro concepto, denomina "morales" luego de haberlos distinguido y enumerado previamente. Así, como lo señala el magistrado en referencia, la Corte diferenció los sufrimientos físicos y psíquicos, la pérdida de la vida como valor autónomo, la destrucción del proyecto de vida, desprotección de los menores de edad. Roux Rengifo, critica con acierto y en coincidencia con lo que hemos venido expresando a través de estos años, el que la Corte se abstuviera de pronunciarse sobre cada una de dichas "modalidades" del daño en cuestión y, más bien, fijara una reparación "en bloque", sin considerar cada uno de los aspectos materia del daño. Al respecto, Roux Rengifo manifiesta que "hubiera preferido, conforme a lo expuesto, que se abordaran y estimaran por separado, las distintas categorías de quebrantos y menoscabos de carácter inmaterial que los hechos del caso causaron a las víctimas".

10. Caso "Wilson Gutiérrez Soler con Colombia"

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mantenido, de 1998 a la fecha, una constante jurisprudencia de reconocimiento de la existencia y de reparación de las consecuencias del "daño al proyecto de vida".

Es así que, mediante sentencia de 12 de septiembre del 2005, la Corte resolvió la demanda interpuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Colombia con el objeto de que se decidiera si el Estado violó los derechos a la libertad personal, a las garantías y protección judiciales, a la integridad personal, perpetrados por agentes del Estado en perjuicio de Wilson Gutiérrez Soler. Éste fue arbitrariamente detenido. Sometido a torturas físicas y psicológicas se intentó extraerle una confesión en el sentido de haber cometido un supuesto acto ilícito. La Comisión señaló que la impunidad de los responsables y la falta de reparación, transcurridos diez años de los hechos, "no sólo han destruido el proyecto de vida de Wilson Gutiérrez Soler y de los miembros de su familia, sino que han tenido un impacto negativo en su seguridad y en algunos casos los ha forzado al exilio".

La Corte dio por probado que Wilson Gutiérrez Soler fue arbitrariamente detenido y llevado a los sótanos de las dependencias pertinentes a disposición de los agentes de seguridad, donde "fue esposado a las llaves de un tanque de agua y sometido a torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, consistentes en quemaduras en los órganos genitales y otras lesiones graves". Tres horas después de estas torturas, la víctima fue entrevistada por funcionarios de la Oficina Permanentes de Derechos Humanos, quienes le dijeron que para salvar su vida, respondiera a todo lo que se preguntara de manera positiva, es decir, diciendo que sí. Por tanto, el señor Gutiérrez Soler fue inducido, bajo coacción, a rendir declaración en "versión libre" sobre los hechos motivo de la detención".

El señor Gutiérrez Soler "no contó con la presencia de su representante legal ni de un defensor público al rendir su declaración". Para suplir su ausencia, "miembros de la fuerza pública solicitaron la asistencia de una religiosa con el fin de que compareciera en la referida diligencia junto con el señor Gutiérrez Soler". El Estado no hizo ningún esfuerzo para contactar a un abogado no obstante que la sede donde fue interrogado el detenido se encuentra en una zona céntrica de Bogotá. Sobre la base de la declaración obtenida mediante tortura, se le inició proceso el 24 de agosto de 1994 por el delito de extorsión. Finalmente, el 26 de agosto del 2002, transcurridos ocho años desde su detención inicial, fue absuelto.

La Corte comprobó que las denuncias interpuestas por Gutiérrez Soler motivaron que tanto él como sus familiares fueran vigilados, perseguidos, amenazados, hostigados, agredidos, sufriendo detenciones allanamientos y atentados contra la vida y la integridad personal, los cuales no han sido adecuadamente investigados. Como resultado de esta situación, Gutiérrez Soler y su hijo tuvieron que exiliarse. La Corte reconoce que la campaña de "amenazas, hostigamiento y agresiones - la cual fue iniciada en 1994 y no ha cesado aún - ha puesto en grave riesgo la vida e integridad personal del señor Wilson Gutiérrez Soler y varios de sus familiares, así como alterado profundamente la dinámica de la familia en su conjunto. En consecuencia, han sufrido temor constante y daños psicológicos".

Todo ello hizo que la víctima tuviera que desplazarse continuamente, no teniendo un sitio fijo de vivienda y no poseer un trabajo estable. Lo mismo ocurrió tratándose de algunos de sus más cercanos familiares.

La Corte, aparte de resarcir los daños materiales ocasionados a la víctima y a sus familiares, reparó también los daños que ha dado en llamar "inmateriales". Dentro de estos, afirma la Corte, se comprenden "los sufrimientos y las aflicciones, el menoscabo de valores muy significativos para la persona y las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima". Si hacemos un desagregado de lo expuesto por el Tribunal encontramos que, dentro de dicha genérica expresión de daños "inmateriales" se comprenden diversos e identificables daños a la persona. Así, a) "los sufrimientos y aflicciones" a que se hace referencia, equivalen al llamado daño "moral" es decir, al daño emocional no patológico; b) "el menoscabo de valores muy significativos para las personas" supone el daño a la libertad, específicamente a la libertad fenoménica o realización del "proyecto de vida"; c) "las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima" corresponden a lo que denominamos "daño al bienestar" o, también, daño a la salud integral de la persona. Es decir, una consecuencia que afecta la calidad de vida de la víctima.

Por lo expuesto, hubiéramos preferido que se repara cada daño en forma independiente, haciendo un desagregado de los daños "inmateriales" que puede sufrir el ser humano. Lo importante, para el caso del cual nos venimos ocupando, es el reconocimiento de que, entre los daños que la Corte designa como inmateriales, se halla el "daño al proyecto de vida" o a la libertad fenoménica. Al respecto, el Tribunal consideró "que los hechos violatorios en contra del señor Wilson Gutiérrez Soler impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y vocacional, factibles en condiciones normales y causaron daños irreparables a su vida, obligándolo a truncar sus lazos familiares y trasladarse al extranjero, en condiciones de soledad, penuria económica y quebranto físico y psicológico". La Corte consideró que, como la propia víctima lo expresara en su testimonial, "definitivamente esto acabó con mi vida - no sólo la mía - la de mi hijo, la de mi esposa [...]. Mi familia se perdió, el vínculo familiar de padres-hijos se perdió [...]. No solamente me quitaron mi propio valor, sino que me quitaron mi familia, mis padres".

La Corte consideró que asimismo estaba probado, "que la forma específica de tortura que la víctima sufrió no sólo ha dejado cicatrices físicas, sino también ha disminuido de manera permanente su autoestima y su capacidad de realizar y gozar de relaciones afectivas íntimas".

Luego de todas las comprobaciones y consideraciones antes glosadas, "la Corte reconoce la ocurrencia de un daño al "proyecto de vida" del señor Wilson Gutiérrez Soler, derivado de la violación de sus derechos humanos".

Es del caso advertir que el Estado de Colombia se allanó a la demanda interpuesta ante la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reconociendo la realización de los daños producidos y, dentro de ellos, el "daño al proyecto de vida" del señor Wilson Gutiérrez Soler.

11. Voto razonado del juez Cançado Trindade en el caso "Gutiérrez Soler"

Resulta valioso e interesante lo expresado por el magistrado Cançado Trindade en su voto razonado emitido en el caso "Wilson Gutiérrez Soler". En este pronunciamiento el magistrado sostiene que después "de los avances jurisprudenciales sobre el concepto del derecho al "proyecto de vida" en los casos "Loayza Tamayo con Perú" (reparaciones 1998), "Niños de la Calle con Guatemala" (fondo, 1999 y reparaciones, 2001) y "Cantoral Benavides con Perú (reparaciones 1998), tenía la Corte la oportunidad de avanzar en su construcción al respecto, pero la falta de consenso en el seno de la misma sobre qué rumbo tomar imposibilitó un nuevo avance".

Sin embargo, dice el magistrado, "pienso que la Corte, aun sin unanimidad debería haber dado un paso adelante en cuanto a la construcción jurisprudencial al respecto, sobre todo ante el paso positivo dado por el Estado demandado de haber aceptado su responsabilidad internacional en el *cas d´espéce* y de haber pedido perdón a la víctima y a sus familiares". Y agrega que como la "Corte prefirió no avanzar en su propia construcción jurisprudencial, me veo en la obligación de dejar constancia de mis reflexiones personales sobre la materia en el presente Voto Razonado, como fundamento de mi posición al respecto". Hubiera sido de desear que la Corte, a través de su jurisprudencia, hubiera podido seguir contribuyendo a la labor de construcción de la institución del "daño al proyecto de vida" que, desde hace más de veinte años, viene desarrollando la doctrina, sin ningún antecedente en el tiempo".

Lo anteriormente expresado denota la lucidez del magistrado y su capacidad y sensibilidad para captar la trascendencia de una institución como la del "daño al proyecto de vida", cuyas consecuencias, en casos extremos y dicho en pocas palabras, pueden conducir a una persona a una profunda depresión, a un vacío existencial y a una pérdida del sentido de su vida. ¿Qué mayor daño se puede causar a una persona que la destrucción de su vida?

Es, por lo expuesto, que un núcleo de juristas que han percibido la trascendencia de precisar conceptos en torno al "daño al proyecto de vida", así como la premiosa necesidad de reparar a menudo sus graves consecuencias, haya expresado sus coincidencias con las sentencias mediante las cuales la Corte consagra la institución del "daño al proyecto de vida" a nivel jurisprudencial, es decir, en el derecho vivo, demostrando así su utilidad en cuanto a la finalidad de proteger la vida humana y su libre desenvolvimiento en el tiempo. Dichos juristas han alabado a la Corte por haber recogido de la doctrina la noción de "daño al proyecto de vida" y haberla consagrado, desarrollado y reparado en cuanto a sus frecuentes devastadoras consecuencias para la vida de las personas. Así, por ejemplo y como lo tenemos citado, la profesora Ana Salado Osuna, de la Universidad de Sevilla, en el libro que dedica al estudio de los casos peruanos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al reconocer el origen doctrinario del "daño al proyecto de vida", manifiesta que "hay que felicitar a la Corte por aceptar el concepto de "daño al proyecto de vida en materia de reparaciones y por haber determinado en qué medida se puede reparar el mismo"[23].

---

23 SALADO OSUNA, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 438.

Al referirse al tiempo en su relación con el proyecto de vida, el magistrado expresa que "por vivirnos en el tiempo, cada uno busca divisar su proyecto de vida". Y apunta, que "el vocablo proyecto encierra en sí toda una dimensión temporal", por lo que posee "un valor esencialmente existencial, ateniéndose a la idea de realización personal integral". Es decir, agrega, "en el marco de la transitoriedad de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas, en el ejercicio de plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales". La vida, concluye, "- al menos la que conocemos - es una sola y tiene un límite temporal, y la destrucción del proyecto de vida acarrea un daño casi siempre verdaderamente irreparable, o una u otra vez difícilmente reparable".

Nos satisface leer lo expresado por lúcido magistrado Cançado Trindade en lo que significa la temporalidad del ser humano en lo atinente a la realización de su proyecto de vida. En diciembre de 1996, en nuestro trabajo titulado *Daño al proyecto de vida* nos referíamos, precisamente, a esa situación cuando decíamos, dentro de los lineamientos de la escuela de la filosofía de la existencia, que el ser humano "es tiempo" Él "constituye un proceso temporal, abierto donde el pasado condiciona al presente y, desde éste, se proyecta el futuro"[24].

El ser humano, decíamos, "para realizarse en el tiempo en tanto ser libre, debe proyectar su vida". La vida, subrayábamos, "es un proceso continuado de haceres según sucesivos proyectos". Y afirmábamos que "el proyecto tiene como condición la temporalidad", para concluir que "el proyecto, por consiguiente, se sustenta en la libertad y la temporalidad del ser humano", por lo que "el proyectar es la manera de ser del ser humano en cuanto libre y temporal"[25].

Es digno de resaltar el aporte del mencionado magistrado en cuanto a lo que denomina "el proyecto de post-vida", el mismo que desarrolló, según su propia expresión, en su Voto Razonado en el caso de la "Comunidad Moiwana versus Suriname" resuelto por sentencia del 15 de junio del 2005. No hay razón alguna, nos dice, para limitarse a la búsqueda de sentido para su vida, "a la vida que uno conoce, al mundo de los que siguen vivos". En realidad, nos dice "tanto el proyecto de vida como el proyecto de post-vida encierran valores fundamentales". Un daño a éste último constituye un daño *espiritual* que atañe a lo que hay de más íntimo en el ser humano, es decir, su vida interior, sus creencias en el destino humano, sus relaciones con sus muertos".

Dicho daño, concluye, "incorpora el principio de humanidad en una dimensión temporal".

En el parágrafo siguiente damos cuenta del surgimiento en la doctrina del "daño al proyecto de vida" y de su ulterior desarrollo hasta nuestros días.

---

24 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Daño al proyecto de vida*, ob. cit., en la revista "Derecho PUC", Lima, diciembre de 1996, p.50.

25 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Daño al proyecto de vida*, ob. cit, p. 51-52.

12. Otros casos vistos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Aparte de los casos anteriormente brevemente glosados, en los cuales la Corte Interamericana acoge y repara el "daño al proyecto de vida", cabe citar, como lo señala el magistrado Cançado Trindade en su voto razonado expuesto en el caso "Wilson Gutiérrez Soler", la existencia de otros en los cuales el "daño al proyecto de vida" ha sido invocado por las partes demandantes a nivel individual, como sucede, por ejemplo, en el caso "Miyrna Mack Chang con Guatemala" en el 2003 y el "daño al proyecto de vida" a nivel familiar invocado en el caso "Molina Theissen con Guatemala" en el 2004 y, a nivel comunitario, en el caso de la "Masacre de Plan Sánchez con Guatemala" en el 2004.

Además de los precedentes se cita también el caso de los hermanos "Gómez Paquiyauri con el Estado peruano", en el cual la familia de las víctimas, torturadas y luego muertas por agentes de dicho Estado, reclama una reparación al expresar que el proyecto de vida de sus hijos, Emilio y Rafael, "estaba íntimamente ligado con el de la familia, ya que los padres eran inmigrantes de la zona central de la sierra del Perú, donde la familia es concebida como una única unidad económica en la que todos los miembros aportan en el desenvolvimiento de la vida familiar y su sustento".

13. El "daño al proyecto de vida" en la legislación peruana

Antes de referirnos a la doctrina y a la jurisprudencia por nosotros conocida en torno al "daño al proyecto de vida", daremos una breve noticia sobre su reconocimiento por la legislación peruana.

Existen dos fundamentos dentro del ordenamiento jurídico peruano que ofrecen al juez argumentos, sólidos y suficientes, para sustentar sus fallos destinados a amparar las demandas por frustración, menoscabo o retardo del proyecto de vida y a proceder a su consiguiente reparación. El artículo 3° de la Constitución peruana de 1993 protege los intereses existenciales o derechos naturales de las personas que se fundan en su dignidad. Existe, por lo tanto, una norma de amplios alcances destinada a amparar las demandas por daños al proyecto de vida, entendiéndose que la protección del proyecto de vida de las personas constituye un prioritario interés existencial derivado de su inherente dignidad. De ello no cabe duda alguna desde que es interés prioritario de la persona cumplir con el proyecto de vida que se ha trazado, vivir de acuerdo con dicho proyecto, realizar sus metas, expectativas y aspiraciones, es decir, llevar a cabo todo aquello que le otorga un sentido a su vida, que constituye la razón de ser de su existencia.

Otro sólido argumento lo encontramos alojado en el artículo 1985° del Código civil peruano de 1984. En él se prescribe que es obligatoria la reparación de las consecuencias generadas por un "daño a la persona. Dentro de esta amplia noción, como se ha expresado en precedencia, se comprenden todos los daños que se pueden causar a su unidad psicosomática, es decir, tanto a su cuerpo, en sentido estricto, como a su psique.

Recordemos que la reparación por los daños psicosomáticos debe tener en cuenta tanto la lesión en sí misma o "daño biológico", como las repercusiones negativas que ella ocasiona en el transcurrir de la vida ordinaria y cotidiana de la persona, es decir el "daño al bienestar", que deteriora notoriamente su calidad de vida

Pero, como también se ha señalado en su lugar, dentro del genérico concepto de "daño a la persona" se incluye el daño que se pueda causar a la libertad fenoménica, es decir, a los actos o conductas mediante las cuales se concreta en el mundo exterior la realización del personal "proyecto de vida".

De otro lado, el artículo 5° del Código Civil, que se refiere a los derechos fundamentales, prescribe que el derecho a la libertad y los demás derechos inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión.

14. El "daño al proyecto de vida" en la doctrina jurídica

La institución del "daño al proyecto de vida", en tanto genera como consecuencias la frustración, el menoscabo o retardo de la misión existencial de la persona, de su libertad fenoménica, viene siendo paulatinamente acogida por cada vez más amplios sectores de la doctrina, así como también se va incorporando a la jurisprudencia de diversos países.

Sucede, en este caso, lo que ocurre con toda aparición de una nueva figura en el escenario jurídico. Ella debe someterse a la fina y aguda crítica jurídica, lo que da lugar a un largo y lento proceso de reconocimiento, de convencimiento de las bondades y de la consiguiente utilidad de la institución, de su importancia y trascendencia para la vida comunitaria, para la protección integral del ser humano. Por ello, hay que esperar pacientemente hasta que la mayoría de los juristas convengan en la necesidad y utilidad de la aplicación jurisprudencial de la nueva institución para reparar, en este caso, un nuevo daño al ser humano. Se trata de un daño desconocido hasta que se hizo patente en un sector de vanguardia de la doctrina como consecuencia que el ser humano había dejado de ser considerado tan sólo como un "animal racional" para reconocérsele como un *ser libertad,* como un ser espiritual, calidad propia del ser humano, la que lo diferencia de los demás animales y de los otros seres del universo. No es nada fácil - lo sabemos por experiencia - que los juristas admitan, con rapidez, la existencia de un nuevo daño, que aún no conocen a la perfección, que rompe sus esquemas tradicionales de la responsabilidad civil, que los introduce en un mundo en el cual ha variado, radicalmente, el centro de protección del Derecho, dejando jerárquicamente atrás el patrimonio para ser sustituido por la persona humana.

En cuanto a la doctrina producida en los últimos años sobre el "daño al proyecto de vida", citaremos tan sólo algunos trabajos que incorporan a su acervo jurídico el "daño al proyecto de vida", tanto a nivel de la jusfilosofía como de las diversas ramas del Derecho. Se trata de autores que, básicamente, reconocen la calidad ontológica de *ser libertad* propia del ser humano. Ellos han comprendido que la libertad fenoménica, que se concreta en la realización del "proyecto de vida" - contando para ello con los demás seres humanos y las cosas, en un tiempo dado, y que se hace patente en actos o conductas humanas -, puede ser dañada. Para comprender la significación del "daño al proyecto de vida" hay que haber antes aprehendido la nueva concepción del ser humano para, luego, tomar conciencia de las profundas repercusiones de esta nueva realidad en el campo de lo jurídico. A algunas de estas consecuencias nos referiremos más adelante.

Cada vez son más numerosos, decimos, los autores de diversas latitudes que reconocen la importancia de reparar el "daño al proyecto de vida", así como son concientes de sus

hondas negativas repercusiones en la vida del ser humano. Las voces que adhieren a esta nueva realidad vienen de diversos sectores del Derecho, desde el Derecho Civil hasta el Derecho Internacional en sus diversas nominaciones y, por cierto, de la jusfilosofía.

Hemos seleccionado algunos de lo textos de autores de diversas latitudes que recogen el mensaje sobre la trascendencia e importancia del "daño al proyecto de vida" en el proceso, iniciado con mayor fuerza en la segunda mitad del siglo XX, de una mayor e integral protección de la persona humana. En este sentido se recogen, critican, analiza y comentan las características de este nuevo daño al ser humano, sobre la base del tratamiento original producido en el Perú en la década de los años ochenta del mencionado siglo

15. El "daño al proyecto de vida" en la doctrina latinoamericana

En el área del Derecho Internacional de los Derechos Humanos podemos recoger, entre otras, las expresiones de Sergio García Ramírez, actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este autor es consciente de la importancia de la protección del "daño al proyecto de vida", por lo que reconoce y da cuenta que "la Corte Interamericana ensanchó el horizonte de las reparaciones con un concepto relevante: el daño al proyecto de vida". Precisa, al respecto, que el "daño al proyecto de vida" no corresponde "a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos", característico del daño emergente; y tampoco se confunde con el lucro cesante, porque mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado "proyecto de vida" atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas"[26].

García Ramírez, aparte de subrayar las diferencias existentes entre el daño emergente y el lucro cesante antes referidas, considera que el proyecto de vida se "elabora en torno a la idea de realización personal". La reparación del daño al proyecto de vida "implica una indemnización, pero no se reduce necesariamente a ésta. Puede traer consigo otras prestaciones o compensaciones, que aproximen la reparación al ideal de la *restitutio in integrum"*[27].

García Ramírez, en otro trabajo, se refiere al tipo de reparaciones contenidas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto anota que, al lado de aquellas de tipo patrimonial, por daño material y moral, existen otras modalidades

---

26 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* en "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional", N° 3, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 342.

27 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Las reparaciones en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit.,p. 323.

de reparaciones y cita dentro de ellas a la reparación por "daño al proyecto de vida"[28].

García Ramírez aborda también el tema del "daño al proyecto de vida" en el artículo titulado *Dos temas de la jurisprudencia interamericana: "proyecto de vida" y amnistía*[29].

Antonio A. Cançado Trindade, uno de los más destacados juristas latinoamericanos - actual magistrado de la Corte Internacional de La Haya - es un convencido de la trascendencia que para el ser humano tiene su "proyecto de vida", razón más que suficiente para protegerlo y reparar sus consecuencias cuando haya lugar. En sus valiosos votos razonados, que se incorporan a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre reparaciones del "daño al proyecto de vida", deja constancia de sus lúcidas apreciaciones sobre el tema. Algunas de ellas se han trascrito cuando hemos hecho breve referencia a las sentencias de la Corte en los casos "María Elena Loayza Tamayo" y "Gutiérrez Soler".

Cançado Trindade, en párrafo 7 del voto razonado conjunto con el magistrado Abreu Burelli en el caso "Loayza Tamayo", explica que las reparaciones tratándose del ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se vieron fuertemente marcadas por la analogía con las del Derecho Privado, como es el caso, por ejemplo, del daño material y el daño moral. Estos conceptos, expresa, "han estado fuertemente determinados por un contenido e interés patrimoniales (…) marginando lo más importante en la persona humana como es su condición de ser espiritual". En el párrafo 8 del mencionado voto razonado manifiesta que: "El ser humano tiene necesidades y aspiraciones que trascienden la medición o proyección puramente económica. Ya en 1948, hace medio siglo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre advertía en su preámbulo que "el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría". Estas palabras se revisten de gran actualidad en este final de siglo. En el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la determinación de las reparaciones debe tener presente la integralidad de la personalidad de la víctima, y el impacto sobre ésta de la violación de los derechos humanos: hay que partir de una perspectiva integral y no sólo patrimonial de sus potencialidades y capacidades".

En el apartado 16 de su voto razonado Cançado Trindade afirma, conjuntamente con Abreu Burelli, que "el proyecto de vida envuelve plenamente el ideal de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 de exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana. El daño al proyecto de vida amenaza, en última instancia, el propio sentido que cada persona humana atribuye a su existencia".

Para Héctor Faúndez Ledesma, al recoger las ideas básicas que lo sustentan, considera que el daño al proyecto de vida "afecta la

---

28 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, en "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", México, UNAM-Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 1118-1144, en p. 1143.

29 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Dos temas de la jurisprudencia interamericana*, "Revista de Derecho y Jurisprudencia" y "Gaceta de los Tribunales", Santiago de Chile, t. XCV, N° 2, mayo-agosto 1998, pp. 61-75.

libertad de una persona que, consciente o inconscientemente, ha elegido una manera de vivir, lo que otorga un sentido a su vida y que responde a su propia vocación". Es un daño que "trastoca o frustra el proyecto de vida que libremente formula cada persona, y que impide que la persona desarrolle libremente su personalidad" Se trata de "un daño radical a la salud de la persona, que le impide cumplir su propio proyecto existencial y ser "ella misma". Se trata de un daño que marca el futuro del sujeto y que, aunque no sea actual, no por ello deja de ser cierto". La noción de daño al proyecto de vida, apunta Faúndez, está vinculada a la idea de libertad, entendida como la capacidad de decisión de la que está dotado el ser humano para proyectar su vida, contando con las limitaciones o circunstancias que le son inherentes y "que hace que seamos seres únicos y no intercambiables[30].

Eduardo Ferrer Mac Gregor en su trabajo *Del amparo nacional al amparo internacional* reconoce que los tipos de reparaciones internacionales a las consecuencias de los daños son similares a los que existen en el derecho interno, reconoce entre ellos, sobre la base de la clasificación de Sergio García Ramírez, la referente al "daño al proyecto de vida"[31].

Jorge Francisco Calderón Gamboa ha publicado recientemente en México un libro titulado *El daño al proyecto de vida por violación de los derechos humanos*[32], en el cual se hace un análisis de la nueva figura de daño a la persona que bosquejáramos en 1985. En su ensayo sobre *La reparación del daño al proyecto de vida en caso de tortura*, el autor considera que el "desarrollo internacional de los derechos humanos ha permitido avances significativos en la protección y promoción de la dignidad de la persona". Al efecto, apunta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia de reparaciones en el caso "María Elena Loayza Tamayo", "analizó por primera ocasión un nuevo rubro en materia de reparación que corresponde al "daño al proyecto de vida". Calderón Gamboa estima que "al ser un daño recientemente reconocido y tratándose de violaciones de los derechos humanos, su análisis y reparación son fundamentales, ya que es importante comprender el vínculo inminente que existe entre los actos de tortura y las afectaciones que generan en los *proyectos de vida* de los individuos y, por lo tanto, la trascendencia de su debida reparación".

Dentro del análisis que hace de la institución del "daño al proyecto de vida", el autor realiza un deslinde conceptual entre el "daño al proyecto de vida" y el llamado "daño moral", concluyendo, dentro de la misma línea de pensamiento sostenida por nosotros desde hace varias décadas y que reiteramos en el presente trabajo, que "no cabe confundirlos".

Estima que el "daño al proyecto de vida" lesiona "el ejercicio mismo de la libertad ontológica del ser humano, mientras que el daño moral incide en el aspecto psíquico de la persona,

---

30 FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, ob. cit., p.520.

31 htp:/www.realidadjuridica.uabc.mxlrealidad/file/amparo.doc

32 CALDERÓN GAMBOA, Jorge Francisco*, El daño al proyecto de vida por violación de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2005.

más precisamente, en el emocional". Agrega al respecto, con acierto, que "la dimensión del daño al proyecto de vida consiste en que su objeto de afectación es la libertad y que, a su vez, la afectación desencadena una serie de menoscabos al pleno uso de la misma en relación con el desarrollo y desenvolvimiento del ser humano hacia sus objetivos o aspiraciones de vida". Por ello, concluye, "el bien jurídico tutelado por el derecho, u objeto a tutelar en esta materia, será la realización ontológica, el desenvolvimiento o proyección de vida de cada individuo, que por detrimento de la libertad (en toda su extensión) se ve truncado"[33].

En el Brasil, Amaro Alves de Almeida Neto, entre otros autores, se refiere al "daño al proyecto de vida" refiriéndose a sus alcances e importancia en cuanto a la protección integral de la persona humana. Destaca la radicalidad de este daño que puede llegar a crear un vacío existencial en la persona que lo sufre, privándole del sentido que había otorgado a su vida[34].

En Chile, José Díaz Schwerter, en su trabajo *La resarcibilidad del daño no patrimonial en América Latina* reconoce que en el Perú, a partir del Código Civil de 1984 se reconoce como categoría autónoma de daño resarcible el "daño a la persona". Con razón precisa que el llamado "daño moral" "se entiende, mayoritariamente, que el daño moral ha quedado limitado al llamado "daño moral subjetivo" o "daño moral en sentido estricto"[35].

En la República Dominicana, entre el 26 y el 28 de marzo del 2003, tuvo lugar el 4° "Encuentro Internacional de Educación y Pensamiento", organizado por el "Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas" (CIPS), con sede en La Habana bajo los auspicios de CLACSO. En esta reunión se abordó el tema "Praxis social y proyectos de vida. Los Proyectos de Vida como organizadores y reguladores de las acciones individuales y colectivas. La autodeterminación personal y su dimensión moral". Ovidio D´Angelo Hernández reporta lo tratado en la mencionada reunión[36].

En el Editorial de "CEJIL Gaceta", publicación del "Centro por la Justicia y el Derecho Internacional", N° 22, correspondiente al año 2004, se hace referencia a la reparación del daño al proyecto de vida a Alberto Cantoral Benavides, consistente en el otorgamiento de una beca completa de estudios de parte del Estado peruano, quien "debido a la detención arbitraria y torturas de que fue víctima, se vio forzado a interrumpir sus estudios universitarios, en los que había cifrado su vida futura"[37].

---

33 CALDERÓN GAMBOA, Jorge Francisco*, El daño al proyecto de vida por violación a los derechos humanos,* ob. cit., apartado 1.3.1.

34 ALVES DE ALMEIDA, Amaro, Dano existencial. A tutela da dignidade da pessoa humana, en la revista de "Direito Privado", N° 24, octubre-diciembre 2005.

35 DÍAZ SCHWERTER, José*, La resarcibilidad del daño no patrimonial en América Latina*, en htpp://www.juridicas.unam.mx.sisjur/civil/pdf/1-63s.pdf

36 http://bibliotecavirtuak.clacso.org.ar/ar/libros/cuba/ovidio4rtf

37 www.cejil.org

16. El "daño al proyecto de vida" en la doctrina española

-Desde España, como se ha indicado anteriormente, Ana Salado Osuna dedica un importante e interesante libro al estudio de los casos peruanos presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tratándose del caso "María Elena Loayza Tamayo", la autora nos recuerda que en la fase de reparaciones se solicitó a la Corte que se pronunciara sobre la indemnización que le pudiera corresponder a la víctima bajo el concepto de "daño al proyecto de vida". La Corte, expresa Ana Salado, sostuvo con gran nitidez que el daño al proyecto de vida es una noción distinta al daño emergente y al lucro cesante. El "daño al proyecto de vida" atiende a la realización integral de la persona afectada, la que se sustenta en las opciones con las que cuenta en cuanto son la expresión y la garantía de la libertad. De ahí, nos dice, que el Tribunal considere que no se puede decir que una persona es verdaderamente libre "si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación". La cancelación o menoscabo de dichas opciones "implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor"[38]. Como refiere Ana Salado, la Corte describe el "daño al proyecto de vida" como "la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable".

La profesora de la Universidad de Sevilla, al valorar la importancia que reviste la indemnización del "daño al proyecto de vida", estima que "hay que felicitar a la Corte por aceptar el concepto de "daño al proyecto de vida" en materia de reparaciones y por haber determinado en qué medida se puede reparar el mismo". La autora manifiesta al respecto que, "desde este lado del Atlántico produce gran satisfacción la forma de actuar de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y consideramos que sería conveniente que nuestro admirado Tribunal Europeo de Derechos Humanos mire más allá de Europa porque tiene mucho que hacer en materia de reparaciones"[39].

También desde España, Renata Cenedesi Bom Costa Rodríguez, de la Universidad de Valladolid, en el apartado XVII de su trabajo titulado *El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*[40], reconoce que la noción de proyecto vida ha sido introducida en la jurisprudencia de la Corte con la sentencia de reparaciones en el caso de María Elena Loayza Tamayo, "iniciando un nuevo porvenir en la protección del derecho a la vida y ampliando las discusiones doctrinales sobre el tema". Sostiene que el "daño al proyecto de vida" es un "tema tan novedoso que ha cambiado el término de reparación normalmente utilizado por los tribunales internos e internacionales, puesto que la Corte Interamericana reconoció que existen otras formas de reparar la violación cometida".

Al tratar sobre el avance doctrinario y jurisprudencial en materia de protección a la vida a raíz de la sentencia "María Elena Loayza Tamayo", la autora considera que "la

---

38 SALADO OSUNA, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., p.432

39 SALADO OSUNA, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 438-439.

40 www.uc3m.es/inst/MGP/FCI9RCB.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que otros tribunales internacionales, ha hecho evolucionar los conceptos de daño reparable, a fin de consolidar el sistema de protección eficaz de los derechos humanos". Y agrega que "esta evolución tiene que ver con el rescate y la ampliación del alcance del principio de dignidad humana que ha hecho con que las reparaciones fuesen vistas desde otro prisma con la firme finalidad de preservar la vida digna y salir al paso de las consecuencias de conductas violatorias de los derechos humanos".

La autora advierte que, a partir de las sentencias "María Elena Loayza Tamayo" y "Luis Alberto Cantoral Benavides", "se verifica una evolución del derecho a la protección jurídica de la vida en la jurisprudencia de la Corte para el desarrollo de la persona, deliberado y factible, a partir de ciertas condiciones que lo apoyan y justifican". El "daño al proyecto de vida" se refiere, nos dice, "a la autorrealización plena de la persona", Agréguese, señala la autora, "la posibilidad de que exista una decisión concreta por parte del titular de los derechos afectados, decisión sustentada en aquellos elementos, y no apenas en suposiciones, presunciones o inferencias del observador externo".

Es pertinente remarcar la última expresión de la profesora de la Universidad de Valladolid en el sentido que el observador externo, en este caso el juez, no debe dejarse llevar por suposiciones o presunciones sino que debe hurgar en la trayectoria de vida de quien reclama haber sufrido un daño en su proyecto de vida para comprobar su existencia y demás circunstancias que le son propias.

Al referirse al "daño al proyecto de vida" la autora estima que se trata de algo más que lo que se conoce como "oportunidades, chances expectativas". El proyecto de vida está vinculado "con metas razonables, esperanzas fundadas, proyectos accesibles, que constituye, en su conjunto, el derrotero para el desarrollo de la persona, deliberado y factible, a partir de ciertas condiciones que lo apoyan y justifican". El "daño al proyecto de vida" se refiere, nos dice, "a la autorrealización plena de la persona", Agréguese, señala la autora, "la posibilidad de que exista una decisión concreta por parte del titular de los derechos afectados, decisión sustentada en aquellos elementos, y no apenas en suposiciones, presunciones o inferencias del observador externo".

Es pertinente remarcar la última expresión de la profesora de la Universidad de Valladolid en el sentido que el observador externo, en este caso el juez, no debe dejarse llevar por suposiciones o presunciones sino que debe hurgar en la trayectoria de vida de quien reclama haber sufrido un daño en su proyecto de vida para comprobar su existencia y demás circunstancias que le son propias.

Al mencionar el caso de María Elena Loayza Tamayo[41] la autora considera que se había construido un proyecto e iniciado su realización. Aparentemente, dice, todas las circunstancias le eran propicias. Su proyecto "tenía que ver con la vida personal, la comunidad familiar, la actividad laboral, el lugar donde todo esto se desarrollaba, así como con las decisiones adoptadas por los miembros adultos de la familia". Todo esto, nos dice, "quedó destruido de un solo golpe y con quebranto de muchas

41 Sobre el caso "María Elena Loayza Tamayo" ver el parágrafo 6 de este trabajo.

vidas, a partir de los hechos violatorios de la Convención[42]de los que ha conocido la Corte". Se destruyó el proyecto de la víctima y, como señala la autora, "se produjo la destrucción de ese proyecto y la aparición de otro curso de vida, no deseado". Al comprobar esta realidad, la autora estima que la Corte, al resolver las reparaciones, tomó en cuenta esta circunstancia pero, sin embargo, ello no tiene la virtud de "reponer dicho proyecto". Esto último, "que sería deseable, no es factible en el marco del presente caso".

17. El "daño al proyecto de vida" en la doctrina argentina

Desde Argentina son varios los autores que se han referido al "daño al proyecto de vida". Oscar L. Fappiano, antes citado, nos recuerda que: "Como delegado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso citado (se refiere al caso "María Elena Loayza Tamayo"), tuve la responsabilidad de plantear, juntamente con la representante de la víctima, la cuestión atinente al daño al proyecto de vida, siendo la primera vez que se efectuaba ante un tribunal supranacional". Después de señalar la fuente que utilizó para su fundamentación agrega que: "Afortunadamente, el éxito nos acompañó e nuestra empresa del que participa el maestro peruano que fue su principal mentor intelectual"[43].

Al reconocer la "fantástica evolución doctrinaria que ha experimentado la materia a través de las últimas tres décadas", Osvaldo R. Burgos [44]señala al "daño al proyecto de vida" y al "daño existencial" entre los aportes decisivos para dicha evolución. En cuanto al "daño al proyecto de vida", el autor sostiene que todas las personas tienen un proyecto de vida, pero no todos los proyectos tiene igual valor, aun cuando para cada persona su proyecto debería ser el más valioso. Existe, manifiesta, "proyectos de vida generales - al alcance de la mayoría de las personas, en una sociedad determinada, y en un momento histórico dado - y proyectos de vida únicos - en razón de la particularidad de posibilidad del sujeto que los elabora. Hecha esta distinción, Burgos expresa que "a mayor particularidad del proyecto, mayor entidad del resarcimiento".

Jorge Mario Galdós titula un interesante artículo con la pregunta *¿Hay daño al proyecto de vida?* En relación con la interrogante con la que encabeza su trabajo sostiene que la respuesta es afirmativa[45]. En su artículo Galdós verifica que la jurisprudencia argentina le ha dado cabida al "daño al proyecto de vida" y que, al reconocer su existencia, cumple con fijar las reparaciones del caso. El autor señala, textualmente, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha utilizado la noción de "el desarrollo pleno de la vida" como figura equivalente, o al menos cercana, al daño "al proyecto de vida", en cuanto importante parámetro valorativo que integra, a modo de sub especie, la incapacidad psicofísica o sobreviniente (art. 1086. Código Civil).

---

42 Se refiere a la Convención Americana de Derechos Humanos.

43 FAPPIANO, Oscar L., ob. cit., p..16.

44 BURGOS, Osvaldo R., *El daño extrapatrimonial de los llamados damnificados indirectos ante supuestos de irreversibilidad de las consecuencias dañosas. Daño al proyecto de vida, daño existencial, daño moral o el hombre como límite del derecho*, ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional de Derecho de Daños, realizado en Buenos Aires, del 9 al 10 de junio del 2005, Biblioteca Electrónica de la Asociación de Abogados de Buenos Aires.

45 GALDÓS, Jorge Mario, *¿Hay un daño al proyecto de vida?,* Buenos Aires, "La Ley", 2005-F-1005.

En el curso de su trabajo el autor glosa un significativo número de casos resueltos por la Corte Suprema donde se alude, indistintamente, al "daño al proyecto de vida" o a su equivalente daño al "desarrollo pleno de la vida". A través del análisis de dicha jurisprudencia demuestra que ésta acoge en la Argentina la reparación del "daño al proyecto de vida". Cita, entre otras sentencias, la recaída en el caso "Pose, José Daniel con la Provincia del Chubut y otra", del primero de diciembre de 1992, la que considera como un antecedente de los demás fallos que ampararían el proyecto de vida.

En esta causa la Corte declaró que la lesión a la persona "comprende a más de aquella actividad económica diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida".

El Superior Tribunal manifestó, al referirse a la víctima del daño, que "un trance de tamaña gravedad, por ende, llevará seguramente al trabajador - y, en su caso, a la familia de éste - a una profunda reformulación de su proyecto de vida, para lo cual la indemnización se presentará como un dato de importancia inocultable por mayúsculo". Como se advierte, la Corte Suprema emplea indistintamente las denominaciones "daño al proyecto de vida" o "frustración del desarrollo pleno de la vida" para referirse al daño a la libertad fenoménica aunque, como señala Galdós, "el contenido del daño definido doctrinariamente como "al proyecto de vida" es el receptado por la Corte Nacional bajo la locución "frustración pleno del desarrollo de la vida".

Galdós señala que es evidente "la interrelación entre incapacidad (como daño material) y la frustración del "desarrollo pleno de la vida" y, desde otra perspectiva, la interrelación "libertad-proyecto de vida". En efecto, como lo venimos sosteniendo en nuestros trabajos precedentes y que se repite en esta sede, sólo se puede frustrar el proyecto vida o el desarrollo pleno de la vida a raíz de un daño a la unidad psicosomática del ser humano. En otros términos, no se puede dañar "directamente" la libertad fenoménica sino que el daño se produce a consecuencia de una incapacidad en el ámbito psicosomático de la víctima.

Matilde Zavala de González, quien se ha ocupado con detenimiento del "daño a la persona" se refiere al tema que venimos tratando en un artículo publicado en el año 2005 titulado *Daños a proyectos de vida*[46]. En este interesante trabajo la autora señala que "la noción de jurídica sobre un perjuicio a proyectos de vida es válida casi desde cualquier concepción filosófica, en tanto reconozca al hombre como ser libre, aunque encuentra especial respaldo en el pensamiento existencialista".

Al respecto sostiene "que el menoscabo al rumbo existencial se traduce en una alteración profunda del equilibrio de la víctima, pues interfiere en su destino". Precisa su posición al enunciar que "el daño al proyecto de vida menoscaba la persona misma en su integridad espiritual y, por lo tanto, constituye una vertiente agravadora de perjuicios morales, los cuales no deben restringirse indebidamente a sufrimientos, sino comprender con amplitud los desequilibrios existenciales".

---

46 46.ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Daños a proyectos de vida*, Buenos Aires, "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", Año VII, N° 4, abril del 2005.

Jorge Mosset Iturraspe en su valioso libro *El valor de la vida humana* se refiere, así mismo, al "daño al proyecto de vida", sintetizando la figura como lo que el ser humano decide hacer con el don de su vida[47].

El profesor y juez en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 de Mar del Plata, Pedro Federico Hooft, en la sentencia de 9 de diciembre del año 2005, en la demanda de acción de amparo interpuesta por "R.F.F" para obtener autorización para una adecuación sexual en un caso de transexualidad, al estudiar, cuidadosa y profundamente, la situación del recurrente, reconoce que éste viene sufriendo un daño continuo a su "proyecto de vida" desde que su libre decisión es la de vivir como mujer no obstante ser varón. Al respecto el juez sostiene que la "libertad permite a cada cual elaborar intransferiblemente su propio proyecto de vida, su existencia". Al acoger la demanda del transexual para adecuar sus genitales exteriores de varón a los de mujer y el consiguiente cambio de prenombre o nombre de pila, fundamenta su sentencia en un plexo de derechos derivados de la dignidad personal de la víctima de esta situación, como son el derecho a que se reconozca su identidad sexual y consiguiente derecho al cambio de prenombre, su libertad para elaborar su proyecto de vida, su derecho a la igualdad y no discriminación, su derecho a la salud integral y calidad de vida y el derecho a la intimidad. Todos estos derechos, como se ha apuntado, encuentran su fundamento en la dignidad de la persona humana, de toda persona humana.

Como se aprecia de la sucinta glosa efectuada, el juez Pedro Federico Hooft, en su documentada sentencia, reconoce que el transexual tiene un "proyecto de vida" que debe realizar libremente. En este caso, se trata de un varón que vive y siente como mujer desde su tierna infancia y ha decidido, en concordancia con esta honda e irreversible inclinación, adecuar su sexo exterior y su prenombre a los de una mujer. Para ello, se ha sometido a todas las pruebas que en esta situación deben acreditar fehacientemente su condición de transexual, como es el caso de los peritajes psiquiátrico, psicológico y socio-ambiental, la entrevista personal con el juzgador y las que fueren pertinentes en cada caso.

Efectuadas todas estas pruebas, el juez de la causa autoriza al transexual a someterse a la operación de adecuación sexual y al consiguiente cambio de prenombre en la partida de nacimiento y del documento de identidad nacional así como en todos aquellos otros en los que fuere necesario que aparezca dicha modificación de identidad sexual, como es el caso de los diplomas profesionales. En otros términos, le facilita el cumplir con su personal "proyecto de vida".

18. El "daño al proyecto de vida" en la doctrina italiana

En el volumen *La valutazione delle macropermanenti. Profili pratici e di comparazione*[48], al cuidado de Giovanni Comandé y Ranieri Domenici, se dedica un

---

47 MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El valor de la vida humana*, cuarta edición, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 30-31.

48 PINTO OLIVEROS, Sheraldine, *Il danno alla persona nell´esperienza peruviana*, en el volumen "La valutazione delle macropermanenti", al cuidado de COMANDÉ, Giovanni y de DOMENICI, Ranieri, Edizioni ETS, 2005, p.125-127.

destacado espacio a tratar el tema de *El daño a la persona en la experiencia peruana*, el que está a cargo de Sheraldine Pinto Oliveros. En sus páginas se realiza un breve recuento histórico de la tarea de sistematización del "daño a la persona" efectuada en el Perú", de su incorporación como figura autónoma en el Código Civil de 1984. Se formula, además, un análisis de la gestación del "daño al proyecto de vida", de los alcances de esta nueva noción, de sus consecuencias y de su protección jurídica. Al respecto se recuerda la sentencia de la Corte Suprema del Perú, del 1 de septiembre del 2003, en el caso "N.N. con Unión de Cervecerías Backus y Jhonston", al cual nos referiremos más adelante.

Francesco Bilotta, de la Escuela de Trieste, al ocuparse del llamado en Italia "daño existencial" (para nosotros, con ciertas variantes, equivale al "daño al bienestar"), nos dice que a través de este daño se va más allá de él. En efecto, considera que la persona se halla "como realidad inmersa en un conjunto de relaciones sociales, capaz día tras día, de realizar su trayectoria existencial, su "proyecto de vida" (...)[49].

En su documentado trabajo, Bilotta lleva a cabo un estudio comparativo que involucra "el daño al proyecto de vida", el "daño al bienestar" y el "daño existencial". En él se refiere con detenimiento al "daño al proyecto de vida".

19. El "daño al proyecto de vida" en la doctrina peruana

Son varias las instituciones y los autores peruanos que reconocen y se ocupan del "daño al proyecto de vida" y lo han asimilado dentro del repertorio de daños a la persona. Nos referiremos sólo a algunos de ellos. Son también diversas las sentencias que, al reconocerlo como un daño objetivo y evidente contra el ser humano, consignan las debidas reparaciones en atención a la gravedad de sus consecuencias.

La Defensoría de Pueblo, al referirse al problema de la no ratificación de jueces por el Consejo Nacional de la Magistratura, considera que ello implica una afectación al principio de la dignidad de la persona y de su "proyecto de vida". Así, en el segundo considerando de la Resolución Defensorial N° 038-2002/DP, opina que "el no motivar las resoluciones de no ratificación implica un desconocimiento de las dignidad de las magistradas y magistrados cesados por esta vía, al no habérseles dado siquiera la oportunidad de conocer por qué se truncaba intempestivamente su carrera, la misma que en algunos casos era el resultado de un proyecto de vida en su esfera laboral"[50].

Como se advierte, la Defensoría del Pueblo, al reconocer la existencia del "daño al proyecto de vida" y la consiguiente posibilidad de frustrarlo,

---

49 BILOTTA, Franceso, *Attraverso il danno esistenziale, oltre il danno esistenziale*, en "Responsabilitá civile e previdenza" Milano, Giuffré, 2006, 1051-1055.

50 La mencionada Resolución se publicó en el diario "El Peruano" en su edición del 30 de noviembre del 2002.

menoscabarlo o retardarlo, ha hecho suya, como una de sus misiones, la protección y defensa del proyecto de vida de los miembros de nuestra sociedad. Se trata, sin duda, de un importante reconocimiento del "daño al proyecto de vida" así como de la necesidad de proteger su realización y cumplimiento por el ser humano.

Al aludir al mismo tema abordado por la Defensoría del Pueblo y al coincidir con su planteamiento, Abraham Siles Vallejo, al comentar la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso "Almenara Bryson", recuerda la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que reconoce y repara las consecuencias del "daño al proyecto de vida". En este caso, el mencionado Tribunal amparó el reclamo del magistrado que había sido intempestivamente cesado por el Consejo Nacional de la Magistratura mediante una inmotivada y arbitraria resolución que mellaba su dignidad y su "proyecto de vida".

Lizardo Taboada Córdova, al referirse al "daño a la persona" destaca que éste comprende una lesión a la integridad física, al aspecto psíquico y/o al proyecto de vida[51]. En cuanto a la frustración del proyecto de vida debe tratarse de un proyecto "evidenciado y en proceso de ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro", por lo que no se le debe confundir "con cualquier posibilidad respecto de la cual no exista ningún tipo de evidencia comprobada" así como tampoco "con simples motivaciones de los sujetos…"[52].

Joel Díaz Cáceda dedica su libro *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*[53] a la exposición de los extremos más resaltantes de la doctrina del "daño al proyecto de vida", así como hace referencia a los fundamentos filosóficos que le sirven de sustento. Analiza también la jurisprudencia internacional y nacional en las que se aplica el "daño al proyecto de vida", en especial aquella de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Enrique Varsi Rospigliosi, en un trabajo titulado *El derecho de la persona, el proyecto de vida y el deporte en el pensamiento del maestro peruano Carlos Fernández Sessarego* sostiene que el "proyecto de vida" permite "escoger libremente entre varias alternativas, diversas opciones, otorgando un sentido al vivir"[54]. El fracaso, dice el autor, "puede generar un "daño al proyecto de vida", lo que "ocasiona en el sujeto un vacío por la pérdida de sentido de su vida, desaparece el motivo y la persona ya no podrá ser lo que decidió ser". Es el caso, precisa, de un "deportista que como consecuencia de un accidente automovilístico queda postrado en una silla de ruedas, siendo el deporte uno de los fines de su vida". Concluye expresando que el daño al proyecto de vida "es lo más grave que le puede suceder al hombre".

Al cerrar el presente parágrafo, donde hemos glosado algunos de los trabajos que se refieren al "daño al proyecto de vida", cabe señalar que

---

51 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, Lima, Grijley, 2003, p.68 y ss.

52 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de responsabilidad civil*, Lima, segunda edición, Editorial Jurídica Griyley, 2003, p. 64-70.

53 DÍAZ CÁCEDA, Joel, *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional,* Lima, Jurista Editores, 2006.

54 VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, *Los derechos de la persona, el proyecto de vida y el deporte en el pensamiento del maestro peruano Carlos Fernández Sessarego*, en el diario "El Peruano", Lima, 2007.

en el Perú la institución viene difundiéndose en los círculos académicos y, en menor medida, entre los magistrados y abogados. Sería muy recomendable, por ello, que en la Academia de la Magistratura del Perú se ofreciera un curso sobre las importantes novedades que nos aporta el Derecho de Daños en el siglo en que vivimos. Es el caso, por ejemplo, del "daño a la persona" en sus diversas manifestaciones y, en especial, del "daño al proyecto de vida".

No obstante lo anteriormente expresado, el concepto "proyecto de vida" se difunde más aceleradamente entre la población de mayor cultura del país. Se suele escuchar esta expresión en las radios y en la televisión así como en la prensa escrita. Como dato curioso, cabe mencionar que en el artículo primero de la Ley del Consejo Nacional de la Juventud, cuando se alude al significado que tiene el concepto de "joven", se hace mención del concepto proyecto de vida. El texto del numeral es el siguiente: "Se considera joven a la etapa del ser humano donde se inicia la madurez física, psicológica y social con una valoración y reconocimiento, con un modo de pensar, sentir y actuar, con una propia expresión de vida, valores y creencias, base de la definitiva construcción de su identidad y personalidad hacia un proyecto de vida".

El Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, de 5 de octubre del 2000, recoge el concepto de "proyecto de vida". En la "Declaración de Principios" se expresa que, al lado de los conceptos de beneficencia y de no maleficencia, "concurren con ellos los principios de autonomía o respeto por las decisiones del paciente competente, en función de su proyecto de vida y, asimismo, el de justicia, que reconoce que todos los seres humanos deben ser tratados por igual y, si hubiera una excepción, se favorecerá a los más necesitados". Al referirse al concepto "salud" se precisa que "es un estado de apropiación del cuerpo que consiste en el bienestar físico, psíquico y social lo que permite a la persona humana proyectar un plan de vida, acorde con sus valores y creencias, con pleno respeto a los derechos humanos universales lo que compromete a la profesión médica, la sociedad y el Estado".

Como se advierte, el mencionado Código de Ética y Deontología reconoce el que cada persona tiene un proyecto de vida al cual responden sus decisiones en materia de salud, así como ésta, a su vez, permite al ser humano "proyectar un plan de vida acorde con sus valores". Estas expresiones son la comprobación de que, al menos en la elite médica, se ha asumido el concepto de proyecto de vida y, consecuentemente, el de su protección y reparación en caso de sufrir una frustración, un menoscabo o un retardo en su ejecución y cumplimiento.

El proyecto de Código Civil de la República Argentina del año 1998 recoge también la noción de "daño al proyecto de vida" y prescribe el deber de repararlo.

20. El "daño al proyecto de vida" en la jurisprudencia argentina

Nos referiremos solamente a algunos casos que han llegado a nuestro conocimiento, los que han sido resueltos por los tribunales de Argentina y del Perú a partir del momento en que empieza a difundirse, con la lentitud con que ello acontece tratándose de las nuevas instituciones, la del "daño al proyecto de vida". Excluimos de esta revisión aquéllos que han sido vistos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los cuales nos hemos

referido en el parágrafo en precedencia. Enumeramos tan sólo algunos de los casos precursores dictados en ambos países, así como de ciertos fallos recientes, los cuales han sentado jurisprudencia en el sentido de reparar las consecuencias de los daños que frustran o menoscaban el proyecto de vida o, como lo designa con cierta frecuencia la jurisprudencia argentina, "la frustración del desarrollo pleno de la vida". Esta designación, no obsta sin embargo, para que otros casos empleen la noción de "daño al proyecto de vida", como apreciaremos de la glosa de los fallos a los cuales nos referiremos.

Entre los casos que nos ofrece la jurisprudencia argentina hemos seleccionado los que glosamos a continuación:

20.1. El caso "José Daniel Pose"

Con fecha 1 de diciembre de 1992 la Suprema Corte de Justicia de la Nación argentina resolvió la causa "Pose, José Daniel con la provincia de Chubut y otra". A ella nos hemos referido brevemente con anterioridad.

En la sentencia se repara el daño producido en el "desarrollo pleno de la vida" de la víctima. Como nos lo recuerda Jorge Mario Galdós, en un artículo antes citado, la Corte ha acudido a esta noción como un equivalente o, al menos, cercana al "daño al proyecto de vida".

En este fallo, como se ha apuntado en precedencia, la Corte opinó que la lesión a la persona no sólo comprende la actividad económica sino "diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida". Como lo manifiesta Galdós, es fácil comprender que el "desarrollo pleno de la vida" de un ser libre y espiritual, como es el caso del ser humano, sólo es posible si se cumple el proyecto de vida. La plenitud de la vida supone la realización de la persona, el alcanzar las metas propuestas, el cumplimiento de la misión impuesta.

Esta causa, como también se señaló en su lugar, sirve de antecedente a los demás fallos pronunciados por la Suprema Corte.

La Corte fijó en 500,000.00 (quinientos mil dólares) la reparación por la incapacidad total e irreversible de un joven de 24 años, la que causaba la frustración del desarrollo pleno de su vida. Es decir, agregamos, del cumplimiento de su personal proyecto de vida.

20.2. El caso "Carlos Esteban Kuko"

En 1996 llegó a nuestro conocimiento el caso "Scaramacia, Mabel y otro contra la Provincia de Buenos Aires y otros", resuelto con fecha 12 de septiembre de 1995 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina.

Un joven de 17 años, Carlos Esteban Kuko, fue gravemente herido por una bala perdida disparada por un policía ebrio fuera de servicio, perteneciente a la Provincia de Buenos Aires, a raíz de una riña entre asistentes a un local de baile en la ciudad de Buenos Aires. El policía disparó desde el primer piso y alcanzó al menor Kuko quien se hallaba en la segunda planta.

El proyectil, que quedó alojado en el cuerpo del menor, le comprometió el muslo izquierdo con sección de la arteria femoral y con dispersión de una esquirla incrustada en el fémur de la víctima. Kuko fue sometido de inmediato a dos sucesivas intervenciones quirúrgicas debido a la lesión que sufría la arteria y vena femoral con grave riesgo para su vida y el miembro afectado.

Carlos Esteban Kuko era un muy buen jugador de fútbol del Club Atlético Platense, el que militaba en la primera división. Era zurdo. Entrenaba con el equipo de la primera división a cuyo plantel iba a ser prontamente incorporado. Todos los dirigentes del mencionado Club destacaron en sus testimonios el excelente porvenir futbolístico que se le presentaba al menor.

En el peritaje efectuado por los médicos legistas se halló que en la pierna izquierda aparece una cicatriz, de dieciséis centímetros de largo por tres de ancho, presentando trayectos varicosos y en el maleolo interno se observa una importante lesión trófica en la piel. Además, se evidenció una disminución del tono muscular a nivel de los gemelos y una diferencia de diámetro entre ambas piernas medida a la altura media de los gemelos, la que alcanza a cuatro centímetros.

Así mismo, se observó que la víctima presentaba dolor en la pierna izquierda al efectuar la dersiflexión del pie. Todo lo expuesto hace que la capacidad funcional de la pierna izquierda sea muy inferior a la derecha. En opinión del médico legista, el síndrome varicoso provoca una alteración estética notoria que requerirá un periódico control médico y, eventualmente, una intervención quirúrgica.

El estado en que quedó el menor Kuko después del daño produce según los peritos "una muy importante disminución de la actividad deportiva que desempeñaba el actor". Las afecciones reseñadas "producen una disminución del 55% de la funcionalidad de la pierna izquierda que equivale al 33% del total".

De lo expuesto se desprende que el "proyecto de vida" de Kuko se frustró pues ya no podría realizarse como jugador de fútbol, actividad para la cual mostraba gran disposición y respondía a su vocación personal. La Corte consideró en su resolución que "debe tenerse presente que esta Corte ha sostenido que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida".

Sobre la base del reconocimiento de la frustración del proyecto de vida de la víctima, que impide que ella pueda lograr el desarrollo pleno de su vida, así como del reclamo de los representantes del menor para que se le otorgue una indemnización por la frustración ocasionado en su carrera deportiva, la Corte fijó una indemnización equivalente a $ 30.000.00 (treinta mil dólares).

20.3. El caso "N.N. con la Municipalidad de Buenos Aires"

La Sala "L" de la Cámara Nacional Civil resolvió, con fecha 27 de noviembre de 1995, la causa "N.N. con la Municipalidad de Buenos Aires", en la cual indemnizó con $ 400.000.00 (cuatrocientos mil dólares) el daño producido a una víctima, soltera, de 28 años, que trabajaba con instrumentadora quirúrgica, psicóloga de profesión, que contrajo H.I.V. en el hospital en el trabajaba. Se comprendió en este rubro "la chance de la frustración de la expectativa de participar en una actividad de concreción futura y variable".

Al reparar el "daño moral" se estableció en la sentencia que para la víctima "resulta indudable la frustración, no sólo en algunos aspectos de

la vida cotidiana, sino en el desarrollo del plan de vida abarcativo de todas las áreas en que la actora estaba razonablemente en condiciones de desenvolverse". El fallo finaliza afirmando que "se ha anulado la posibilidad de intentar un proyecto de vida para el cual se habría preparado y merecía intentar".

Como se aprecia de la breve glosa del fallo en cuestión, la Corte utiliza la expresión "proyecto de vida" para referirse, en este caso, al plan vital o "al desarrollo pleno de la vida". Lo destacable es que el significado de estas expresiones es el mismo: el truncamiento, total o parcial, de un proyecto de vida.

20.4. El caso "Millone"

La Corte Suprema de la Nación, mediante sentencia del 26 de octubre del 2004, resolvió el caso "Millone, Juan con Asociart S.A."

La Corte consideró que la frustración del desarrollo pleno de la vida era el resultado de una grave incapacidad psicosomática con repercusiones no sólo en la esfera económica sino en todos los ámbitos en los cuales se desarrollaba la vida del agraviado, como el doméstico, cultural, social. La Corte estableció que "en un trance de tamaña gravedad, por ende, llevará seguramente al trabajador - y, en su caso, a la familia de éste - a una profunda reformulación de su proyecto de vida, para lo cual la indemnización a que tenga derecho se presentará como un dato de importancia inocultable por mayúsculo".

Lo expresado por la Corte en el párrafo antes citado es evidente. El proyecto de vida, en cuanto libertad fenoménica, no se daña directamente sino es el resultado o consecuencia de una grave lesión psicosomática. Se alude también a la "reformulación del proyecto de vida" de la víctima. Consideramos, sin embargo, que no siempre es posible dicha reformulación. Existen casos límites, donde se conjuga un daño grave de carácter psicosomático, con la consiguiente incapacidad, con la afectación de una honda y sentida vocación, de un proyecto de vida intensamente vivido y, por tal, difícilmente sustituible por otro.

Es interesante destacar en el fallo en referencia la alusión al daño que se puede causar al proyecto de vida familiar. Esta situación no ha sido todavía suficientemente contemplada por la doctrina pertinente.

Como se aprecia de la glosa efectuada, en esta sentencia la Corte utiliza indistintamente las expresiones "frustración del desarrollo pleno de la vida" y frustración del "proyecto de vida", otorgándoseles la misma significación.

Caso "Rybar con Banco de la Nación"

La Séptima Sala de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, mediante sentencia de 8 de junio de 2007, resolvió el caso "Rybar, Héctor H. con Banco de la Nación Argentina.

Rybar tenía la categoría de Jefe de Departamento en el mencionado Banco. Fue sometido a acosos, trato discriminatorio en el tema de los ascensos de personal, presión psíquica y moral con ofrecimientos de retiro voluntario, violación del deber de ocupación efectiva, daño a su dignidad personal con tareas no acordes a su jerarquía.

La Cámara reconoció que se había afectado la dignidad del demandante, menoscabando su forma de vida, ocasionándole un daño a su proyecto de vida. Se declaró en el fallo que el daño al proyecto de vida "pertenece a la categoría de los daños a la persona humana".

20.6. El caso "Escobar"

La Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, mediante la reciente sentencia del 9 de febrero del 2009 expedida en el caso "Escobar, José Luis con El Nuevo Halcón y otro", configura y reparara un "daño al proyecto de vida" del demandante.

José Luis Escobar era chofer de un vehículo colectivo quien fuera duramente agredido, en un fin de semana en horas de la madrugada, por un grupo de 4 o 5 pasajeros, todos jóvenes, que subieron a la unidad de transporte en una esquina de un "boliche bailable".Estos pasajeros, que parecían alcoholizados, se negaron a pagar los boletos de viaje correspondientes. El cobro de los pasajes correspondía al chofer Escobar.

La discusión, con insultos al chofer que les reclamaba el pago de los pasajes, terminó en la agresión que tuvo como consecuencia una lesión en el brazo izquierdo del conductor del colectivo la que produjo la rotura de la rama larga del músculo bíceps, que generó una depresión en su inserción distal y una herniación en su tercio medio, lo que, en definitiva, determina una disminución de la fuerza en la elevación de pesos en relación con el brazo izquierdo.

El daño en mención, según lo expresado en la sentencia, "ha traído como consecuencia la frustración de su proyecto de vida relacionado con el ejercicio del fisioculturismo, practicado a niveles de alta competencia, situación que en atención al modo en que aquella actividad era desarrollada, ha afectado la existencia misma del reclamante. Esta es, sin duda, una consecuencia personal, directa e inmediata, que debe ser adecuadamente resarcida.

Podemos concluir que el daño psicosomático ha derivado también en un daño al proyecto de vida, es decir, un daño que afecta, de forma continuada y definitiva, el modo de vida que Escobar había elegido".

Se señala en el fallo que la víctima competía desde 1999 en torneos de "Categoría Primera Pesada" y que, en virtud de los torneos ganados había sido seleccionado para integrar el equipo representativo de la Provincia de Buenos Aires en el Campeonato Argentino del año 2005 en el cual Escobar no pudo participar a consecuencia del accidente sufrido.

En la sentencia se determinó la responsabilidad de la empleadora El Nuevo Halcón desde que el daño se produjo por un dependiente durante sus horas laborables. Igual responsabilidad se fijó para la empresa aseguradora. La póliza cubría los riesgos del trabajo.

Como se aprecia en la sentencia antes glosada, el Tribunal reconoce y repara un "daño al proyecto de vida" del demandante.

21. El "daño al proyecto de vida" en la jurisprudencia peruana

21.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Comentaremos, brevemente, dos casos llegados a nuestro conocimiento, en los que se reconoce y repara el "daño al proyecto de vida", modalidad del genérico y amplio "daño a la persona".

21.1.1. El caso "Juan Carlos Callegari Herazo"

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 5 de julio del 2004, resolvió el recurso extraordinario interpuesto por Juan Carlos Callegari Herazo a raíz de una sentencia adversa de la Corte Suprema de Justicia en el recurso de amparo por él interpuesto por su inmotivado pase al retiro por renovación de Oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

El Tribunal, en el considerando 45 de la sentencia, estimó que el inmotivado y arbitrario pase al retiro del demandante, por la causal antes referida, significaba el que "se truncaba intempestivamente su carrera, la cual podría ser el resultado de su proyecto de vida en el ámbito laboral". Para apoyar esta consideración, el Tribunal recuerda lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al "daño al proyecto de vida" en el caso "María Elena Loayza Tamayo".

Como se advierte, el Tribunal Constitucional, en el fallo antes glosado, reconoce la existencia, noción y alcances del "daño al proyecto de vida".

21.1.2. El caso "Félix César Calderón Urtecho"

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con fecha 21 de enero del 2004, resuelve favorablemente el recurso extraordinario interpuesto por el diplomático Félix César Calderón Urtecho contra la resolución judicial que deniega su pedido para que se declare inaplicable en su caso la Resolución Ministerial N° 0015/RE, de fecha 8 de enero de 2002.

El recurrente, con fecha 15 de diciembre de 1995, interpuso recurso impugnatorio contra la Resolución Suprema N° 0528, de 4 de diciembre de 1995, solicitando la reconsideración de su caso por el hecho de no haber sido ascendido a la categoría de Ministro. Ello, no obstante haber obtenido de la Junta de Evaluación, por méritos y con arreglo a ley, un segundo puesto en el Cuadro de Méritos Final, con la nota de 19.500. Esta situación le impidió ascender a Embajador en el proceso de ascensos correspondiente al año 2001. Frente a la disposición que lo excluyó en forma arbitraria de sus derechos, el recurrente presentó una nueva solicitud para que se reconsiderara su situación, la que no fue atendida una vez más.

Luego de ponderar la situación jurídica del recurrente, los recursos por el él interpuestos y los dispositivos aplicables al caso, el Tribunal procedió a fundamentar su resolución.

El Tribunal Constitucional consideró como probado el que se violó sistemáticamente el derecho del recurrente a la promoción o ascenso, "derecho constitucional y fundamental, con el consiguiente perjuicio al proyecto de vida de

los funcionarios diplomáticos involucrados, entre los cuales se encuentra el demandante, según se ha podido acreditar de autos".

Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y ordenó que el demandado disponga, en forma inmediata e incondicional, la ampliación con carácter retroactivo al 1 de enero de 1996, del tiempo de permanencia del demandante en la categoría de Ministro en el Servicio Diplomático de la República y lo promueva a la categoría inmediata superior, con carácter retroactivo al 1 de enero de 2002.

21.2. En la judicatura ordinaria

Entre los casos que tenemos conocimiento en la jurisprudencia peruana sobre el reconocimiento y reparación del "daño al proyecto de vida" comentaremos brevemente los siguientes:

21.2.1. El caso "Encarnación Toscano"

El caso "Manuel Encarnación Toscano y otra con Hospital Privado Rosalía de Lavalle de Morales Macedo-Clínica Hogar de la Madre", fue resuelto mediante sentencia del Corte Superior de Lima de fecha 2 de julio de 1996. Los padres en representación de la menor Lady Meylin interponen demanda contra el citado Hospital a fin de que cumpla con indemnizar los diversos daños sufridos por su menor hija en el momento de su nacimiento.

La madre de la mencionada menor tuvo un parto normal pero, al séptimo día del nacimiento, la bebe mostraba un cuadro febril térmico, con muestras de irritabilidad, hiporexia, lo que se agravó con convulsiones con focalización marcada en el miembro inferior izquierdo. Ante esta situación el Hospital demandado decide su traslado al Instituto de Salud del Niño para su correspondiente hospitalización con el diagnóstico de "tendencia al sueño hipoactivo, cuadro febril e ictericia en la cara y cuello, y convulsiones".

Luego de practicados los exámenes y análisis correspondientes en el mencionado Instituto, se diagnosticó "una tipología de meningoencefalitis, con absceso cerebral encéfalo malaria y síndrome convulsivo y, paralelamente, una otitis aguda media bilateral, todo ocasionado por sepsis-neonatal". Este cuadro de meningitis encefálica que presentaba la menor, según el demandante, fue adquirida en el nosocomio demandado "por no estar debidamente desinfectado o aséptico el campo de intervención y rehabilitación de su menor hija". Se advierte que al adquirir dicha enfermedad, que se presentó a escasos días de nacida, ha dejado "huellas irreversibles en el centro regulador nervioso y psicomotor de su hija, que se manifestó en un miembro inferior izquierdo y, posteriormente, se focalizó en los demás miembros, así como dejó rastro a nivel psicomotriz y posteriormente a nivel de percepción".

Se afirma en la demanda que el cuadro anteriormente descrito, "en la medida que transcurra el tiempo va a dar lugar a la invalidez o parálisis en ciertas partes y funciones del cuerpo, por lo que se habría anulado un proyecto de vida, ya que con sus insuficiencias psicomotrices le resta alternativas para poder optar por las cosas que quiso ser, así como no poder desarrollar algunas actividades artísticas o deportivas y, también, le ha colocado en desventaja con las demás personas, lo que dificulta su socialización, limitándose sólo a lo que psicomotrizmente puede hacer, lo que redundará como secuela para toda la vida, perjudicándola en todos los planos de su vida personal, afectiva, laboral, familiar e íntima".

En el décimo considerando de la sentencia, luego del análisis de la prueba aportada, el juez de primera instancia considera que el daño inferido a la menor "genera la anulación de un proyecto de vida". El juez, al fallar, con fecha 15 de diciembre de 1995, fija una indemnización de $ 12,000.00 (doce mil dólares).

Consideramos que, si bien en la sentencia se reconoce la existencia de la figura referente al "daño al proyecto de vida", el caso más bien se trata de una pérdida de chances. En efecto, la menor, cuando en un futuro deba definir su proyecto de vida verá reducida sus opciones u oportunidades. Pudiera ocurrir que, atendiendo a su vocación, escogiese un proyecto de vida que sería irrealizable a causa de sus problemas de salud.

21.2.2. El caso "N.N. con Unión de Cervecerías Backus y Jhonston"

Un joven de 28 años, soltero, profesor de educación física, pasajero del vehículo que lo conducía, perteneciente a una importante empresa cervecera, sufrió un grave accidente de tránsito, a raíz del cual sufrió trastornos físicos y psicológicos que devinieron en una cuadriplegia espástica que lo sumió en un estado de incapacidad permanente, condenado a movilizarse de por vida en una silla de ruedas.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia que vio el caso, consideró que las consecuencias del daño sufrido por la víctima significaban el total truncamiento de su carrera profesional, así como afectaría también su futura vida familiar. Sobre la base de la prueba aportada, el Tribunal estimó que se había producido un daño grave y cierto en cuanto al cumplimiento del proyecto de vida del demandante.

En la sentencia pronunciada el primero de septiembre del año 2003, la Corte condenó a la empresa cervecera al pago a la víctima de una reparación ascendente a un millón de soles. Esta suma puede parecer no habitual en el país tratándose de la reparación de un daño, pero, en este caso, se trata del truncamiento de una vida, de someter a una incapacidad permanente a un ser humano, impidiéndole cumplir con su proyecto de vida, así como de lograr otras satisfacciones tanto personales como familiares.

Es explicable que quienes otorgan más valor al patrimonio que a la vida de un ser humano se sientan desconcertados por la suma consignada como reparación de un daño tan grave como es el que frustra el proyecto de vida de una persona. Es bueno que vayamos teniendo conciencia del valor de la existencia humana. La sentencia coloca los valores en su debido rango de jerárquico.

21.2.3. El caso "Alcázar Rojas"

El Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, con fecha 22 de junio del 2006, resolvió una demanda interpuesta por una madre de familia injustamente detenida por aproximadamente seis años, acusada de terrorismo, siendo maltratada por la policía por lo que sufre una patología psíquica. A consecuencia del daño producido se desintegró la familia, quedándose solos y abandonados sus dos hijos estudiantes de secundaria. Ellos sobrevivieron con la ayuda de algunos familiares y amigos.

La Juez que tuvo a su cargo la causa verificó que se había inferido a la demandante un daño que afectaba su persona, estimada en sí misma, como un valor espiritual, por lo que ninguna reparación podría "borrar ni restituir al estado anterior lo que ha padecido emocional

y físicamente". Consideró que la prisión injusta e inmerecida "daña a la persona en su esencia, privándole del bien más preciado de todo ser humano, que es la libertad; asimismo, mella profundamente la dignidad y el honor, inapreciables e invalorables". Todo ello, afirma la Juez, "frustra a la persona en su proyecto de vida, arrebatándole años que no volverán, en los que se desarrollaba, en el caso de la demandante, como madre, siguiendo el proceso educacional de sus hijos, y quitándole también años posteriores, ya en libertad, pero en una libertad en la que tiene que rehacer su vida, reinsertarse en la sociedad, recuperar el ánimo, espíritu y paz arrebatados, procurando olvidar o, mejor, procesar con la ayuda psicológica, la terrible experiencia que atravesó, curando la mente de la depresión, ansiedad y terror".

La Juez, al declarar fundada la demanda, en lo que atañe al daño al proyecto de vida y demás daños inmateriales, condenó a los demandados, altas autoridades del Estado, al pago de una reparación de $ 141,994.05 (ciento cuarenta y un mil novecientos noventa y cuatro dólares con 05/00 centavos de dólar).

21.2.4. El caso "José Robles Montoya"

La sentencia de Primera Instancia, expedida el ocho de agosto del año 2005 por el 12° Juzgado Civil de Lima, acoge la demanda del recurrente ex Capitán del Ejército peruano José Robles Montoya para obtener una reparación por las consecuencias sufridas a raíz de un "daño a su proyecto de vida".

El demandante era un destacado militar que había egresado con el primer puesto de su Promoción, puesto con el que había merecido ser ascendido a los grados de Teniente y Capitán de dicho Ejército, lo que demuestra su clara vocación y capacidad para desarrollarse en esa actividad. Por razones ajenas a su voluntad, por decisión arbitraria del Comando del Ejército, se truncó su proyecto de vida, libre y voluntariamente elegido.

Como es público y notorio, y el hecho pertenece desde ya a la Historia de la República, el 05 de abril de 1992 se produjo un autogolpe propiciado por el propio Presidente de República, Alberto Fujimori, contando con el apoyo de las Fuerzas Armadas cuyos altos oficiales firmaron una acta de sujeción al gobierno surgido de ese golpe de Estado violatorio de la Constitución de la República. El gobierno de facto, autoritario, cerró el Congreso, sometió al Poder Judicial y a la mayoría de la prensa, atentó contra el Tribunal Constitucional destituyendo arbitrariamente a tres de sus más conspicuos miembros, inició un proceso de demolición de la institucionalidad democrática y de los partidos políticos, inaugurando un régimen donde no hubo transparencia de sus actos por lo cual, con desconocimiento de la opinión pública, se cometieron graves delitos contra los derechos humanos y se instauró un régimen de profunda corrupción que sumió al país en un estado de crisis moral, de la cual aún no se puede recuperar. En esta situación, un ex capitán del Ejército, separado de su institución por delito comprobado, asumió, de facto, desde el Servicio Nacional de Inteligencia, por delegación del Presidente, la dirección de las Fuerzas Armadas y propició, dotado de un inmenso poder, la reelección del mencionado Presidente Alberto Fujimori, sometiendo vergonzosamente, por dinero, a la mayoría de la prensa y propiciando, también por dinero o favores, que ciertos parlamentarios de la oposición actuaran en concordancia con el partido que apoyaba a la dictadura.

Las Fuerzas Armadas, en su conjunto, sufrieron los embates de la corrupción de sus altos mandos, quienes se perpetuaron en el poder por responder a la voluntad de la cúpula gobernante, relegando a los oficiales que ostentaban méritos propios. Se llegó a la situación que un general en retiro, actualmente en prisión por hechos de corrupción, comandara las Fuerzas Armadas en su calidad de ser uno de los principales protagonista del proceso de demoledor de la moral pública antes referido.
Dentro de dicho contexto, brevemente esbozado, el general Rodolfo Robles, padre del recurrente, ante el desprestigio moral de la Institución, denunció valientemente, en actitud que lo honra, los actos ilícitos cometidos por un grupo de militares en actividad, conocido como el "Grupo Colina", contra los derechos humanos a través de acciones sistemáticas que llevaron a la muerte a personas inocentes, mediante torturas y ejecuciones extrajudiciales. Este desenmascaramiento de los atentados contra los derechos humanos perpetrado por dicho grupo de militares que recibían órdenes desde niveles superiores, fue hecho público y la Justicia Militar no pudo evitar condenar a los integrantes de dicho grupo por los graves delitos cometidos, aunque luego el propio gobierno decretó una amnistía en su favor. No obstante, dejada sin efecto legal tal amnistía, se investigan actualmente sus delitos en el Poder Judicial. Los miembros de dicho grupo "Colina" merecieron la felicitación del propio Presidente de la República y, en cierto momento, alguno de ellos fue ascendido al grado militar superior.

La denuncia del general Rodolfo Robles sirvió para procesar, condenar e identificar a los oficiales y subalternos del Ejército que cometieron los conocidos atentados contra alumnos y un profesor de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle", conocida como "La Cantuta", y contra un grupo de ciudadanos reunidos en una fiesta en un local de una zona de la ciudad de Lima conocida como los Barrios Altos. Todos ellos terminaron siendo extrajudicialmente ejecutados por el grupo Colina. Esta comprobación se desprende del informe elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tomó conocimiento de dichos crímenes a solicitud de los familiares de las víctimas. La denuncia del general Robles comprometía a las más altas autoridades de la República así como del Comando del Ejército.

A raíz de su denuncia, que puso al descubierto dichos crímenes, el general Rodolfo Robles fue sacado de la expectante posición de comando que poseía dentro del Ejército para ser trasladado a un puesto administrativo en un organismo internacional fuera del país. El general Robles, ante el peligro que sufría su vida y la de su familia, solicitó asilo a la Embajada de los Estados Unidos de Norte América, la que se le concedió al día siguiente para luego ser exiliado a la República Argentina.

Como bien señala el juez de la causa, "los graves hechos suscitados a raíz de tales eventos, no pueden ser analizados en forma aislada y comprendiendo sólo a su protagonista (el general Robles) sino que éstos, por su envergadura también tenían que repercutir en la vida privada y profesional de sus familiares, más aún en el caso del recurrente que al igual que su padre era militar en actividad..." En efecto, el recurrente se hallaba, como su padre y todos los miembros de su familia, dentro de las características propias del régimen autoritario en el cual estaba sumido el país, en un permanente riesgo en cuanto a su integridad física. De ahí que, al igual que su padre, tuvo

que optar, contra su libre decisión y voluntad, dejar su actividad militar y asilarse con toda su familia en la citada Embajada Estadounidense para luego exiliarse en la Argentina.

Como señala el juez en el punto séptimo de su sentencia, no sólo peligraba la vida e integridad física del padre del recurrente, el general Rodolfo Robles, sino la del propio demandante. Por ello, dice el magistrado, que "el actor no podía seguir en el Ejército exponiendo su integridad física o las represalias de gente interesada al interior de las FFAA de no permitir que la ciudadanía se entere de actos ilícitos de sus miembros...". En tal sentido, en dicho contexto, expresa el juez, es de advertir que el recurrente ha debido afrontar la disyuntiva de elegir permanecer en su cargo como militar en actividad, que era su proyecto de vida, o la de "optar por preservar su integridad (sobre vivencia)". Al final, agrega el juez, "como lo haría cualquiera de nosotros optó por el más primordial de los derechos de la persona que es la vida y, en consecuencia, su salida del Ejercito no puede considerarse como "voluntaria", sino como consecuencia de hechos que no le dieron otra alternativa que la optada por el actor de refugiarse con su familia en el asilo concedido" para luego exiliarse en la Argentina.

En efecto, el dejar su actividad como un sobresaliente militar en actividad no fue, como pretenden las Fuerzas Armadas, un "abandono de destino" sino un acto en salvaguarda de su vida y la de su familia. El juez expresa que en la Resolución de las FFAA en las que se formula tal cargo "se recomendó denunciarlo decretándosele una orden de captura cuando, era notorio y público y conocido el asilo que había obtenido, lo cual corrobora lo señalado anteriormente de que la opción más viable y razonable era dejar el país y por ende la institución". De ahí que la salida del Ejército no fue, como afirma el juez, "un acto "libre" y "voluntario" ya que dicha decisión a la luz de los hechos (...)"fue tomada en salvaguarda de su propia integridad física y la de sus familiares". Es decir, agrega el magistrado, su salida del Ejército, en la situación en la que se encontraba el actor, no podía hacerse observando las prescripciones reglamentarias pertinentes.

Encontrándose exiliado el recurrente fue sometido a proceso penal militar a sabiendas que se encontraba fuera del país y sin otorgarle las posibilidades de ejercer el derecho a su defensa.

Por las consideraciones expuestas y otras que fluyen de la sentencia, el juez estima que se ha producido un daño "al proyecto de vida" del recurrente. El magistrado sostiene que un daño "a la libertad humana es trascendente y que ya se ha logrado en los últimos años un reconocimiento, aún incipiente, de la jurisprudencia comparada y más bien definitiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Al referirse a este daño apunta que "es un daño directamente vinculado a la libertad que tiene todo hombre para escoger su destino, para obrar conforme a su libre determinación y alcanzar sus objetivos ...".

En el caso de autos, afirma el juez, "el recurrente ha sido separado de su proyecto de vida por razones que además de ser arbitrarias respondían a fines subalternos y apetitos personales de poder". En el caso del actor, agrega el juez, se violó su libertad de realización personal, se cortó el proyecto de vida de un destacado militar.

Por todo lo expuesto, y por lo demás que contiene los considerados del fallo que comentamos, el juez declara fundada la

demanda y decide conceder al actor una indemnización por las consecuencias del "daño a su proyecto de vida", que truncó su carrera militar, ascendente a la suma de $ 150,000.000 (ciento cincuenta mil dólares americanos).
Actualmente, con posterioridad a la sentencia que comentamos, el ex Presidente Fujimori ha sido condenado a 25 años de prisión por los crímenes cometidos por dicho grupo "Colina" en los casos conocidos como "La Cantuta" y "Barrios Altos"

21.2.5. El caso "Frida Fabiola Salinas Janssen"

Con fecha 10 de agosto del 2006, la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Lima aprueba la sentencia consultada de 30 de marzo del mismo año en un caso de divorcio por separación de hecho, salvo en lo que concierne al monto de la indemnización solicitada por la demandante.

La demanda es interpuesta por Frida Fabiola Salinas Janssen quien solicita una indemnización de US $ 300,000.00 (trescientos mil dólares) por los daños, tanto físicos como psicológicos, sufridos de parte de su cónyuge, los que hicieron imposible que pudiera cumplir con su "proyecto de vida", pues le impidieron desarrollarse laboralmente "debido a su actitud machista y celos excesivos". Los magistrados de las dos instancias estimaron que los daños alegados eran evidentes, incluyendo el daño al proyecto de vida, por lo que ampararon la demanda en este extremo, aunque discreparon en cuanto al monto de la reparación.

La sentencia de primera instancia fijó una reparación por los daños sufridos por la demandante ascendente a US $ 100,000.00 (cien mil dólares). La Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Lima la rebajo a US $ 30,000.00 (treinta mil dólares). La Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación interpuesto, por lo que decidió no casar la resolución de vista expedida por la menciona Sala de la Corte Superior.

Como se observa, los montos que fijan los jueces por reparación de las consecuencias causadas por un daño al proyecto de vida varían, aunque estas oscilaciones se deben, en algunos casos, a la magnitud de ellas. Como sucedió en Italia, la jurisprudencia irá encontrando los necesarios consensos en este campo de las reparaciones del "daño a la persona" en la modalidad de "daño al proyecto de vida".

21.2.6. El caso "Mariátegui Chiappe"

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, con fecha 26 de junio de 2007, en el expediente N° 1529-2007, procedente de Lima, en los seguidos por Sandro Mariátegui Chiappe con Regina de Zela Hurtado, señala, con loable acierto, que "el daño moral es uno de los múltiples daños sicosomáticos que pueden lesionar a la persona por lo que se le debe considerar como un daño que afecta la esfera sentimental del sujeto, resultando así una modalidad síquica del genérico daño a la persona. En tanto que el daño al proyecto de vida, incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia decisión, siendo un daño radical, continuado, que acompaña al sujeto durante toda su vida en la medida que compromete, para siempre, su "manera de ser". El llamado daño moral no compromete la libertad del sujeto pues, como se h anotado, es un daño sicosomático que afecta la esfera sentimental del sujeto en cuanto su expresión es el dolor, el sufrimiento, siendo un daño que no se proyecta al futuro, pues no está vigente durante toda la vida de la persona tendiendo a disiparse, generalmente, con el transcurso del tiempo".

De este modo la Corte Suprema, siguiendo la jurisprudencia sentada en otros casos, reconoce la existencia del "daño a la persona" como un daño genérico, amplio, distinguiéndolo de sus diversas modalidades como es el caso del específico "daño al proyecto de vida", que incide en la libertad fenoménica de la persona proyectándose al futuro, Así como del llamado daño "moral" que afecta la esfera psíquica sentimental, emocional del sujeto, que es temporal y que, generalmente, tiende a disiparse o a convertirse en otros sentimientos con el transcurso del tiempo.

Como se advierte, cabe destacar con satisfacción que se trata de un gran avance en materia de precisión de conceptos así como de otorgarle la debida importancia al daño al "sujeto de derecho", a la persona humana, desatendida en el pasado reciente dada que la máxima protección se otorgaba, indebidamente, a las consecuencias del daño a las cosas, al llamado daño patrimonial.

Es un acierto el que se reconozca por la Corte Suprema de la República que el genérico "daño a la persona" tiene diversas modalidades, las que se relacionan con la parte de la estructura existencial materia del daño. Así, si el daño es la libertad fenoménica se trata del "daño al proyecto de vida", mientras si se refiere a un agravio a los principios morales a los que adhiere determinado sujeto, las consecuencias del mismo son sentimentales, es decir, consecuencias psíquicas, de carácter emocional, no patológicas, que se suelen disipar o transformar en otros sentimientos con el transcurso del tiempo.

22. Laudos arbitrales: el caso "Baruch Ivcher con el Estado peruano"

Cabe destacar, como lo dio a conocer un diario de circulación nacional, lo resuelto en el Laudo Arbitral emitido en el año 2005 por el Tribunal constituido por los doctores Jorge Avendaño Valdez, Felipe Osterling Parodi y Jorge Santistevan de Noriega, en el caso "Baruch Ivcher con el Estado peruano".

El demandante, entre otras reparaciones, reclamó la suma de $ 615,786.17 por frustración de su "proyecto de vida" causado por haber sido despojado de la propiedad de la parte mayoritaria de acciones que le correspondían en el Canal de Televisión 2, "Frecuencia Latina", así como de su nacionalidad peruana adquirida por nacionalización.

El mencionado Tribunal Arbitral rechazó la solicitud del demandante, en cuanto a la reparación del daño a su "proyecto de vida", alegando que "la noción de frustración del proyecto de vida es incompatible con la circunstancia personal en que se encuentra hoy el señor Ivcher, ya que tiene restituido su derecho a la nacionalidad peruana y a la propiedad de las acciones de Frecuencia Latina y viene ejerciendo con normalidad sus actividades". Como se aprecia, los juristas componentes del Tribunal Arbitral aceptan la existencia del "daño al proyecto de vida" así como su noción y alcances jurídicos, lo que les permite sostener que en el caso invocado por el señor Ivcher no existe un "daño al proyecto de vida" por la razón antes expuesta.

23. Apostilla

Como se desprende de lo brevemente glosado en precedencia, podemos concluir que, en un tema tan trabajado y consolidado como es el de la responsabilidad civil, es una hazaña el que las mentes más lúcidas vayan comprendiendo la importancia del nuevo "daño a la persona", de su trascendencia y jerarquía, así como de sus diversas modalidades ya sea aquellas referidas al ámbito psicosomático o al de la libertad fenoménica como es el caso del "daño al proyecto de vida". Estamos seguros que un futuro no muy lejano, dentro de una concepción humanista del Derecho, el "daño a la persona" adquiera la primacía y el rango que le corresponde dentro del nuevo "Derecho de Daños". ¿Qué otro daño imaginable es más grave que un daño al ser humano, sobre todo aquel que atenta contra su libertad?

DEBERES CONTRACTUALES ACCESORIOS Y CONCURSO DE PRETENSIONES

MSc. Yuri López Casal
Juez del Tribunal de Juicio de Puntarenas.
Máster en Derecho Civil (LL. M.) de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemania)

Indice

Introducción
Primera parte: El contenido de la relación contractual
1. El contenido de la relación contractual
   1.1. Obligaciones principales
   1.2. Obligaciones accesorias
2. Los deberes contractuales accesorios en concreto
   2.1. Deberes contractuales accesorios que surgen del contrato
   2.2. Deberes contractuales accesorios que provienen de la ley
   2.3. Deberes contractuales accesorios que no están regulados expresamente en la ley
   2.3.1 Los deberes de colaboración
   2.3.2. Los deberes de información y de rendición de cuentas
3. Relevancia práctica de los deberes contractuales accesorios
4. Los deberes de consideración o de respeto
   4.1. Deberes de fidelidad o lealtad
   4.2. Deberes de información
   4.3. Deberes de protección
5. Relevancia práctica de los deberes de consideración o de respeto
6. Las cargas
7. Relevancia práctica de las cargas

Segunda parte: Los deberes contractuales accesorios y su relación con el concurso de pretensiones

Introducción
1. Nociones preliminares sobre la “Anspruchskonkurrenz”
2. Surgimiento del concurso de pretensiones
3. El concurso de pretensiones y la llamada regla de la separación
4. Aspectos procesales de la doctrina de la Anspruchskonkurrenz
5. Bibliografía

DEBERES CONTRACTUALES ACCESORIOS Y CONCURSO DE PRETENSIONES

MSc. Yuri López Casal
Juez del Tribunal de Juicio de Puntarenas.
Máster en Derecho Civil (LL. M.) de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemania)

Introducción

En los últimos decenios ha sido posible observar, en la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, un interesante auge del principio de la buena fe como criterio de aplicación obligatoria, interpretación e integración de la contratación privada. En sectores novedosos e incipientes como los contratos de consumo (a los cuales hace referencia, entre otros cuerpos normativos, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor No. 7472 de 20 de diciembre de 1994 publicada en La Gaceta No. 14 de 19 de enero de 1995) se encuentran incluso normas expresas que regulan derechos de los consumidores tales como el derecho a obtener información clara, completa y precisa de los productos y servicios que ofrecen los comerciantes y otros agentes económicos, así como normas que regulan los temas de las cláusulas abusivas y de las condiciones generales de la contratación. En todos estos aspectos subyace el principio general, que incumbe a ambas partes del contrato, de cumplir las prestaciones pactadas de acuerdo con la buena fe.

Este trabajo consta de dos partes: En la primera parte se tratará el tema de los deberes contractuales accesorios (denominados en Alemania “Nebenleistungspflichten”) mediante los cuales la ley y la jurisprudencia imponen a las partes del contrato distintos comportamientos, adicionales a las obligaciones principales pactadas (Hauptleistungspflichten), en virtud de los cuales los contratantes deben colaborar entre sí, informarse, velar por evitar daños lesivos a sus esferas jurídicas patrimoniales, en fin, actuar con buena fe para que la composición de intereses diversos de los cuales el contrato es expresión (EMILIO BETTI) alcance su finalidad. Luego, sobre la base de los deberes accesorios contractuales, en la segunda parte se pretende demostrar la posibilidad legal de que la parte perjudicada con la transgresión de tal tipo de obligaciones contractuales pueda, de manera simultánea y conjunta, exigir responsabilidad civil contractual y extracontractual a su contraparte negocial. Esta posibilidad se denomina concurso de pretensiones o concurrencia de pretensiones (en alemán, “Anpruchskonkurrenz”), la cual refleja la importancia práctica (sobre a todo a nivel procesal) que plantea el tema del incumplimiento de los deberes contractuales accesorios.

PRIMERA PARTE: EL CONTENIDO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL

1. El contenido de la relación contractual

El contrato, que es una de las fuentes de las obligaciones (Artículo 632 del Código Civil), crea una reglamentación específica de derechos y deberes para las partes que lo celebran.

De acuerdo con la doctrina civil alemana, el contrato válido y eficaz crea distintos tipos de obligaciones para los contratantes, las cuales se pueden clasificar de la siguiente manera:

1.1. Obligaciones principales (Hauptleistungspflichten): Son aquéllas obligaciones esenciales y características del específico contrato celebrado por las partes. Definen el tipo de contrato convenido y con base en ellas se determinan y detallan otros aspectos básicos de la contratación, tales como el tiempo y lugar de cumplimiento, la forma de pago y otras cláusulas y pactos complementarios.

Ejemplo: En el contrato de compraventa, las obligaciones principales serían el pago del precio (obligación principal a cargo del comprador) y la entrega de la cosa (obligación principal a cargo del vendedor).

1.2. Obligaciones accesorias (Nebenleistungspflichten): Éstas son, propiamente, lo que en la introducción denominamos como "deberes contractuales accesorios". Sin perjuicio de lo que se expondrá a continuación, los deberes contractuales accesorios pueden definirse como aquél tipo de obligaciones contractuales que sirven para preparar, ejecutar y asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales principales[1].

2. Los deberes contractuales accesorios en concreto

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, los deberes contractuales accesorios son obligaciones adicionales a las principales que ayudan a preparar, facilitar, ejecutar y asegurar el cumplimiento efectivo de éstas últimas.

De acuerdo con la doctrina civil alemana, las fuentes de los deberes contractuales accesorios son las siguientes:

El acuerdo de las partes;
Las disposiciones legales y;
El principio de la buena fe, contemplado en el parágrafo 242 del Código Civil alemán[2] (BGB= Bürgerliches Gesetzbuch)

2.1. Deberes contractuales accesorios que surgen del contrato celebrado entre las partes: Las partes del contrato son libres para

---

1 En Costa Rica, el jurista que por primera vez trató este tema fue el Dr. Víctor Pérez Vargas. Al respecto puede consultarse su valioso e interesante ensayo denominado "El comportamiento de las partes (acreedor y deudor) durante la fase de actuación de la relación obligatoria", publicado en la Revista Judicial No. 3, marzo de 1977. Posteriormente, el Dr. Diego Baudrit Carrillo también desarrolló el tema en su libro "Teoría General del Contrato". Puede consultarse también López Casal, Yuri. Manual sobre la cesión del contrato en el Derecho Civil", 2000, página 32 y siguientes. Un claro y concreto tratamiento de este tema en el Derecho Civil alemán lo suministra Wörlen, Rainer, Schuldrecht AT., 7. Auflage, 2005, Seite 49, Rdnr. 65 ff.

2 El parágrafo 242 del Código Civil alemán dice lo siguiente: "Prestación según buena fe. El deudor está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico"

acordar la existencia de deberes contractuales accesorios. En aquellos casos en que el contenido del contrato no es claro o es incompleto, entonces el contenido y alcances de los deberes contractuales secundarios se tendrá que determinar mediante la interpretación contractual.

Ejemplo: X le arrienda a Y un cuarto en una pensión propiedad de éste último durante un lapso de quince días con desayuno incluído. No obstante, surgen desavenencias respecto a si X debe o no tender la cama de su cuarto todos los días y con qué frecuencia debe hacerse el aseo del cuarto.

En un caso como el anterior, la extensión de los deberes contractuales accesorios de Y con respecto a tender camas y a efectuar el aseo del cuarto, deben determinarse con la interpretación contractual y también debe tomarse en consideración las costumbres del tráfico, la buena fe[3] y la circunstancia de que X arrendó un cuarto de una pensión.

2.2. Deberes contractuales accesorios que provienen de la ley: En el Derecho Civil alemán, algunos ejemplos son:

2.2.1. En el contrato de cesión de créditos, el parágrafo 402 del Código Civil alemán establece que el cedente está obligado, frente al cesionario, a comunicarle la información necesaria para el ejercicio del crédito así como a entregarle los documentos que sirven para la prueba del crédito, en la medida en que se encuentren en su poder.

2.2.2. En el contrato de mandato, el parágrafo 666 del Código Civil alemán establece que el mandatario está obligado a dar al mandante las noticias necesarias, a dar información sobre el estado del negocio si le es solicitado y a rendir cuentas tras la terminación del mandato.

2.3. Deberes contractuales accesorios que no están regulados expresamente en la ley: A pesar de que no haya regulación legal expresa, el deudor puede estar obligado a cumplir deberes contractuales accesorios para que el acreedor reciba el objeto de la prestación o bien lo pueda utilizar adecuadamente. El fundamento legal de tales deberes accesorios puede extraerse de diferentes normas generales:

a) Antes de la reforma del Derecho de Obligaciones alemán (Schuldrechtsreform que

---

3 En el ámbito contractual y obligacional, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia No. 335-F de las 11:30 hrs. del 20 de mayo de 2005 delineó los conceptos de “buena” y de “mala fe” de la siguiente manera: “Si bien el uso ordinario de los términos “buena fe” y “mala fe” ha estado relacionado con la buena o mala intención con que actúan las personas, sea con el propósito o deseo de causar daño, en ocasiones, aparejado incluso al interés de lograr un beneficio personal, y es en ese entendido que los codemandados podrían sentirse desacreditados o moralmente lesionados, es lo cierto que desde una óptica jurídica, su alcance puede llegar a tener otros matices, como es el caso aquí ventilado. La calificación “mala fe” no se aplica de manera exclusiva a la intención de causar daño, sino que, además de lo anterior, el término también involucra el conocimiento que se tenga de un determinado elemento o situación que pueda tornar imposible o de difícil ejecución el negocio jurídico proyectado, o bien, de alguna manera lo afecte y, aún así, lo realicen asumiendo el riesgo al confiar que nada ocurrirá, que hay una alta probabilidad de que se genere el problema, pero que pueda llegarse luego a un arreglo conveniente, o inclusive, que se haga para obtener un beneficio propio. A partir de lo anterior, cesa la buena fe, pues para mantenerla se requería del convencimiento pleno, la convicción, o por lo menos una firme creencia, carente de toda duda, de la inexistencia de un vicio u obstáculo real para su formalización”.

entró en vigencia a partir del primero de enero de dos mil dos), el fundamento legal de este tipo de deberes contractuales accesorios se encontraba en el parágrafo 242 del Código Civil alemán. Incluso hoy en día dicha norma jurídica constituye, parcialmente, base normativa de tal tipo de deberes contractuales accesorios y;

b) El párrafo primero del parágrafo 241 del Código Civil alemán, el cual dispone: "Deberes de la relación obligatoria: (1) En virtud de la relación obligatoria el acreedor está legitimado para reclamar una prestación del deudor. La prestación puede consistir también en una omisión".

En el Derecho de Obligaciones alemán se distinguen tres tipos de deberes contractuales accesorios que no están regulados expresamente en la ley y que son los siguientes:

2.3.1. Los deberes de colaboración (Mitwirkungspflichten): Consisten en comportamientos en virtud de los cuales las partes contractuales deben ayudarse recíprocamente para que la celebración y ejecución del contrato sean exitosas y también implican que los contratantes deben eliminar cualquier obstáculo que dificulte o impida el cumplimiento de las obligaciones contractuales principales.

Ejemplo: A y B celebran una promesa recíproca de compraventa en virtud de la cual B se compromete a comprarle a A un inmueble, para lo cual B llevará a cabo, simultáneamente, las gestiones necesarias para obtener un préstamo bancario con el fin obtener el dinero necesario para comprarle a A su inmueble. Con el fin de que peritos del Banco puedan realizar el avalúo correspondiente, A debe cumplir con su deber de colaboración frente a B consistente en permitir que los peritos ingresen al inmueble a fin de poder valorarlo. Del mismo modo, A debe cumplir con su deber de colaboración con respecto a B de suministrarle datos y documentos atinentes al inmueble objeto del precontrato, para que, de esa manera, B pueda dárselos al Banco y éste continúe con el proceso de aprobación y concesión del préstamo bancario solicitado por B para poder comprarle el inmueble a A.

2.3.2. Los deberes de información (Auskunftspflichten) y los deberes de rendición de cuentas (Rechenschaftspflichten): Cada una de las partes del contrato están obligadas a brindarse recíprocamente información sobre todos aquéllos aspectos relacionados con el perfeccionamiento y ejecución del contrato[4].

El deber de brindar información a la contraparte contractual surge de la valoración conjunta de dos situaciones[5]: a) La necesidad que tenga el otro contratante de conocer la información y;

---

4 Una importante sentencia sobre el deber de información como manifestación del principio de la buena fe se encuentra en el Voto salvado del señor Magistrado Don Luis Guillermo Rivas Loáiciga en la sentencia No. 794-F de las 15:30 hrs. del 31 de octubre de 2005 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

5 BGHZ 95, 285, 287.

b) La exigibilidad o razonabilidad del deber de información del otro contratante.

Por su parte, el deber de rendición de cuentas generalmente se encuentra presente en todos aquellos contratos y relaciones jurídico-obligatorias en los cuales un sujeto debe velar o cuidar intereses o asuntos ajenos (por ejemplo, el contrato de mandato).

3. *Relevancia práctica de los deberes contractuales accesorios*

En el Derecho de Obligaciones alemán los deberes contractuales accesorios tienen una importancia práctica fundamental que consiste en lo siguiente: La parte contractual que fuese perjudicada por el incumplimiento o inobservancia de uno de estos deberes deviene titular de una pretensión de ejecución forzosa frente a su contraparte (Erfüllungsanspruch), con la cual puede exigirle a ésta última, en vía judicial, que cumpla con el deber contractual accesorio incumplido.

Lo anterior implica entonces que en Alemania es jurídicamente posible demandar la ejecución forzosa de los deberes contractuales accesorios con total independencia de las obligaciones contractuales principales. De este modo, si bien es cierto los deberes contractuales accesorios están estrechamente vinculados con las obligaciones principales, también lo es que no están inexorablemente subordinados a éstas últimas.

4. *Los deberes de consideración o respeto contemplados en el parágrafo 241 párrafo segundo del Código Civil alemán*

Además de los deberes contractuales accesorios explicados anteriormente, la doctrina civil alemana ha desarrollado la existencia de otros deberes de conducta (weitere Verhaltenspflichten) que son diferentes de los deberes contractuales accesorios strictu sensu. Estos otros deberes de conducta tienen su fundamento en el parágrafo 241 párrafo segundo del Código Civil alemán[6] y se les denomina de diferentes formas tales como “deberes de protección” (Schutzpflichten) o “deberes de consideración o respeto” (Rücksichtnahmepflichten). En el presente trabajo, para distinguirlos de los deberes contractuales accesorios, optaremos por la denominación de “deberes de consideración o respeto”.

En general, puede afirmarse que la finalidad de los deberes de consideración o respeto es evitar la producción de daños y desventajas patrimoniales a las partes del contrato. La doctrina civil alemana distingue tres tipos básicos de deberes de consideración o respeto que son los siguientes:

4.1. Deberes de fidelidad o lealtad (Leistungstreuepflichten): Los deberes de fidelidad o lealtad consisten en que las partes del contrato deben evitar todo aquello que pudiera poner en peligro o perjudicar los fines que se pretenden alcanzar con el contrato o

---

6 El parágrafo 241 párrafo segundo del Código Civil alemán dice lo siguiente: “Deberes de la relación obligatoria. (2) La relación obligatoria, de acuerdo con su contenido, puede obligar a cada parte a respetar los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte”.

los resultados mismos de las obligaciones principales. Por otra parte, es inherente a los deberes de fidelidad o lealtad el que las partes realicen todo lo razonable para posibilitar o asegurar los resultados que se pretenden alcanzar con el contrato.

Al igual que sucede con los deberes contractuales accesorios, los deberes de fidelidad o lealtad surgen desde las tratativas preliminares y se extienden incluso hasta la fase de extinción de la relación contractual.

Ejemplo: En el contrato de cesión de créditos, en caso de que el cedente y cesionario ya hubiesen celebrado dicho contrato y el deudor cedido aún no hubiera sido notificado de la cesión y le paga al cedente, éste último, en cumplimiento de su deber de lealtad y fidelidad, debe entregarle dicho pago al cesionario (doctrina del artículo 1106 del Código Civil costarricense).

4.2. Deberes de información (Aufklärungspflichten): Este tipo de deberes de consideración o respeto persiguen informar a la contraparte contractual sobre peligros y riesgos que surjan o pudieran surgir durante la ejecución del contrato.

De acuerdo con la doctrina alemana, el deber de información presupone, por una parte, que la contraparte del contrato necesite o requiera la información (Aufklärungsbedürftigkeit) y, por otro lado, presupone la posibilidad real y razonable de exigírsela al otro contratante[7].

Ejemplo: El vendedor de un carro usado debe informarle al comprador que el vehículo resultó dañado a causa de una colisión de tránsito, a no ser que el automotor solamente hubiese sufrido un daño insignificante como consecuencia de dicho accidente de tránsito[8].

4.3. Deberes de protección (Schutzpflichten): De toda relación contractual emanan, para ambas partes, deberes generales de protección y cuidado con respecto a la persona y al patrimonio de cada parte contractual. Desde las tratativas preliminares y, en general, en todas las fases o etapas del contrato, las partes deben comportarse de tal manera que no lesionen ni dañen a la otra en su esfera jurídica. En resumen, las partes del contrato deben cumplir con un deber genérico de no causar daño a la otra (Nichtschädigungspflicht).

Ejemplo: El organizador de un evento deportivo (por ejemplo, motocross bajo techo) debe proteger, tanto a los corredores de motocicletas como a los espectadores del evento, de cualquier situación que pudiera causarles daños físicos y materiales relacionados, entre otras cosas, con el estado de las instalaciones, las barreras protectoras y las condiciones del terreno sobre el cual correrán los motociclistas.

---

7 Alpmann, Josef A. Schuldrecht AT. Band 1, 2003, página 51.

8 Palandt/Heinrichs § 123 Rdnr. 5 und 7 citado por Alpmann, Josef A. Schuldrecht AT. Band 1, 2003, página 51.

5. Relevancia práctica de los deberes de consideración o de respeto

Contrario a lo que ocurre con los deberes contractuales accesorios, la parte contractual que resultara perjudicada por el incumplimiento o inobservancia de los deberes de consideración o de respeto no puede, en el Derecho Civil alemán, exigir judicialmente su cumplimiento forzoso (kein einklagbarer Anspruch auf Erfüllung). Esto se debe a que, en realidad, los deberes de consideración o respeto son deberes generales cuyo fin (igualmente genérico) se dirige a evitar la producción de daños a la contraparte contractual.

Con base en esto, es que lo que sí puede generar el incumplimiento de los deberes de consideración o de respeto es el resarcimiento de los daños y perjuicios, de conformidad con el parágrafo 280 párrafo primero o con el parágrafo 280 párrafos primero y tercero[9] o con el parágrafo 282[10] o bien, en los contratos bilaterales, ejercer el derecho de resolución contractual que establece el parágrafo 324[11], todos del Código civil alemán.

6. Las cargas

Junto con las obligaciones principales, los deberes contractuales accesorios y los deberes de consideración o de respeto, en la relación obligatoria (en general) y en la contractual (en específico) también existen otros comportamientos denominados cargas (Obliegenheiten).

Las cargas pueden definirse como aquellos comportamientos que únicamente van en beneficio de su titular, si éste decide ejercitarlas. En otras palabras, la carga es un comportamiento que favorece al sujeto que la hace valer y únicamente redunda en su propio beneficio. No se trata, pues, de una obligación ni de un deber, sino, más bien, de una conducta que, en caso de que su titular la realice, le posibilita ser beneficiario de situaciones jurídicas favorables a sus intereses. La carga, entonces, se encuentra entre la obligación o el deber y el derecho subjetivo o facultad.

Por consiguiente, si el titular de la carga no decide ejercitarla, ello solamente se traducirá en una limitación o eliminación de las situaciones

---

9 El parágrafo 280 del Código Civil alemán establece lo siguiente: “Resarcimiento del daño por violación de un deber. (1) Si el deudor viola un deber de la relación obligatoria, el acreedor puede exigir resarcimiento del daño que de ello resulta. Esto no rige si el deudor no debe responder de la violación de un deber. (2) El acreedor sólo puede exigir resarcimiento del daño por mora según los requisitos adicionales del § 286. (3) El acreedor sólo puede exigir resarcimiento del daño en lugar de la prestación según los requisitos adicionales del § 281, del § 282 o del § 283”.

10 El parágrafo 282 del Código Civil alemán prescribe: “Resarcimiento del daño en lugar de la prestación por violación de un deber según el § 241 párrafo segundo. Si el deudor viola un deber según el § 241 párrafo segundo, el acreedor puede exigir resarcimiento del daño en lugar de la prestación, de acuerdo con los requisitos del § 280 párrafo primero, si ya no se le puede exigir la prestación por el deudor”.

11 El parágrafo 324 del Código Civil alemán dice lo siguiente: “Si el deudor en un contrato bilateral viola otro deber según el parágrafo 241 apartado segundo, el acreedor puede resolver si ya no le es exigible el mantenimiento del contrato”.

jurídicas beneficiosas que el titular de la carga sí hubiese recibido si, voluntariamente, hubiera optado por ejercerla.

Ejemplo: En el contrato de seguro voluntario de vehículo, el propietario del vehículo asegurado que hubiera resultado damnificado con una colisión de tránsito, tiene la carga de reportar el accidente al inspector del Instituto Nacional de Seguros y a la Policía de Tránsito, con el fin de que el seguro contra colisiones lo cubra y pueda recibir, por parte del ente asegurador, el dinero necesario para reparar los daños causados a su automotor[12].

7. Relevancia práctica de las cargas

Como se ha expuesto, es posible (no indispensable) que las partes de una relación contractual sean titulares de cargas. Como éstas últimas solamente se traducen en beneficios para el titular que decide ejercerlas, pues es indiscutible que la parte contractual que tiene a su disposición determinada carga no tiene derecho a exigir judicialmente, frente a la contraparte contractual o frente a un tercero, el reconocimiento ni el cumplimiento de la carga (ya que ésta no es ningún deber u obligación que deba cumplir el otro sujeto de la relación obligatoria o contractual) ni tampoco tiene derecho a reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios.

SEGUNDA PARTE: LOS DEBERES CONTRACTUALES ACCESORIOS Y SU RELACIÓN CON EL CONCURSO DE PRETENSIONES

Introducción

En la primera parte de este trabajo se definieron y analizaron los deberes contractuales accesorios y sus diferencias y relaciones con otros importantes elementos que integran el contenido de la relación contractual, tales como las obligaciones principales, los deberes de consideración o de respeto y las cargas.

Ahora bien, otra importante consecuencia práctica que conlleva el análisis de los deberes contractuales accesorios y también de los deberes de respeto y consideración es el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueden generarse como consecuencia de su incumplimiento o inobservancia. En este contexto emerge la pregunta sobre qué tipo o tipos de responsabilidad civil pueden invocarse para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la transgresión culposa o dolosa de los deberes contractuales accesorios y de los deberes de respeto o consideración. ¿Podrá el contratante damnificado pretender el resarcimiento de los daños y perjuicios únicamente con base en el régimen de la responsabilidad civil contractual?

---

12 Sobre el tema de la buena fe y las cargas en el contrato de seguro puede consultarse la sentencia No. 756-F de las 9:35 hrs. del 9 de octubre de 2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

¿Podría la parte contractual perjudicada exigirle, también, al agente causante de los daños y perjuicios, responsabilidad civil extracontractual como una opción resarcitoria adicional y simultánea a la responsabilidad civil contractual?

Las anteriores interrogantes son las que ha analizado y tratado la doctrina civil alemana bajo la figura de la "Anpruchskonkurrenz" (que en castellano equivaldría a los sustantivos "concurso de pretensiones" o "concurrencia de pretensiones"). Como se verá luego, el concurso de pretensiones es una institución propia y característica del Derecho Civil alemán, la cual, por razones ignotas, ha sido poco tratada y también desdeñada por el Derecho francés (y, par ricochet, por los demás sistemas jurídicos europeos y latinoamericanos que fueron influenciados por el Code Napoleón), ordenamiento jurídico éste último en el cual, en oposición al alemán, se optó por seguir la doctrina del "non cumul"[13], de acuerdo con la cual los regímenes jurídicos de la responsabilidad civil contractual y extracontractual son completamente excluyentes entre sí y el damnificado no puede (como sí lo puede hacer con la figura del concurso de pretensiones del Derecho Civil alemán) invocar y ejercitar, de manera conjunta y simultánea, ambos tipos de regímenes de la responsabilidad civil en casos como cuando la parte contractual transgrede deberes contractuales accesorios o deberes de consideración o de respeto. En esta segunda parte se demostrará porqué sí es jurídicamente posible aplicar, en el Derecho Civil costarricense, la doctrina de la "Anspruchskonkurrenz" en aquellos supuestos fácticos en los cuales se configura el incumplimiento o inobservancia de deberes contractuales accesorios o deberes de consideración o de respeto.

1. Nociones preliminares sobre la "Anspruchskonkurrenz"

Con el fin de comprender plenamente la doctrina de la "Anspruchskonkurrenz", es necesario definir ciertos conceptos teóricos que son los que conforman el núcleo de esa institución jurídica alemana.

En primer lugar, debe partirse del concepto de "pretensión" ("Anspruch") regente en el Derecho Civil alemán. De acuerdo con el autor Dieter Medicus[14], el vocablo "pretensión" tiene dos significados muy claros en el Derecho Privado alemán (sog. "doppelte Bedeutung von Anspruch"):

a) Desde la perspectiva del Derecho Procesal, "pretensión" significa el específico comportamiento o prestación que el actor le solicita al Juez que se le conceda frente al demandado y por parte de éste último. Esta acepción del concepto "pretensión" es la que se encuentra en el parágrafo 253 párrafo segundo del Código Procesal Civil alemán (ZPO= Zivilprozessordnung), norma que establece que uno de los requisitos de la demanda es la formulación de la pretensión y;

---

13 De acuerdo con Luis Díez-Picazo, ésta teoría se impuso en la jurisprudencia francesa gracias a los planteamientos de Zacharie, Aubry y Rau. Ver Díez-Picazo, Luis. Derecho de Daños, 2000, página 248.

14 Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 8. neu bearbeitete Auflage, 2002, Seite 35, Rdnr. 73.

b) En el marco del Derecho sustantivo o material, el parágrafo 194 párrafo primero del Código Civil alemán define la pretensión como el derecho subjetivo en virtud del cual una persona puede exigir de otra una prestación consistente en hacer o no hacer algo. Esta segunda acepción del concepto "pretensión" es la que doctrinariamente se denomina como concepto jurídico-material de pretensión ("materiellrechtlicher Anspruchsbegriff")[15].

En segundo lugar, es indispensable hacer la distinción entre "pretensión" (Anspruch) y "fundamento de la pretensión" (Anspruchsgrundlage)[16].

El fundamento de la pretensión es la base negocial o legal en virtud de la cual el titular de la pretensión puede ejercitarla.

Ejemplo: El artículo 631 del Código Civil alemán define el contrato de obra de la siguiente manera: "Deberes contractuales típicos en el contrato de obra. (1) Por el contrato de obra el contratista se obliga a la producción de la obra prometida y el comitente se obliga al pago de la remuneración pactada. (2) Pueden ser objeto del contrato de obra tanto la producción o modificación de una cosa como otro resultado a obtener mediante el trabajo o una prestación de servicios". Con base en esta norma, se tiene que el fundamento de la pretensión de pago de la obra que le asiste al contratista no es, simplemente, el mencionado parágrafo 631 del Código Civil alemán, sino que es el contrato de obra celebrado entre el contratista y el comitente. Es entonces con base en ese negocio jurídico (fundamento de la pretensión) que el contratista puede exigirle al comitente el pago (pretensión) de la obra realizada[17].

Por otra parte, el fundamento de la pretensión también puede ser de origen legal (gesetzliche Anspruchsgrundlage) y un ejemplo de ello es el parágrafo 985 del Código Civil alemán, el cual contempla la pretensión de devolución de la cosa que tiene el propietario frente al poseedor.

Los fundamentos de la pretensión de tipo u origen legal se denominan también "Anspruchsnormen" y éstos sí hacen referencia a normativa legal pura y expresa que le confiere a un sujeto el derecho de ejercer una pretensión frente a otro.

2. Surgimiento del concurso de pretensiones (Anspruchskonkurrenz)

Como se anticipó en la introducción de la segunda parte de este trabajo, la interrogante a la cual busca darle tratamiento y solución la teoría o doctrina del concurso de pretensiones consiste en determinar cuáles y cuántas pretensiones resarcitorias se pueden ejercitar a causa un mismo hecho dañino, el cual llena los requisitos legales de varias normas (contractuales y legales) que contemplan la posibilidad de exigir la indemnización de daños irrogados a la esfera jurídica del damnificado.

---

15 Medicus, Dieter, op. cit., Seite 36, Rdnr. 74.

16 Al respecto ver Bork, Reinhard. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Auflage, 2006, Seite 120, Rdnr. 292.

17 De acuerdo con Bork, este ejemplo del contrato de obra es una ilustración del fundamento de la pretensión de tipo negocial (rechtsgeschäftliche Ansprunchsgrundlage). Ver Bork, Reinhard, op. cit., Seite 120, Rdnr. 292.

Ejemplo: F contrató al pintor P para que le pinte la casa por dentro. Durante la ejecución de sus labores de pintura, P accidentalmente bota un jarrón propiedad de F, jarrón que queda completamente destruido. F le manifiesta a P que el costo del jarrón es de cincuenta mil colones. Pregunta: ¿Puede F cobrarle a P la suma de cincuenta mil colones por el jarrón destruido?

En el caso del ejemplo, es posible percatarse que durante la ejecución del contrato de obra, el pintor, de manera negligente, causa un daño al patrimonio de F, daño que consiste en la destrucción de un jarrón. Tal hecho dañino no solamente le genera al pintor P el deber de indemnizar el daño causado por incumplimiento de sus deberes de protección (los cuales, como ya se vio supra, forman parte de los denominados deberes de consideración o de respeto, según el parágrafo 241 párrafo segundo del Código Civil alemán), sino que también es posible sostener que la destrucción del jarrón por parte del pintor P también se subsume dentro de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva directa que se extrae del artículo 1045 del Código Civil costarricense.

Así las cosas, por un mismo hecho daniño, el damnificado tendría a su disposición, de manera conjunta y simultánea, dos o más fundamentos negociales y legales, con base en los cuales podría exigir el resarcimiento del daño inflingido a su esfera jurídico-económica[18].

Éste es, pues, el sustrato fáctico al que le pretende dar solución la doctrina del concurso de pretensiones. Como lo indica Dieter Medicus, “en tales casos como cuando se da, por ejemplo, por parte del arrendatario, el daño culposo de la cosa arrendada, en los cuales el arrendante tiene una pretensión contractual de resarcimiento del daño por violación contractual (Vertragsverletzung) como también una pretensión de responsabilidad civil extracontractual (por lesión al derecho de propiedad, Eigentumsverletzung (§ 823 párrafo primero del Código Civil alemán)), la doctrina mayoritaria considera que se dan dos pretensiones materiales (zwei materiellrechtliche Ansprüche), a pesar de que el deudor solamente puede obtener una sola vez el resarcimiento del daño. En tales casos se habla de ´Anspruchskonkurrenz´”[19].

En este punto es necesario traer a colación la distinción que hace la doctrina civil alemana entre la “Anspruchskonkurrenz” y la “Anspruchsnormenkonkurrenz”[20].

De acuerdo con el autor Günter Christian Schwarz, la distinción entre ambos institutos yace en lo siguiente: En la denominada “Anspruchsnormenkonkurrenz” el damnificado tiene una sola pretensión resarcitoria, la cual se basa en una pluralidad de fundamentos jurídicos. Por el contrario, en la “Anspruchskonkurrenz” el damnificado tiene varias y diferentes pretensiones resarcitorias,

---

18 De acuerdo con el autor alemán Rolf Belke, “el concurso de pretensiones se da cuando el mismo caso o situación fáctica llena los supuestos de hecho de varias normas que tienen iguales o diferentes consecuencias jurídicas”. Al respecto ver Belke, Rolf. Prüfungstraining Zivilrecht. Band 1: Fallbearbeitung und Anspruchsmethode, 2. Auflage, 1995, Seite 257.

19 Medicus, Dieter, Schuldrecht I. Allgemeiner Teil, 16. Auflage, 2005, Seite 135, Rdnr. 356 ff.

20 En Costa Rica, el jurista Juan Marcos Rivero Sánchez, con base en sus estudios doctorales en Alemania, fue el pionero de la distinción entre ambos institutos. Al respecto ver Rivero Sánchez, Juan Marcos, Responsabilidad civil. Tomo II., 2. ed., 2001, páginas 256 y siguientes.

de las cuales una se fundamenta en el contrato y otra en la ley[21].

Con base en la distinción anterior, a la luz de la teoría de la Anspruchskonkurrenz (la cual, como ya se indicó, difiere de la teoría de la Anspruchsnormenkonkurrenz), el caso del contrato de obra en el cual el pintor destruye un jarrón que estaba en la casa de la persona que lo contrató para pintar, se analizaría y resolvería de la siguiente manera[22]:

I. Primera hipótesis de trabajo: F podría cobrarle a P la suma de cincuenta mil colones con base en el artículo 1023 inciso 1 del Código Civil.

Requisito para ello es que F y P hubiesen celebrado un contrato.

Contrato de obra (+), pues F y P acordaron que P le pintara la casa a F y que por tal labor F le pagaría determinada suma de dinero.

La responsabilidad contractual no sólo surge del incumplimiento de las prestaciones principales pactadas, sino también de la lesión de otras obligaciones accesorias, derivadas del principio de buena fe, dentro de las cuales están obligaciones tales como las de protección, ejecución de buena fe, información, colaboración, etc… P transgredió su obligación contractual accesoria de no causarle daño al patrimonio de F, por lo que lesión de obligación contractual accesoria (+)

Culpa de P (+) porque de manera negligente y descuidada botó y destruyó el jarrón propiedad de F

Daño resarcible (+), pues F sufrió la destrucción de su jarrón que costaba cincuenta mil colones.

II. Resultado: F puede cobrarle a P la suma de cincuenta mil colones con base en el artículo 1023 inciso 1 del Código Civil.

III. Segunda hipótesis de trabajo: F también podría cobrarle a P la suma de cincuenta mil colones con base en el artículo 1045 del Código Civil.

Para ello resulta indispensable que se configuren los requisitos de la responsabilidad civil extracontracual.

1. Lesión de un bien jurídico (+), pues F sufrió la destrucción de su jarrón, por lo que el bien jurídico que se le lesionó fue la propiedad.

2. Acción de P (+), pues P botó el jarrón de F.

3. Relación de causalidad entre el actuar dañino y la lesión del bien jurídico (+), pues debido a que P botó el jarrón fue que se produjo la lesión al derecho de propiedad de F.

4. Antijuricidad (+), pues no hubo ninguna causa de justificación que amparara la conducta negligente de P

---

21 Schwarz, Günter Christian. Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2003, Seite 2, Rdnr. 5. Al referirse a „ley“, se hace referencia al parágrafo 823 párrafo primero del Código Civil alemán, norma que es bastante semejante al artículo 1045 del Código Civil costarricense.

22 Respecto al método de resolución de casos que se expone en este trabajo para darle respuesta al caso del pintor ver López Casal, Yuri. Técnica para la resolución de casos de Derecho Privado, 2008, página 91 y siguientes.

5. Culpa (+), pues P no observó su deber de cuidado de no causar daño a los demás y destruyó el jarrón de F

6. Daño (+), pues a raíz de la destrucción del jarrón, F sufrió la pérdida de un bien valorado en cincuenta mil colones.

7. Relación de causalidad entre el bien jurídico lesionado y el daño causado (+), pues el costo del jarrón se deriva de la lesión del derecho de propiedad de F.

IV. Resultado: F también puede cobrarle a P la suma de cincuenta mil colones con base en el artículo 1045 del Código Civil.

Dictamen

I. F podría cobrarle a P la suma de cincuenta mil colones con base en el artículo 1023 inciso 1 del Código Civil.

Requisito para ello es que F y P hubiesen celebrado un contrato.

En el presente caso, F y P celebraron un contrato de obra, en virtud del cual F asumió la obligación de pintar la casa de F y éste, a su vez, se comprometió a pagarle a P determinada suma de dinero por la ejecución de la obra. Así las cosas, la celebración del contrato se dio en el presente caso.

Por otro lado, para que F le pudiera cobrar a P la suma de cincuenta mil colones en el marco de la relación contractual que se dio entre ellos, es necesario que P hubiese incumplido alguna obligación contractual principal o bien algún deber contractual secundario.

Las obligaciones contractuales principales hacen referencia a las prestaciones esenciales que caracterizan a determinado tipo contractual. Así, por ejemplo, en la compraventa, las obligaciones contractuales principales serían el pago del precio (obligación contractual principal del comprador) y la entrega de la cosa vendida (obligación contractual principal del vendedor). En el contrato de obra, las obligaciones contractuales principales serían la ejecución de la obra y el pago del precio. En el caso en cuestión, no existe información de la cual se concluya que P hubiese transgredido su obligación contractual principal consistente en pintar la casa de F, por lo que no se configura la responsabilidad contractual por incumplimiento de la obligación contractual principal asumida por P.

Empero la responsabilidad civil contractual también puede emerger de la violación de los llamados “deberes accesorios de conducta”, que consisten en comportamientos orientados a hacer efectivos los principios generales de la contratación privada, tales como la buena fe, la equidad y el ejercicio legítimo y razonable de los derechos. Existen varios tipos de deberes de conducta: a) deberes de protección; b) deberes de colaboración; c) deberes de información; d) deberes orientados a la consecución de la finalidad común contractual. En el caso de referencia, P, durante la ejecución de la obra para la cual lo contrató F, causó la destrucción de un jarrón propiedad de éste, de modo que transgredió los deberes de protección, que, como deber accesorio de conducta, le impone el vínculo contractual que lo ligó con F. Por consiguiente, P es responsable por la transgresión del deber de protección de la esfera jurídica de F.

El otro requisito para que se dé la responsabilidad contractual por inobservancia de los deberes de conducta es que una de las partes haya actuado dolosa o culposamente. Del caso se concluye que P, en forma accidental, botó el

jarrón propiedad de F, es decir, no observó el cuidado debido a la hora de actuar, por lo que se puede afirmar que P actuó culposamente

Finalmente, para que surja el deber de resarcimiento que dimana de la responsabilidad civil contractual, debe haberse causado un daño imputable al agente que lo produjo. Del texto del caso es posible afirmar que el daño sufrido por F se configuró, pues a raíz de la destrucción del jarrón por el descuido y negligencia de P, F sufrió la pérdida de un bien valorado en cincuenta mil colones, suma que tendría que pagarle P con el fin de que F tuviese el mismo estado patrimonial que tenía antes de la causación del daño.

Los requisitos de la responsabilidad civil contractual por transgresión de los "deberes accesorios de conducta" que informan a todo tipo de vínculo contractual se dan en el caso en cuestión (+), por lo cual F puede cobrarle a P la suma de cincuenta mil colones con base en el artículo 1023 inciso 1 del Código Civil (+).

II. Resultado: F puede cobrarle a P la suma de cincuenta mil colones con base en el artículo 1023 inciso 1 del Código Civil.

III. F también podría cobrarle a P la suma de cincuenta mil colones con base en el artículo 1045 del Código Civil.

Para ello resulta indispensable que se configuren los requisitos de la responsabilidad civil extracontracual.

1. En primer lugar, debe haberse dado la lesión de un bien jurídico. Ejemplos de bienes jurídicos son la vida, la salud, la libertad, la integridad física, la propiedad, etc.. En el caso en cuestión, F sufrió la destrucción de su jarrón, por lo que sí se le lesionó el bien jurídico consistente en su derecho de propiedad, de modo que, por esta razón, se concluye que este requisito está presente.

2. En segundo lugar, debe haberse dado un comportamiento, activo u omisivo que lesionara un bien jurídico de otra persona. P botó el jarrón de F, con lo cual desplegó un comportamiento activo causante de la destrucción del jarrón, de modo que, por estas razones, este segundo requisito está presente.

3. En tercer lugar, para que nazca el derecho al resarcimiento según los fundamentos de la responsabilidad civil extracontractual, es necesario que haya una relación de causalidad entre el actuar dañino y la lesión del bien jurídico. Este nexo causal está presente también, según el caso de referencia, pues la acción de botar, efectuada por P, fue el hecho que produjo la destrucción del jarrón de F.

4. En cuarto lugar, la responsabilidad civil extracontractual subjetiva requiere la antijuricidad, la cual consiste en la ilegitimidad, en la injustificabilidad de la conducta dañina. Dado que de los anteriores requisitos se desprende que P lesionó el derecho de propiedad de F al haber destruido el jarrón, la antijuricidad del comportamiento de P se presume y debe tenerse por debidamente configurada, salvo que el agente causante del daño comprobara que la lesión del bien jurídico que él provocó estuviese amparada por alguna causa de justificación. Del caso no se desprende que la destrucción del jarrón provocada por P en perjuicio de F se hubiese producido al amparo de una determinada causa de justificación (por

ejemplo, estado de necesidad, etc…), de modo entonces que la antijuricidad debe tenerse por debidamente configurada en el caso, como requisito de la responsabilidad civil extracontractual.

5. En quinto lugar, es menester determinar si el agente causante de la lesión del bien jurídico y del daño es culpable del comportamiento activo u omisivo dañino. En sentido estricto, actúa culposamente aquél que falta a su deber de cuidado de no causar daño a los demás y a raíz de esto lesiona un bien jurídico y causa un daño. Del caso se desprende que P, a raíz de su descuido, no observó el cuidado debido a la hora de llevar a cabo su obligación contractual consistente en pintar la casa de F y tal negligencia hizo que botara y quebrara el jarrón de éste, por lo que se concluye que este requisito se configura según el texto del caso.

6. Junto con la lesión de un bien jurídico, es necesaria la causación de un daño. Daño, en términos amplios, es la pérdida o desventaja que sufre una persona a raíz de la lesión de sus bienes jurídicos. En el caso en cuestión, se tiene que a raíz de la destrucción del jarrón, producida por la negligencia de P, F perdió el valor del jarrón, es decir, la suma de cincuenta mil colones, de modo tal que el daño resarcible es, pues, el dinero que tendrá que pagar F para adquirir un jarrón igual o similar al que le P le destruyó.

7. Finalmente, debe darse la relación de causalidad entre el bien jurídico lesionado y el daño causado. En el presente caso, tal requisito está presente pues el valor del jarrón que tiene que pagar F para poder adquirir otro similar o igual se deriva de la lesión inflingida a su derecho de propiedad por parte de P.

IV. Resultado: F también puede cobrarle a P la suma de cincuenta mil colones con base en el artículo 1045 del Código Civil.

Es cierto lo que afirma Rivero Sánchez[23] en cuanto a que la doctrina de la "Anspruchskonkurrenz" ha sido la doctrina tradicional que, en Alemania, se ha utilizado para darle solución a los casos en los que, como el del ejemplo del pintor, concurren, ante un mismo hecho dañino, varios y diversos regímenes de responsabilidad civil (contractual y extracontractual). Por su parte, la nueva doctrina, cronológica y dogmáticamente hablando, que se desarrolló en las Ciencias jurídicas alemanas, es la doctrina de la "Anspruchsnormenkonkurrenz"[24].

---

23 Rivero Sánchez, Juan Marcos. op. cit., página 258.

24 La utilización de esta denominación se le suele atribuir al autor alemán de origen griego Apostolos Georgiades, quien escribió la clásica monografía sobre este tema denominada "Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht" de 1967. Otros autores alemanes que apoyan la nueva teoría de la Anspruchsnormenkonkurrenz son Karl Larenz y Manfred Wolf. Al respecto ver Larenz, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho, 2. ed., 1980, páginas 260 y siguientes.

A pesar de lo novedoso y reciente de la doctrina de la "Anspruchsnormenkonkurrenz" y de las ventajas materiales y procesales que pudieran derivarse de ella[25], personalmente comparto las objeciones que le ha hecho el autor Dieter Medicus[26] y considero, contrario a lo que sostienen Rivero Sánchez, Larenz y Wolf, que si bien la doctrina de la "Anspruchsnormenkonkurrenz" conduce a una única pretensión y puede contribuir a la uniformidad de los conceptos material y procesal de la pretensión, empero encuentra dificultades importantes en el campo del Derecho sustantivo. Tales dificultades consisten en las esenciales diferencias estructurales de la responsabilidad civil contractual y extracontractual y que se manifiestan en temas tales como la aplicación excluyente de los institutos del "Erfüllungsgehilfen" (§ 278 del Código Civil alemán) y del "Verrichtungsgehilfen" (§ 831 del Código Civil alemán)[27], así como los distintos plazos de prescripción que rigen para las pretensiones resarcitorias contractuales y extracontractuales, según los parágrafos 195, 199 y 852 del Código Civil alemán. Con base en lo anterior, al igual que Dieter Medicus, considero que la tesis de la "Anspruchskonkurrenz" es la más adecuada y que, como ya se ha repetido, sostiene que de cada fundamento de la pretensión (Anspruchsgrundlage) cuyos requisitos legales se cumplen, surge una propia y distinta pretensión material, de manera tal que el contratante damnificado, en un caso como el del pintor, se convertiría en titular de una pretensión resarcitoria por infracción de deberes de protección de índole contractual (o sea, podría exigir daños y perjuicios producto del ejercicio de una demanda de responsabilidad civil contractual[28]) y también se convertiría en

---

25 Rivero Sánchez, Juan Marcos. Loc. cit., páginas 258-259.

26 Medicus, Dieter, Schuldrecht I. Allgemeiner Teil, 16. Auflage, 2005, Seite 135, Rdnr. 356 ff. De acuerdo con Schwarz, la doctrina mayoritaria en Alemania también se decanta por la doctrina de la Anspruchskonkurrenz y no por la de la Anspruchsnormenkonkurrenz. Al respecto ver Schwarz, Günter Christian. Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2003, Seite 2, Rdnr. 8.

27 Aquí entra en consideración la distinción fundamental que establece el Código Civil Alemán entre las figuras del "Erfüllungsgehilfe" (§ 278 del Código Civil Alemán) y el "Verrichtungsgehilfe" (§ 831 párrafo primero oración primera del Código Civil Alemán). El "Erfüllungsgehilfe" es todo aquél que, con conocimiento y voluntad, lleva a cabo el cumplimiento de alguna obligación para el deudor de la prestación. Su campo de aplicación se verifica cuando se da la transgresión de alguna obligación contractual o deber accesorio de dicha índole, de forma tal que el deudor es responsable por los daños causados por el Erfüllungsgehilfe, sin que le sea posible liberarse de responsabilidad (keine Exculpation). Por el contrario, el "Verrichtungsgehilfe" es el empleado que está sujeto al poder directivo e instrucciones de su Jefe (el patrono), en virtud de una específica relación de dependencia. Su campo de aplicación es la responsabilidad civil extracontractual y a diferencia de lo que ocurre con el Erfüllungsgehilfe, si bien sobre el dueño del negocio (der Geschäftsherr) pesa la presunción de culpa por no haber elegido cuidadosamente a su empleado causante del daño o por no haber sido cuidadoso al darle los lineamientos de trabajo, también lo es que el dueño del negocio sí puede destruir esa presunción relativa de culpa (Exkulpation möglich) y liberarse de responsabilidad civil si demuestra que eligió cuidadosamente a sus empleados y trabajadores y que, de la misma manera, vigiló las labores a ellos encomendadas. Respecto a esta importante distinción ver Danne/Keil, Wirtschaftsprivatrecht I. Bürgerliches Recht. Handelsrecht. 2. Auflage, 2002, Seite 199; Hemmer/Wüst, Die examenstypischen Begriffe Zivilrecht, 2. Auflage, 2004, Seiten 65 und 187; Schwarz. Günter Christian, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2003, Seite 467, Rdn. 11.

28 Al respecto ver Díez-Picazo, Luis. Derecho de Daños, 2000, página 245 y siguientes.

titular de una pretensión resarcitoria de índole extracontractual basada en el artículo 1045 del Código Civil costarricense.

Antes de pasar con el siguiente e importante tema característico de la doctrina mayoritaria en Alemania de la "Anspruchskonkurrenz", es menester dejar claro que ya sea que se siga esa teoría o que se propugne la teoría de la "Anspruchsnormenkonkurrenz", lo cierto es que en ambas el titular de la pretensión(es) resarcitoria(s) solamente puede obtener el resarcimiento del daño causado una sola vez y en cuanto eso suceda, cualquier otra pretensión resarcitoria que tuviera a disposición para obtener la indemnización respectiva quedará extinguida[29].

3. El concurso de pretensiones y la llamada regla de la separación

La aplicación práctica de la doctrina del concurso de pretensiones (es decir, la "Anspruchskonkurrenz" y no la "Aspruchsnormenkonkurrenz") implica entonces que el damnificado puede ejercer, de manera conjunta y simultánea, las pretensiones resarcitorias que se derivan de los fundamentos jurídicos que las respaldan.
Cada una de tales pretensiones resarcitorias (piénsese en el caso, arriba analizado, del ejemplo del pintor que causa el daño durante la ejecución de la obra) se debe analizar de acuerdo con los requisitos legales y características específicas que tiene el tipo de pretensión resarcitoria que se hará valer en el proceso judicial. En otras palabras, la pretensión resarcitoria que se basa en la infracción de deberes contractuales accesorios o de deberes de respeto y consideración se analizará con base en los requisitos y demás características de la responsabilidad civil contractual, en tanto que la otra pretensión resarcitoria que se basa en la responsabilidad civil extracontractual se analizará con base en los requisitos legales y demás características de tal tipo de responsabilidad civil. Este análisis separado de cada tipo de pretensión resarcitoria que surge, según la doctrina de la Anspruchskonkurrenz, de un mismo hecho dañino, se denomina en Alemania la regla de la separación (Unabhängigkeitsregel)[30]. Esta regla o criterio resulta ser, en el fondo, un reconocimiento de que las pretensiones resarcitorias de naturaleza contractual y extracontractual tienen diferentes características, tales como plazos de prescripción, requisitos, carga de la prueba, extensiones de la responsabilidad, etc…, por lo cual cada tipo de pretensión resarcitoria debe analizarse con independencia funcional de la otra, ya que ambas son diferentes entre sí.

---

29 Schwarz, Günter Christian. Loc. cit., 2003, Seite 2, Rdnr. 8.

30 BGHZ 96, 221, 229; BGH VersR 1992, 589, 590 citadas por Medicus, Dieter, Schuldrecht I. Allgemeiner Teil, 16. Auflage, 2005, Seite 136, Rdnr. 358 ff.

Solamente existen tres grupos de casos que, en el Derecho Civil alemán, constituyen excepciones a la regla de la separación[31], los cuales no se tratarán en este trabajo por cuanto no tienen relación directa con el tema de la concurrencia de pretensiones derivada de la infracción de deberes contractuales accesorios o deberes de respeto y consideración.

4. Aspectos procesales de la doctrina de la Anspruchskonkurrenz

Contrario a lo sostenido por Rivero Sánchez y otros juristas que, como él, son partidarios de la doctrina minoritaria de la Anspruchsnormenkonkurrenz, la doctrina que nosotros seguimos, que es la de la Anspruchskonkurrenz, tiene un tratamiento procesal adecuado y satisfactorio, el cual concuerda perfectamente con su núcleo sustancial.

Se trata de la denominada teoría de la opción o sistema opcional[32]. De acuerdo con esta teoría, cuando un hecho viola, al mismo tiempo, una obligación contractual y un deber general, se produce una yuxtaposición de responsabilidad y surgen acciones distintas que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente.

De acuerdo con el autor Alejandro Pérez Köhler, "la doctrina ha venido manifestando la existencia de tres corrientes distintas para solucionar los casos de concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Cada una de esas tendencias se apoya en un argumento teórico distinto:

Por un lado hay autores que opinan que la responsabilidad contractual y la aquiliana son incompatibles, que no existe lo que hemos venido llamando concurrencia; por ello, existiendo un contrato, no es posible que se produzca responsabilidad civil extracontractual; el contrato tiene, pues, fuerza absorbente. Estos autores han dado lugar a la llamada Teoría de la Absorción.

Por otro lado, otra corriente doctrinal afirma que la responsabilidad civil contractual y aquiliana son diferentes y autónomas, pero no incompatibles, por lo que pueden aplicarse ambas a unos mismos hechos; estos autores entienden que la responsabilidad aquiliana puede aplicarse entre los propios contratantes. Por ello el demandante deberá optar, en el momento de plantear su demanda por una u otra vía (contractual o aquiliana), pudiendo ser dicha opción bien pura (esto es, optar por una u otra vía) o bien tener carácter subsidiario (plantear el petitum de la demanda en forma subsidiaria: la contractual y, en su defecto, la aquiliana); en este sentido entendemos. Esta corriente ha dado lugar a la llamada Teoría de la Opción.

---

31 Dichos casos excepcionales conllevan, en el fondo, que características más favorables que tenga un régimen de responsabilidad civil frente al otro (por ejemplo, un plazo más corto de prescripción) se pueda aplicar a éste último, en tanto resulte más beneficioso para el deudor. Cuando el régimen más favorable se puede aplicar al otro que es, objetivamente, menos beneficioso para el deudor, se habla, en la doctrina alemana, de aplicación de la norma privilegiada (Anwendung der privilegierten Norm). Una explicación muy clara de estos supuestos excepcionales que, generalmente, consisten en casos en los cuales normas y características del Derecho contractual se aplican, pese a la regla de la separación, a casos del Derecho de Daños (Deliktsrecht, Derecho de la responsabilidad civil extracontractual) la hace el autor Schwarz, Günter Christian. Loc. cit., 2003, Seite 5, Rdnr. 11 ff.

32 Díez-Picazo, Luis. Derecho de Daños. 2000, páginas 266-267.

Finalmente, un último sector de la doctrina entiende que no hay pretensiones independientes y distintas entre si. Estamos ante una única pretensión, el resarcimiento de la víctima, basada en una única causa de pedir, el daño producido. Para estos autores basta con plantear los hechos en la demanda y, sin etiquetar la acción que se ejercita, dejar al juzgador que aplique la normativa que estime pertinente, al amparo de los principios procesales *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*, y ello sin incurrir en vicio de incongruencia siempre que respete en su decisión la causa petendi (que está imbuida en los hechos) y el petitum contenido en el suplico de la demanda, en virtud de la llamada *"unidad de culpa civil"*, que ha acuñado la jurisprudencia para otorgar al damnificado la máxima protección. Esta teoría recibe el nombre de Teoría del Concurso de Normas"[33].

Como puede observarse, la teoría de la opción se adapta perfectamente a la doctrina de la Anspruchskonkurrenz. De este modo, a nivel de Derecho Procesal, bien puede optar el damnificado por ejercer, en su demanda, una de las dos pretensiones resarcitorias, es decir, la contractual o la extracontractual. Asimismo, es jurídicamente viable, de conformidad con el artículo 123 del Código Procesal Civil, que el titular de las pretensiones resarcitorias de índole contractual y extracontractual formule su demanda de manera tal que, por ejemplo, pida, como pretensión principal, que se declare la responsabilidad civil contractual del demandado por haber infringido determinados deberes contractuales accesorios o específicos deberes de consideración o de respeto y, al mismo tiempo, que formule, como pretensión subsidiaria, que se declare la responsabilidad civil extracontractual del demandado por concurrir todos y cada uno de los requisitos de ese tipo de responsabilidad aquiliana, de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil.

La jurista española Isabel Tapia Fernández[34] brinda, en su interesante ensayo denominado "El tratamiento en el proceso del concurso de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual" los siguientes aspectos jurídico-procesales que plantea el tema objeto de esta investigación: "5. Susceptibilidad de acumulación de las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual. Si se admite como cierto que ambas acciones son procesalmente diferentes (puesto que unos de los elementos identificadores -el elemento jurídico de la causa de pedir- es variable), las consecuencias que se pueden extraer son las siguientes: a) El titular de esas acciones (de fundamento jurídico distinto, pero basadas en los mismos hechos) puede optar por ejercitar una u otra, la que prefiera; pero una vez elegida una no podrá alterar la fundamentación jurídica a lo largo del proceso (se lo impide, como queda dicho, la prohibición de la "mutatio libelli" y de la alegación de la denominada "cuestión nueva"); y el Juez deberá enjuiciar precisamente

33 Pérez Köhler, Alejandro. "La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual derivadas de un mismo accidente de trabajo (I). En: http://noticias.juridicas.com/articulos/60-Derecho%20Procesal%20Civil/200510-2857927810522691-1.html

34 Tapia Fernández, Isabel. "El tratamiento en el proceso del concurso de acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual" En CD del Consejo General del Poder Judicial de España No. 27, año 1995, Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

la acción que el actor eligió, so pena de incurrir en incongruencia. b) Si son acciones diferentes, no provocan un concurso de leyes o normas, porque no se trata de que el mismo supuesto de hecho sea reconducible a dos o más fundamentos jurídicos en vigor, cuyos efectos se excluyen, sino que se trata del mismo supuesto de hecho reconducible a fundamentos jurídicos distintos que coexisten y convergen. Ambas acciones son diversas (varía el elemento jurídico de la causa de pedir), pero son conexas; lo que quiere decir que se produce un concurso simple de acciones o concurso propio, porque el elemento variable es la "causa petendi" y no el "petitum". c) Si entre ambas acciones se produce un concurso propio o simple, ello significa que entre las dos acciones conexas, pero diversas, hay unidad de fin, por lo que sólo puede satisfacerse el actor una sola vez (con una u otra acción). Si el actor no se satisface con una, puede intentar con éxito el ejercicio de la otra, sin que, en principio, y con las matizaciones que haré después, lo impida la institución de la cosa juzgada. d) Si por ser acciones diferentes, aunque conexas, la Ley permite el ejercicio simultáneo de ambas acciones, ello implica la posibilidad de su acumulación en una misma demanda (art. 153 Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)). Ahora bien, precisamente por esa conexidad de las acciones, con un "petitum" idéntico, que las sitúa en un concurso propio, no pueden acumularse ambas acciones en una acumulación propia o simple (donde hay suma de acciones, se ofrecen al Juzgador varias acciones para que las conceda todas), ya que el ejercicio -con éxito- de una hace ineficaz (por ausencia de interés) el ejercicio de la otra, con lo que se incurriría en la incompatibilidad material no permitida por los arts. 153 y 154,1 LEC. Podrían acumularse de forma eventual o subsidiaria: se ofrece al Juez de forma escalonada la solicitud de una concreta tutela jurídica y, para el caso de ser rechazada, se ofrece la solicitud de la otra. La incompatibilidad de las acciones es aquí indiferente, porque no hay suma de ellas. E incluso pienso que podrían ser acumuladas de forma alternativa, dejando al Juez la elección de una u otra vía (la contractual o la extracontractual), porque los reparos y objeciones que se suelen alegar en contra de este tipo de acumulación no se dan aquí, ya que ni hay en este caso inconcreción de objeto, ni por consiguiente indefensión para el demandado que sabe desde el inicio del proceso qué se le exige y con qué fundamento jurídico; hay una doble exposición de la fundamentación jurídica ofrecida al Juzgador, base de la concreta tutela que el actor solicita.

IV. Doctrina jurisprudencial referente al tratamiento procesal de las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual.

1. Generalidades. Muy a grandes rasgos, voy a sintetizar en este apartado la doctrina jurisprudencial relativa al tratamiento que en el proceso recibe el supuesto contemplado de la concurrencia de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual. Una primera apreciación genérica que se puede extraer de la variada doctrina jurisprudencial es la vacilación y aun contradicción existente al respecto; cosa nada sorprendente si se tiene en cuenta la propia vacilación que el Tribunal Supremo muestra acerca de las instituciones procesales clave que convergen en la materia (identidad de acciones, sus elementos definidores, su posible acumulación, congruencia, cambio de acción o "mutatio libelli" ... etc.) y, sobre todo, si se tiene en cuenta la frecuente intencionalidad del T.S. (Tribunal Supremo) de dar solución "justa", de equidad, al caso concreto planteado; aun a costa, a veces, de resolver al margen de los postulados de la técnica jurídico procesal; y, a veces, de orillar el problema procesal que el

recurrente en casación plantea. Desde muy antiguo, y en gran número de sentencias, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido estableciendo que se pueden distinguir claramente sendos tipos de culpa originadoras de sendas acciones, con distinto origen (una convención en una; un deber genérico legal en otra) y con normativa específica (el art. 1.101 Código Civil en la primera; el art. 1.902 en la segunda); de tal modo que no es posible la aplicación a la culpa extracontractual de las disposiciones que regulan la contractual, ni es aplicable a la culpa contractual la normativa y doctrina jurisprudencial referente a la extracontractual. Ambas acciones son completamente independientes en su ejercicio; por lo que: *"si hubo una convención previa no puede utilizarse la vía de la culpa extracontractual y la acción que se ejercita es inadecuada".* Por tanto, se debe excluir la aplicación del art. 1.902 cuando los daños provengan de un contrato o cualquier otra relación jurídica preexistente similar, pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual, ya que: "*cualquier relación jurídica que conceda un medio específico para su resarcimiento será de preferente aplicación respecto de la responsabilidad extracontractual".* Ahora bien, para que se aplique con preferencia la normativa referente a la culpa contractual, la responsabilidad tiene que tener su origen inmediato en el contrato, pues: *"no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial".* A pesar de las diferencias entre ambos tipos de acciones, tales responsabilidades no se pueden exigir a la vez, como derivadas de unos mismos hechos; sino que se ha de "elegir entre una u otra de las acciones que tienden al mismo fin". Cuando los responsables de los daños son personas distintas, esto es, unos los obligados por culpa contractual y otros los obligados por culpa extracontractual, el perjudicado puede dirigir su demanda frente a todos, acumulando las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual respectivamente; o puede dirigir su demanda frente al responsable ("ex contractu" o "ex illicito civile") que prefiera, eligiendo a su conveniencia la acción. En cualquier caso, la indemnización será única; las responsabilidades concurrentes; las acciones independientes; y la voluntad y oportunidad del actor será la que ponga en marcha el proceso reclamando indemnización de perjuicios con base en la acción que prefiera. 2. Actuación en juicio. Delimitación del objeto del proceso. a) A pesar de esa clara distinción entre sendos tipos de culpa originadoras de responsabilidades independientes en su ejercicio, y a pesar de la reiterada doctrina jurisprudencial apuntada, según la cual la responsabilidad "ex contractu" es de aplicación preferente a la extracontractual, lo cierto es que en los casos dudosos de calificación de la culpa --esto es, cuando "el hecho dañoso es inescindiblemente incumplimiento del deber contractual y violación, insegregable de aquél, del deber general de no causar daño a otro"--, el Tribunal Supremo ha venido permitiendo con gran flexibilidad la elección por parte del actor de la acción que estime conveniente. Se admite, pues, en nuestro ordenamiento la aplicación de la "teoría de la opción" desarrollada por la doctrina civilista y acogida por nuestra Jurisprudencia. Así, en numerosas sentencias, el T. S. ha acogido esta opción o elección por parte del actor en supuestos relativos a contratos de transporte, de contratos de arrendamiento de cosas; de contratos de

arrendamiento de servicios. En éstos y otros casos, ***"el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber genérico de no causar daño a otro".*** Por lo tanto, es doctrina reiterada que el perjudicado, siempre que se trate de esas zonas intermedias en que ambos tipos de responsabilidad se solapan, puede en su demanda delimitar el objeto litigioso como prefiera: ya sea ejercitando una u otra acción de responsabilidad. (negrita no es del original). *"Cuando un hecho dañoso -dice la sentencia de 6 octubre 1992 (R.A. 7.529)- es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor de la victima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible".* b) Por supuesto que esa "flexibilidad" de que habla el Tribunal Supremo (véase la sentencia de 3 de febrero de 1986 -R.A. 409-) propiciadora de la opción por el actor de la acción que estime conveniente, sólo se refiere a esos supuestos intermedios de confluencia de ambos tipos de responsabilidad ("supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en un contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual": sentencia 30 diciembre 1980 -C.L. 417-). Fuera de ese ámbito de flexibilidad permisiva de la opción, el actor deberá actuar en juicio la acción correspondiente. Si el actor yerra en su planteamiento y ejercita la acción que no corresponde, sólo al demandado compete denunciarlo en su contestación a la demanda como causa indiscutiblemente absolutoria: el actor no tiene la acción que afirmó en juicio; puede tener otra, pero no ésa. El Juez no puede variar "ex officio" la acción, según los principios y reglas de nuestro proceso civil. No cuenta nuestra Ley procesal con una norma similar a la establecida en el art. 12, en conexión con el art. 16.3 del Code de Procédura Civile francés, a tenor de la cual el Juez puede calificar los hechos sin atenerse a la calificación jurídica de las partes. Sin embargo, en esta libre apreciación del derecho por el Juez, se le impone un límite infranqueable: la escrupulosa observancia del principio de contradicción y defensa; por ello, el art. 16 es terminante al proclamar que: *"el Juez debe, en toda circunstancia, hacer observar y observar él mismo el principio contradictorio ... no puede fundar su decisión sobre cuestiones de derecho apreciadas de oficio sin haber previamente invitado a las partes a presentar sus observaciones".* Por ello, si el Juez entiende que las partes han errado en la calificación jurídica de los hechos, se lo hará saber para que, mediante sus nuevas alegaciones y puntos de vista jurídicos, puedan rectificar sin menoscabo de su derecho de defensa. Sólo tras esa oportunidad de las partes, el Juez podrá fundar su decisión sobre esas cuestiones de derecho que de oficio apreció y ofreció a las partes para su debate. Y por no contar nuestro ordenamiento positivo con una norma de este tenor es por lo que estimo que la consecuencia de un error en el planteamiento de la demanda debe comportar la consecuencia jurídica de su desestimación por infundada respecto de la acción ejercitada. Quizá se piense que esta conclusión es radical y atentatoria de los principios procesales de economía y eficacia, puesto que el actor, que efectivamente sufrió un daño injusto, tendrá que interponer una nueva demanda afirmando la correcta acción, con los inevitables gastos

de tiempo y dinero. Pero creo que en nuestro ordenamiento jurídico procesal no existe base para considerar otra cosa. Y la atribución al Juez para "enderezar" el proceso a su razonable arbitrio me parece más peligrosa que la propia ineficacia, por la posible inevitable consecuencia de indefensión para el demandado. Ante la ausencia de normas concretas en nuestro Derecho, la Jurisprudencia en ocasiones ha hecho uso de esa conducción del litigio "ex officio" y sin previa audiencia de las partes. Así, en la sentencia de 10 de abril de 1975 (C.L. 156), ratificó la solución del Tribunal "a quo" que aplicó el art. 1.101 Código Civil relativo a la culpa contractual, sin tener en cuenta que la acción ejercitada se fundó en los arts. 1.902 y ss. por culpa extracontractual. c) Una vez que el actor claramente optó por cualquiera de ambas acciones, no podrá variarla a lo largo del proceso; el principio de preclusión, estrechamente ligado y fundamentado en el superior de prohibición de indefensión, impide una mutación de la acción ejercitada que provocaría un sorpresivo ataque para el demandado en un momento procesal en el que ya no va a tener oportunidad de contradicción. Se prohíbe, por tanto, la denominada "mutatio libelli" y el planteamiento de una cuestión nueva. Y en esta línea se muestra también la doctrina jurisprudencial. En la demanda se delimita el objeto del proceso (o lo que es lo mismo, se afirma la acción que se ejercita); y *"el juicio con que el proceso se abre no puede tratar cosa distinta que el tema aportado por el actor, pues en otro caso se daría lugar a una "mutatio libelli" y eventualmente a una incongruencia del fallo y se contravendría la doctrina de que la demanda es la que identifica la acción ejercitada en ella", dice la sentencia de 10 de mayo de 1984 (C.L. 289); de ahí la "imposibilidad de modificar la relación jurídico-procesal después de constituida y acudir a justificar una responsabilidad nacida de contrato cuando se ejercita en su origen una nacida de la culpa extracontractual" (sentencia de 23 de enero de 1974 -R.A. 259-).* Consecuentemente con lo anterior, elegida una acción y seguido el pleito con su substanciación, no puede el recurrente en casación invocar motivos referentes a la acción de responsabilidad no ejercitada ni discutida en el proceso; en estos casos: *"tendría el planteamiento del motivo la tacha procesal de cuestión nueva " -dice la sentencia de 18 de octubre de 1983 (C.L. 517)-.* De la misma manera, si el recurrente en casación quiere basar su recurso en infracción de los preceptos reguladores de ambas acciones, deberá hacerlo en motivos distintos e independientes, por ser "supuestos juridicamente distintos": así se infiere claramente de las SS. 8 mayo 1984 (C.L. 284) y 9 octubre 1982 (C.L. 397). Se podría plantear la cuestión de si en trámite de réplica en el juicio de mayor cuantía, o en la comparecencia previa en el de menor cuantía, o en el acto del juicio en el proceso de cognición, el actor puede introducir "ex novo" la fundamentación jurídica de la responsabilidad no alegada en la demanda. Esto es, si la alegación de una culpa no formulada en la demanda supone o no alterar "las pretensiones que sean objeto principal del pleito" (art. 548,2 LEC), o "lo sustentado en sus escritos (sic. de demanda y de contestación) con carácter sustancial" (art. 693.2), sin que "alteren lo fundamental" (art. 52 del Dr. 21 de noviembre de 1952). Sin base explícita en declaraciones jurisprudenciales, pienso que la alteración que supondría el planteamiento de una nueva calificación jurídica para unos hechos que permanecen inamovibles, no tiene la entidad suficiente como para considerarla sustancial en estos momentos iniciales del pleito. Es verdad que, desde mi punto de vista, la distinta fundamentación jurídica de estas acciones

determina su diversidad. Pero también es verdad que lo que se pretende abortar con el cambio de demanda es la posible indefensión del demandado, el cual tiene derecho a saber desde el principio del proceso lo que se le reclama y en qué concepto. Y en el supuesto que nos ocupa el desequilibrio que se produciría impidiendo que el actor, en estos momentos aún iniciales del pleito, pueda rectificar o adicionar el tipo de culpa planteado con la inevitable consecuencia de tener que iniciar un nuevo proceso, no encontraría equivalente razonable en una modificación relativa a la fundamentación jurídica en la que el demandado no podrá, en rigor, basar la producción de indefensión. Por el contrario, pienso que sí se podría producir indefensión para el demandado si en la segunda instancia se variara la acción ejercitada. La segunda instancia es un nuevo juicio, no un nuevo proceso, por lo que los materiales aportados en la primera instancia son los que -salvo las excepciones previstas en los arts. 862 y 863 LEC- habrán de ser revisados por el órgano superior, el cual emitirá un nuevo enjuiciamiento sobre esos elementos fácticos y jurídicos oportunamente deducidos en la primera instancia. Al estar tan limitada la posibilidad de prueba y de nuevas alegaciones, es razonable pensar que un cambio en la acción en ese momento procesal, en nuestro actual sistema, podría ser motivo de una considerable merma en la defensa del demandado, el cual ya no podrá probar ese distinto grado de culpa, o esa interrupción de la prescripción ... por ser éstos elementos de hecho y de derecho nuevos y no comprendidos en las excepcionales previsiones de los citados arts. 862 y 863 LEC. En este sentido, la sentencia de 20 julio 1992 (R.A. 6438) considera cuestión nueva la alegación por el demandado en este momento procesal de una supuesta culpa contractual cuando el pleito se siguió en la primera instancia por culpa extracontractual. c) Puede el actor también acumular en su demanda ambas acciones, la derivada del contrato y la derivada del acto ilícito; no en una acumulación simple (esto es, suplicando al Juez que acoja ambas acciones): lo impide la unidad de fin y daría lugar a esa “duplicidad de indemnizaciones”; sino en una acumulación subsidiaria o eventual (una en defecto de la otra). E incluso en una acumulación alternativa, ya que la “alternatividad” no es de “petita”, sino de las consecuencias jurídicas derivadas de los hechos expuestos, con lo que no se produce la indeterminación objetiva que obstaculiza la aceptación de este tipo de acumulación alternativa. (negrita no es del original). Consciente o inconscientemente, el actor suele en su demanda efectuar esta acumulación o “yuxtaposición” de ambos tipos de responsabilidades que originan una común obligación reparatoria con base en unos hechos comunes. Sin claro propósito delimitador de la “causa petendi” ofrece al Tribunal sentenciador ambas acciones para que éste se pronuncie sobre la que entienda más ajustada a derecho. En efecto, en muchos casos el actor en su demanda alude indistintamente a ambos tipos de normas, las referentes a la culpa contractual y las referentes a la culpa extracontractual. Y los Tribunales resuelven, o bien refiriéndose a sendos tipos de responsabilidades, o bien reconduciendo los hechos al tipo de responsabilidad que consideran más ajustada a derecho. Sin embargo, basan técnicamente sus decisiones en la libertad de aplicación de la norma por parte de Jueces y Tribunales (“iura novit curia”), cuando en rigor lo que ocurre aquí es una correcta aplicación de la teoría de la acumulación alternativa de acciones: el actor plantea dos soluciones jurídicamente posibles con base en unos mismos hechos; el Juez que acoge una de esas acciones -concurrentes-

ejercitadas en la demanda, no comete incongruencia (sentencia 9 junio 1989 -R.A. 446-); y el demandado no sufre indefensión alguna porque sabe desde el inicio del proceso lo que se le reclama y por qué causa. En otros casos, el actor ha acumulado ambas acciones no de forma alternativa, sino subsidiaria o eventual: prefiere una, pero para el caso de que no sea acogida esa acción, plantea eventualmente la segunda. El supuesto aquí difiere del anterior, sobre todo en materia de congruencia de la sentencia. Al actor ya no le es indiferente que el Juez "opte" por una o por otra, sino que prefiere que sea acogida la acción ejercitada con carácter principal; y sólo en el caso de improsperabilidad de esa acción, pretende un pronunciamiento favorable de la ejercitada con carácter subsidiario".

De acuerdo con Pérez Köhler, la teoría de la opción ha encontrado respaldo en la jurisprudencia española, pues el Tribunal Supremo de ese país ha indicado lo siguiente: "*STS de 29 de julio de 2003: ... Por demás, cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual), y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que éste aplique las normas en concurso (entre otras, SSTS de 15 de febrero de 1993 [RJ 1993, 771], 29 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 9165] y 15 de junio de 1996 [RJ 1996, 4774]). Con lo que la jurisprudencia admite, para los procedimientos de responsabilidad civil derivados de accidente laboral, tanto la posibilidad de la opción (ya se ejercite de forma pura o de forma subsidiaria) como la del concurso de normas. Obviamente la Teoría de la absorción queda excluida de plano por la jurisprudencia, de este campo de la R.C. derivada de accidente de trabajo, por cuanto la perfecta compatibilidad de prestaciones por vía contractual (en la jurisdicción social) y extracontractual (por vía civil) están claramente establecidas por la doctrina de la Sala Segunda del T.S., como hemos visto*"[35].

Por lo demás, autores de la talla de Luis Díez-Picazo se muestran proclives a aceptar el sistema opcional con la única objeción de que "esta solución no puede funcionar en aquellos casos, que ciertamente no son extraordinarios, pero no son escasos, en los que el régimen contractual, que es el querido por las partes, contiene reglas de específica distribución de los riesgos derivados de la ejecución del contrato o, incluso, específicas reglas contractuales sobre la distribución de los daños. MONATERI relata la historia de un raid aéreo Venecia-Milán que, como aventura deportiva y en parte propagandística tuvo lugar en los años veinte, con los peligrosos aeroplanos que se utilizaban en aquellos años. Dadas las características de la prueba, sus organizadores contrataban a una serie de periodistas que debían acompañarla y al mismo tiempo escribir los correspondientes reportajes, pero en los contratos que con estos periodistas

35 Pérez Köhler, Alejandro. "La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual derivadas de un mismo accidente de trabajo (I). En: http://noticias.juridicas.com/articulos/60-Derecho%20Procesal%20Civil/200510-2857927810522691-1.html

se habían celebrado, existía una cláusula que excluía expresamente la responsabilidad de la organización por cualquier tipo de suceso. Alguno de los aeroplanos debió tener un accidente, un periodista falleció y se demandó una indemnización con apoyo de las normas de responsabilidad extracontractual, sosteniendo tanto la tesis opcional como la idea de que un hecho o un comportamiento sea incumplimiento contractual no impide que se constituya al mismo tiempo un daño extracontractual. El tribunal, en nuestra opinión con buen acuerdo, desestimó la demanda señalando que un caso como el referido la específica distribución de riesgos que en el contrato se contenía y el pacto expreso de exclusión de responsabilidad no podían ser violados a través de una pretensión de responsabilidad extracontractual"[36].

En cuanto a los efectos del proceso y de la sentencia en los casos de acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual, la autora Tapia Fernández agrega lo siguiente: "4. Efectos del proceso y de la sentencia en las acciones de responsabilidad: contractual y extracontractual. Partiendo de cuanto queda dicho con anterioridad (esto es, que los supuestos confusos de confluencia de responsabilidad "ex contractu" y aquiliana pueden basar tanto una acción por culpa contractual o una acción por culpa, extracontractual; que ambas acciones son diferentes porque varía la argumentación jurídica constitutiva del elemento de derecho de la causa de pedir; que a pesar de ser diferentes ambas acciones concurren a un mismo fin, por lo que sólo pueden ser satisfechas una sola vez; que incurre en incongruencia la sentencia que se pronuncia sobre una de esas acciones que no ha sido ejercitada), la consecuencia que a primera vista se desprende es que, iniciado un proceso donde se ejercita una de ambas acciones (y sólo una; no ambas en una acumulación de acciones) la institución de la litispendencia no puede operar como exclusión de un segundo proceso donde se actúa la acción no ejercitada en el primero, pues no se da la identidad de acciones necesaria para fundar una excepción de litispendencia. Sí que se darían los presupuestos necesarios para servir de base a una acumulación de autos o procesos, a tenor de lo establecido en el art. 161,5, en conexión con el 162,2 LEC: permaneciendo idénticas las personas y las "cosas" (= petitum), la "acción" (= causa de pedir) es diversa. De la misma manera, si se parte de la base de que son acciones diferentes, ejercitada y resuelta una de ellas por sentencia firme, nada impediría que en proceso posterior se ejercitara la acción no juzgada con anterioridad; esto es, la institución de la cosa juzgada no afectaría, en principio, a la repetición de un proceso donde se ejercite la acción no actuada, pues parece claro que no se produciría el "bis in idem" que pretende evitar la cosa juzgada, al no darse esa repetición "in idem". No obstante, por el tipo de acciones de que se trata: acciones concurrente a un mismo fin, la institución de la cosa juzgada debe operar de modo peculiar. En efecto, por constituir ambas un concurso propio de acciones, la sentencia que estime la demanda (y conceda la tutela solicitada: la indemnización

36 Díez-Picazo, Luis. Derecho de Daños, 2000, páginas 266-267.

de los daños) produce todos los efectos de la cosa juzgada material : el interés del actor ha quedado satisfecho y el fin a que tienden ambas acciones concurrentes se ha conseguido. De intentarse un nuevo proceso, ejercitando la acción no propuesta, faltaría una de las condiciones necesarias para el ejercicio de la acción: el interés jurídicamente protegible. La prosperabilidad de una de esas acciones comporta la aniquilación o extinción de la otra. La cosa juzgada opera, pues, respecto de la acción contractual y respecto de la acción extracontractual. Sin embargo, si el Juez rechaza la acción ejercitada (por ejemplo, porque acoge una excepción opuesta por el demandado como podría ser la prescripción por el transcurso de más de un año entre el evento dañoso y el ejercicio judicial), pienso que, en puridad de conceptos y en los estrictos límites legales de nuestro ordenamiento procesal, el actor podría ejercitar en otro proceso la acción no sometida a juicio, sin que el demandado pueda oponer con éxito la excepción procesal de cosa juzgada apta para impedir ese segundo proceso que no versa sobre "lo mismo" (ya que es distinta la causa de pedir de esas acciones). Claro está que otra cosa es que la acción ejercitada en este segundo proceso prospere o no, por falta de alguna condición esencial de la acción de daños (por ejemplo, la declaración en el proceso precedente de la no acreditación de los perjuicios que se dicen producidos; o la declaración de la falta de nexo causal entre el hecho dañoso y los perjuicios ... etc.). Obviamente, en este caso ya ha sido declarado por sentencia firme que el actor no tenía derecho a la tutela jurídica solicitada, ni por vía contractual ni por vía extracontractual: falta un presupuesto de hecho común a ambas acciones. Por ello, aquí, se puede decir con propiedad que la "res" ha sido "iudicata". Sin embargo, cuando el Juez desestima la demanda por ausencia de alguno de los elementos constitutivos propios de la acción que se ejercita (por ejemplo, el grado de culpa exigible en determinado contrato entre las partes) o por la presencia de algún hecho excluyente (por ejemplo, la prescripción alegada por el demandado -si se ejercitó acción "ex" art. 1.902- o la "exceptio non adimpleti contractus" -si se ejercitó acción contractual-), a mi juicio no se produce el efecto de cosa juzgada respecto de la acción que no ha sido ejercitada, ya que no se han "juzgado" todas las consecuencias jurídicas derivadas de esa acción no propuesta. No conozco pronunciamiento alguno de la Jurisprudencia respecto de este punto concreto, esto es, que el demandado excepcione cosa juzgada para impedir que se produzca el "bis in idem" cuando en pleito anterior se accionó por un tipo de responsabilidad no actuado en el presente. La sentencia de 30 junio 1972 (C.L. 382) plantea un caso de alegación por el recurrente en casación de cosa juzgada en su función positiva (aunque no lo denomine así): que el fallo de la sentencia recurrida era contrario a lo ya resuelto en otra sentencia firme. Y no invocaba la cosa juzgada para excluir un segundo proceso, sino para obligar al Juzgador del nuevo proceso a resolver reconociendo lo ya decidido en el pleito anterior (pretendía la recurrente que se mantuviera incólume el pronunciamiento recaído en el pleito anterior donde se accionaba por culpa extracontractual y se condenaba a la Compañía de Seguros demandada de forma subsidiaria; de tal modo que en el presente pleito -en el que se ejercía acción de cumplimiento de contrato de seguro contra dicha compañía, la cual resultó absuelta-, alega la actora recurrente en casación violacion del art. 1.252 Código Civil). El T.S. en esta ocasión desestimó el motivo, considerando que: *"basta un somero examen*

del pleito anterior para, comparando la acción allí ejercitada, en la que se instaba una condena de daños y perjuicios derivada de la culpa extracontractual, con lo que es base del presente que solicita una condena derivada del contrato de seguro, concluir que no se da la identidad de causa petendi exigida por el art. 1.252 del Código Civil". En este escueto considerando la Sala de casación no razona más; pero pienso que la solución es la corrrecta y avala la tesis que aquí se expone: si en el primer proceso se pidieron daños indemnizables por culpa extracontractual, no puede ello servir de base -con función negativa de excluir un segundo proceso, o con función positiva o prejudicial de obligar a resolver conforme a lo ya juzgado- para hacer operar la cosa juzgada en pleito posterior en donde lo que se discute es el cumplimiento contractual estricto. Aparte de esta aislada sentencia, ninguna otra decisión jurisprudencial avala las consideraciones expuestas anteriormente sobre el "modus operandi" de la cosa juzgada en este concurso de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual. La tesis que mantengo en este tema no encuentra apoyo jurisprudencial. No obstante esta carencia de apoyo jurisprudencial (y, por supuesto, legal y aun doctrinal), plantearé a continuación, sobre la base real y vivida de situaciones sometidas al enjuiciamiento de los Tribunales, un par de ejemplos que ilustren lo dicho y exhorten a la reflexión: - sentencia 28 febrero 1976 (R.A. 889): el actor reclamó por responsabilidad extracontractual indemnización de daños por el fallecimiento de un hijo suyo, causado por el desplome de un muro cuando se hallaba realizando trabajos de construcción. Condenados los demandados en ambas instancias, interpusieron recurso de casación que fue acogido por apreciar el T.S. la excepción de prescripción de la acción para reclamar daños y perjuicios por culpa extracontractual. - sentencia 23 enero 1974 (C.L. 27): la actora reclamó daños por vía extracontractual al sufrir un accidente en el ascensor, puesto que al abrir la puerta en su descansillo el ascensor no se encontraba allí y se precipitó al vacío. También en este caso el T.S. apreció la prescripción de la acción por el transcurso de más de un año en su ejercicio. - sentencia 26 mayo 1986 (C.L. 319): reclamación de indemnización a un médico por los daños producidos como consecuencia de una operación quirúrgica. En esta ocasión, la actora basó su demanda en la responsabilidad contractual del médico, a tenor de los arts. 1.101 y 1.104 Código Civil. Desestimada la demanda en ambas instancias, la actora interpuso recurso de casación que fue asimismo desestimado, pues, dice el T.S., el facultativo intervino en la operación actuando: *"de acuerdo con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico ... por ello su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente ... En definitiva, teniendo también en cuenta que la acción ejercitada se basa en supuesta culpa contractual, en la que, a diferencia de la extracontractual con base en el art. 1.902 del Código Civil, no rige el principio de incurir en ella por culpa levísima ... ".* - sentencia 7 junio 1984 (C.L. 359): el actor, basándose en la culpa contractual, interpone demanda contra el Banco X por incumplimiento de los deberes del depósito bancario al pagar a un tercero un talón falsificado que fue sustraído al actor. Absuelto el Banco demandado en ambas instancias, interpuso recurso de casación apelando a la teoría del riesgo que deben asumir los depositarios de fondos ajenos. El T.S. desestimó el recurso considerando que la prueba practicada: *"descarga al empleado de esa presunción de culpa contractual que el art. 1.101 del Código Civil insinúa".* De entre estas sentencias reseñadas, aquéllas en las que el T.S. desestimó la demanda por la presencia de un hecho excluyente de la acción ejercitada (la

prescripción: SS. 28 febrero 1976; 19 noviembre~1971; 23 enero 1974) ¿sería posible que el actor -que no ha visto satisfecha su pretensión de tutela jurídica- iniciase un nuevo proceso basando su misma pretensión resarcitoria no en la culpa extracontractual (que ya ha sido juzgada en el sentido de no acoger la acción en virtud del contraderecho de impugnación del demandado que constituye la excepción de prescripción) sino en la culpa contractual (contrato de arrendamiento de servicios, en los dos primeros casos; contrato de seguro con la compañía ascensorista a cuyo tenor quedaban protegidos los terceros accidentados, en el supuesto contemplado en la sentencia de 23 enero 1974)? Pues es lo cierto que en este nuevo proceso la demanda no podría ser desestimada por la excepción de prescripción de la acción por el transcurso de más de un año. ¿Operaría aquí el efecto de cosa juzgada dea la sentencia dictada en el pleito anterior? De la misma manera, en las SS. 26 mayo 1986 y 7 junio 1984, en las cuales el T.S. no dio lugar a la pretensión de resarcimiento actora, fundando su negativa en el grado de culpa exigible en los respectivos vínculos contractuales (arrendamiento de servicios y contrato de depósito en cuenta corriente, respectivamente), esto es, apreciando la ausencia de un hecho constitutivo de la acción ejercitada, ¿podría el actor reclamar, por culpa extracontractual esta vez, basando su petición en la culpa levísima exigible en estos casos de responsabilidad aquiliana? "De iure condito", la respuesta a este interrogante debe ser de no producción de los efectos de cosa juzgada de la sentencia recaída en el pleito precedente. Otra cosa es la conveniencia de que se siga manteniendo una situación así. No existe para el proceso de declaración en nuestro Derecho Procesal positivo una norma de cierre o preclusión semejante a la contenida en el art. 1.538 LEC referente a la oposición de terceros en el proceso de ejecución, a tenor de la cual no se permitirá en ningún caso segunda tercería que se funde en títulos o derechos que poseyera el que la interponga al tiempo de formularla. Y mientras esto no ocurra; mientras que ninguna norma positiva imponga al titular de un derecho subjetivo privado la obligación de hacer valer en juicio todas las acciones. que puedan derivar de él; mientras que las acciones, aun concurrentes, sean diversas porque diversa es su causa, no se puede privar de ejercitar en un segundo proceso una acción no actuada porque ello podría lesionar el supremo derecho de defensa reconocido en la Constitución. Eso sí, en todo caso "lo juzgado" en el primer proceso deberá entrar como elemento prejudicial y vinculante en el segundo. Como se ha visto a lo largo de esta intervención, si el T.S. se inclina por admitir que la contractualidad o extracontractualidad delimita, define y diferencia ambas acciones, la consecuencia inmediata en orden a los efectos de la sentencia que recaiga en pleito donde se actuó infructuosamente una de esas acciones es que la cosa juzgada no impedirá la reproducción de la otra acción en los casos y limites apuntados, puesto que no existe norma alguna de "cierre" o preclusión en nuestro sistema procesal que la establezca inequívocamente; y sin tal precepto legal expreso no puede sobreentenderse que recae sobre el actor la doble carga de aducir todas las posibles causas de pedir y de pasar por los efectos de la preclusión"[37]

---

37 Tapia Fernández, Isabel. "El tratamiento en el proceso del concurso de acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual" En CD del Consejo General del Poder Judicial de España No. 27, año 1995, Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Con base en los planteamientos que se han desarrollado en la doctrina científica para tratar el problema de la concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual a causa de un mismo hecho, queda en evidencia que la doctrina de la absorción (denominada también en Francia como la doctrina o principio del "non cumul") ha quedado completamente rezagada a la luz de los principios de reparación integral del daño que se derivan del artículo 41 de la Constitución Política de Costa Rica. Por lo demás, salvo el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del Derecho de Daños francés que preconiza el principio del "non cumul", no hay, realmente, ninguna norma legal, en el Código Civil de Costa Rica, que recoja o contenga la teoría de la absorción, de modo entonces que la jurisprudencia de la Sala Primera de Casación, con base en el ya mencionado principio de reparación integral y total del daño, debería evolucionar hacia alguna de las otras dos teorías (teoría de la opción o teoría del concurso de normas) que, a fin de cuentas, sí se conciben como planteamientos más eficaces que le permiten al damnificado obtener, de manera más amplia y efectiva, la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Lamentablemente el panorama en la jurisprudencia de casación (hasta donde nosotros conocemos) no ha variado, es decir, se ha mantenido incólume en cuanto a ratificar su preferencia por el principio de "non cumul", ya que además de las interesantes y valiosas sentencias citadas por el Doctor Rivero Sánchez[38], nosotros encontramos una más reciente, que es la sentencia No. 1001-F-2002 de las 11:50 hrs. del 20 de diciembre de 2002, en la cual la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia indicó: "Para la Sala, el recurrente obvia el hecho de que en la especie se está ante una relación contractual. De ahí, que no sea aplicable lo relativo a la responsabilidad civil extracontractual, y por ende, la norma que se dice violada no sea de aplicación. Esta Sala al referirse a esta temática, ha expresado que: "También suele ser dividida en contractual y extracontractual, según provenga del incumplimiento de una obligación convenida libremente por las partes, o del incumplimiento del deber general de no causar daño a los demás… Por su parte, la responsabilidad extracontractual recae sobre quien, fuera de toda relación contractual previa, ha causado un daño en la esfera jurídica de otro sujeto, por culpa, o a través de la puesta en marcha de una actividad riesgosa o creación de un riesgo social. Esta responsabilidad no nace del incumplimiento de un vínculo determinado, sino de la violación del deber general de no dañar a los otros". (N° 589 de las 14:20 horas del 1 de octubre de 1999). Esta última responsabilidad no se asimila en nada a la de la especie. No nació fuera de una relación contractual, no se trata de que se haya violado el deber general de no dañar. Además se le reconoció al demandante, la reparación que estipula la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, precisamente como un resarcimiento a su patrimonio, en razón de la ruptura ajena a su voluntad. Su relación nació en el convenio mediante el cual ella asumió

38 Rivero Sánchez, Juan Marcos. Loc. cit., página 259 a 268.

la representación en el país de la accionada y no es acertado bajo la presente situación fáctica, resolver lo relativo a la indemnización, bajo los predicamentos de la responsabilidad extracontractual. Los efectos de un eventual retraso en el pago de las comisiones, son derivación directa de una relación negocial preexistente, que en tanto efectivas, atañen a las normas jurídicas relativas al contrato, y no, a las de la culpa aquiliana".

Concluímos este trabajo con la convicción de que la teoría de la absorción o principio de "non cumul" que sigue la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia es inconstitucional por transgredir el artículo 41 de la Constitución Política, ya que limita (contrario a lo que sucede con la teoría de la opción y la teoría del concurso de normas) y restringe, sin base legal, ni mucho menos constitucional, el derecho fundamental de obtener una reparación plena, completa e integral del daño causado. Como recientemente lo ha resuelto el Tribunal Segundo Civil, Sección Primera de San José, lo dispuesto en la norma constitucional precitada "hace referencia clara a un derecho fundamental de ser resarcido una vez que la persona ha sufrido un daño. Incluso dentro de esta hipótesis todo límite ya sea jurisprudencial o legal que implique una limitación a ese derecho fundamental al resarcimiento devendría en inconstitucional. (…) Y es que como lo señalamos anteriormente, existe un derecho constitucional a ser resarcido por el daño causado (artículo 41 de la Carta Magna). Incluso la Sala Constitucional, en su Voto número 1562-93, ha interpretado esta norma, al afirmar todas las leyes deben orientarse a tutelar los derechos quebrantados en un doble sentido: 1) estableciendo normas sustantivas que regulen o amparen el derecho de las personas y 2) estableciendo instrumentos procesales adecuados para tener acceso a los Tribunales si resultase comprobado el agravio"[39] (subrayado y negrita no son del original).

39 Tribunal Segundo Civil, Sección Primera. Voto No. 51 de las 15:10 hrs. del 30 de enero de 2009.

BIBLIOGRAFÍA

Alpmann, Josef A., Schuldrecht AT. Band I, 2003.

Belke, Rolf, Prüfungstraining Zivilrecht. Band 1: Fallbearbeitung und Anspruchsmethode, 2. Auflage, 1995.

Bork, Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Auflage, 2006.

Danne/Keil, Wirtschaftsprivatrecht I. Bürgerliches Recht. Handelsrecht, 2. Auflage, 2002.

Díez-Picazo, Luis, Derecho de Daños, 2000.

Hemmer/Wüst, Die examentypischen Begriffe Zivilrecht, 2. Auflage, 2004.

Larenz, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho, 2. ed., 1980.

López Casal, Yuri. Manual sobre la cesión del contrato en el Derecho Civil, 2000.

López Casal, Yuri. Técnica para la resolución de casos de Derecho Privado, 2008.

Medicus, Dieter, Schuldrecht I. Allgemeiner Teil, 16. Auflage, 2005.
Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 8 neu bearbeitete Auflage, 2002.

Pérez Köhler, Alejandro, „La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual derivadas de un mismo accidente de trabajo (I)". En: http://noticias.juridicas.com/articulos/60-Derecho%20Procesal%20Civil/200510-2857927810522691-1.html
Pérez Vargas, Víctor. "El comportamiento de las partes (acreedor y deudor) durante la fase de actuación de la relación obligatoria". En: Revista Judicial No. 3, marzo de 1977.

Rivero Sánchez, Juan Marcos, Responsabilidad civil. Tomo II, 2001.

Schwarz, Günter Christian, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2003.

Tapia Fernández, Isabel. "El tratamiento en el proceso del concurso de acciones por responsabilidad civil contractual y extracontractual". En: CD del Consejo General del Poder Judicial de España No. 27, 1995, Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia.

Wörlen, Rainer, Schuldrecht AT, 7. Auflage, 2005.

LA TENTATIVA DE ERRADICAR LA RECOMPRA BURSÁTIL

Lic Carlos Andrés Dalolio Jiménez

Sumario

I. Introducción

II. Conceptualización del reporto

III. Caracteres de la recompra

IV. Distinciones entre reporto y recompra

V. Libertad contractual y función económica

VI. El disfraz del reporto tripartito

VII. Conclusiones

I. Introducción

El contrato bursátil de la recompra, ha sido duramente criticado. La razón de los ataques que ha sufrido, estriba primordialmente, en su objeto no fungible.

Necesariamente, hay que afirmar que esa situación, deriva de problemas de índole superestructural e infraestructural del sistema bursátil costarricense.

Sin rodeos, los reproches que se le lanzan, derivan del objeto mismo del contrato.Recae sobre títulos que no son estandarizados.

Los políticos encargados de promulgar las leyes y los hombres fuertes que los patrocinan desde el sector bancario, así lo han consentido. Igualmente, los operadores de la bolsa y los personeros estatales, por no instar a un cambio.

Y como se dijo, ese mal, es endémico de todo el ámbito del mercado de capitales y con una causa generadora principal.

El Estado ha utilizado a la bolsa, como su ventanilla para financiamiento. Coloca de documentos de deuda. Arroja al mercado, el grueso de los valores admitidos a cotización. Paga altas tasas de interés y sostiene a los entes fiscalizadores con los tributos saldados por los costarricenses. Los inversionistas, al analizar fríamente ese incentivo y bajo un lógico criterio de rentabilidad, optan por adquirirlos. También tienen en cuenta, la presunta seguridad y bajo riesgo de insolvencia, al amparo de la garantía estatal.

Ello, provoca que la inversión en títulos privados (que sí podrían tender a ser estandarizados), sea dejada de lado. Incluso, que los mismos emisores privados, emulen el proceder oficial. Entonces, la mayoría de los títulos que negocian, son de deuda pública. De suyo, viene a reflejarse en ellos, el fenómeno de la heterogeneidad. Al Estado, en sus cíclicas crisis fiscales, le ha convenido ofrecer documentos

que brinden beneficios muy variados y con plazos relativamente largos a los ojos del inversor nacional[1].

Esa conducta administrativa de muchos años, ha aparejado consecuencias para el régimen bursátil. En Costa Rica, no se han explotado las virtudes de las emisiones masificadas. No se le ha sacado provecho a la baja en costos que representaría. No se ha impulsado al potencial que representa la circulación ágil de los títulos. Tampoco se ha tenido en cuenta los beneficios en términos de la multiplicación de las transacciones.

Empero, lo apuntado no debe tomarse como una sentencia de muerte inmediata para la recompra. Sino, en un atisbo que conduce a un cambio gradual. Por lo que se dirá, no es una figura despreciable del todo. Cumple una función económica y jurídica innegable.

II. Conceptualización del reporto

El parámetro comparativo para valorar el papel de la recompra, dentro del mundo de la bolsa, no es otro que el contrato de reporto. Aunque parezca ocioso, hay que traerlo a colación.

El reporto, tiene vida propia y es una categoría que tiene mucha aceptación en la doctrina. Sin embargo, se ha querido ver en él, una simple compraventa y con más propiedad un préstamo. Lo cierto es que el reporto se presenta con caracteres propios y diferenciales de otros contratos que obligan a calificarlo como figura autónoma dentro de las categorías contractuales. [2]

El reporto no constituye una pluralidad o composición de diversos contratos, sino que orgánicamente debe considerarse que es uno solo. Es una transmisión de ida y regreso, entre las mismas partes, de los títulos y del precio[3].
Lo cierto es que no puede considerarse al contrato de reporto dividido en sus dos etapas o funciones, pero únicamente para efectos académicos. No puede concebirse dos ventas autónomas y sin relacionarse una con la otra[4].

En el reporto las partes no persiguen la

---

1 En España, se habla de “repos” ó “repurchase agreements”, de deuda pública. Su fin, es captar ahorro público y se hacen con una función más bancaria y financiera, que meramente bursátil. No es claro, si ahí recaen siempre sobre títulos fungibles o no, pero la tónica en Costa Rica, es la de títulos no fungibles. Ver Zunzunegui (Fernando). Derecho del Mercado Financiero. Marcial Pons, 1997, p. 586-590

2 Messineo, (Francesco). Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo V. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América. 1979, p. 141. Indica: “Se debe considerar que el reporto no debe reconducirse a ninguna otra figura conocida, aún cuando con ella pueda presentar alguna afinidad de orden jurídico; y que, en el reporto se debe contemplar aquel típico contrato que, conforme a su función económica, sirve para la adquisición temporal (y correlativamente pérdida) de la propiedad de títulos, y que el mismo realiza un caso de propiedad temporal.” Hay que considerar, que esta especie contractual, como lo señala el autor, se engarzan dos operaciones bursátiles, para conducir a un fin pensado por los contratantes.

3 Rodríguez Azuero (Sergio). Contratos Bancarios. Su significación en América Latina. Bogotá, Legis SA, 2002, p. 682. Este doctrinario sudamericano, brinda su caracterización del negocio de comentario: “Se trata de un típico negocio de crédito, desde el punto de vista jurídico, en donde existe la transmisión actual de la propiedad por parte del reportado al reportador con la obligación para este último de retransmitirla ulteriormente. Existe entonces una doble transmisión separada en el tiempo que da origen al reconocimiento de una remuneración pecuniaria, a favor, ordinariamente del reportador, quien entrega la suma de dinero”. Se desprende de este pasaje citado, que el reporto es un camino de ida y vuelto para los valores sometidos a ese negocio, con un traslado temporal de la propiedad.

celebración de dos contratos separados. La voluntad de ellas consiste en celebrar un solo contrato, un solo acto. La manifestación de la voluntad, propende a la consecución de una meta conjunta. En palabras simples, pueden ser especulativa, de financiamiento o de obtención de mayoría accionaria. Y aún cuando sus efectos se produzcan en dos fases separadas por un término más o menos breve.

Otra temática relevante, y que queda en un limbo en el régimen de la recompra, es la de los derechos accesorios[5].

Para el caso del reporto, los artículos que van del 46 al 49 de la ley 7732-97, poseen previsiones. Los derechos derivados de los títulos son de distinta naturaleza, según la clase de títulos que se trate. Por ejemplo, si son acciones de una sociedad, varias serán las facultades que puede decirse que son obligatorias como sería el deber de ejercitar por el reportador, cuestiones tales como el derecho de opción, el voto, el cobro de dividendos, etc.

Aunque el reportador sea propietario de los títulos frente a terceros y frente al mismo reportado, el derecho que sobre los mismos adquiere no es pleno e ilimitado sino sujeto a un conjunto de restricciones en relación con el goce sobre los títulos recibidos. Esto diferencia el reporto frente a una común compraventa.[6]

El reportador puede disponer de ellos. Podría pignorarlos, si es capaz de recuperarlos a tiempo. No puede gozar de ellos en el sentido que los frutos o derechos accesorios derivados de los mismos queden beneficio propio de él mismo, como sucedería si se tratase de un derecho de dominio pleno, sino que ellos se adquieren para el reportado, por regla general, salvo pacto en contrario.

La obligación de ejercitar algunos derechos a favor del reportado se somete a ciertas condiciones, como la de constituir fondos suficientes por parte de este último con prudente antelación[7], en cuanto dicho ejercicio imponga al reportador un desembolso de recursos.

---

4 Linares Bretón (Samuel). Operaciones de Bolsa, bolsas de comercio y mercados de valores. Buenos Aires, Ediciones Depalma SRL, 1980, p.170. Hace ver este tratadista argentino:"Entendemos que no se debe recurrir a una asimilación de este contrato a las figuras jurídicas tradicionales, sino más bien calificarlo de sui generis y señalar que es el resultado de dos compraventas, con la característica especial de que la primera se celebra con la condición de que la segunda es de cumplimiento obligatorio."

5 El artículo 7 del reglamento operativo para operaciones de recompra, acuerdo 026-91, parece aplicarse un razonamiento similar para los casos del reporto. Se habla de que los derechos accesorios, pertenecen al "vendedor final a plazo", salvo pacto en contrario. Aún se usa ahí, la vieja numeración de la ley anterior.

6 Cfr con Rodríguez Azuero, op cit., p. 690, en lo que respecta a las tesis que diferencian al reporto de la compraventa simple y de la prenda.

7 La ley 7732-97, en el ordinal 46, es totalmente omisa en cuanto al plazo en el cual el reportado debe suministrar los fondos suficientes al reportador. En otras legislaciones, se establecen pautas temporales máximas y determinadas.

La ley reza que los intereses, dividendos y otros beneficios exigibles corresponden al comprador a plazo (reportado), salvo pacto en contrario.

Puede agregarse, que cuando el contrato tenga por objeto títulos accionarios, el derecho de voto corresponderá al vendedor (reportador) hasta el momento de la entrega[8].

El derecho de opción o suscripción preferente, es aquel que se da en razón de una emisión de acciones nuevas. Otorga al accionista, una posibilidad para que mantenga una participación equivalente a la que tenía antes de la nueva emisión. El derecho de suscripción preferente es inherente a títulos accionarios, en donde dicho derecho corresponderá al reportado. Sin embargo, él deberá dar aviso con suficiente tiempo de antelación y en las condiciones necesarias, al reportador para que este ejerza el derecho de opción. En este caso el reportador ejercerá este derecho por cuenta del comprador (reportado), siempre y cuando como ya se dijo, el reportado le supla de los fondos necesarios. En caso que el reportado no lleve a cabo las correspondientes diligencias, el reportador deberá procurar la venta de la prioridad (del derecho de suscripción preferente) por cuenta de aquel, al mejor precio posible, por medio de un agente de bolsa. [9]

Ahora bien valdría la pena preguntarse ¿porqué los derechos accesorios le corresponden al reportado y no al reportador? La respuesta parece estribar en un asunto de equidad. [10]

III. Caracteres de la recompra[11]

En el medio costarricense, la recompra fue el negocio jurídico más utilizado por los operadores de la bolsa. La llamada tipicidad "social" de ese negocio, es insoslayable[12].

---

8 El comprador o reportador, adquiere el título para poder exhibirlo y votar en asambleas de accionistas. Ese es uno de los mayores atractivos del contrato. El vendedor reportado, percibe ganancia por facilitarlo. Ha sido el comprador-reportado, quien lo ha buscado y ha pagado la prima. Este es el famoso "deporto".

9 Este es uno de los pocos casos en los que el silencio, cobra un valor positivo dentro de nuestra legislación.

10 Hernández Aguilar (Álvaro). Derecho Bursátil. Tomo II. San José, IJSA, 2004, p. 375. Expresa este autor nacional: "Esto es así ya que "la posición regulada por la ley parece más equitativa y justa, dado que podría resultar desproporcionado conceder al reportador, por un corto período de tiempo unos beneficios económicos o patrimoniales que serían excesivos en relación con el breve tiempo de propiedad de los títulos." El reportado, podría pensarse, realiza el negocio para recibir los títulos en las mismas condiciones en que los entregó, es decir con todos los derechos accesorios.

11 Extractado y comentado a partir de tres obras. A saber, la de Jop Dejuk (Arturo). Los determinantes del riesgo en operaciones de recompra. Tesis de grado para optar por el título de Magíster en Administración de Negocios. Sistema de Estudios de Posgrado. Universidad de Costa Rica, 2002. ; Barquero Ulloa (Adriana). Las operaciones de recompra en la BNV en el período 1996-2000. Tesis de grado para optar por el título de Magíster en Administración de Negocios. Sistema de Estudios de Posgrado. Universidad de Costa Rica, 2001; y, Cortés Arroyo (Carlos German) y otros. Propuesta para el registro contable de las operaciones a plazo, de recompra y reporto en los fondos de inversión del mercado financiero costarricense. Tesis de grado para optar por el título de Licenciados en Administración de Negocios. Facultad de Ciencias Económicas, Escuela de Administración de Negocios. Universidad de Costa Rica, 2004.

12 Escoto Leiva (Roxana); Meoño Briansó (Mario).Operaciones Bursátiles. San José, EUNED, 2003, p. 95. Los escritos citados, dan su definición de la recompra y a la vez, detallan la forma en que se desenvuelve: "Mecanismo que permite a los inversionistas satisfacer sus necesidades temporales de liquidez, sin tener que deshacerse de los títulos valores que posee (...) por determinadas razones (alta tasa de interés facial, por ejemplo) y que tiene una necesidad temporal de liquidez, puede vender este título a otra persona por un plazo determinado y acordar la recompra al final (...) El inversionista comprador devuelve el título al propietario original. Este le reintegra el dinero recibido más el rendimiento pactado por la operación".

A nivel legal no existe norma alguna que la regule de manera específica. Sólo el marco flexible y genérico del 41 de la ley 7732-97 y lo que pueda desprenderse de los artículos del 47 y siguientes de ese cuerpo normativo.

Sólo está positivizado el contrato de reporto. Esa figura sí es típica y es clásica en la doctrina. La correcta en plano del deber ser. Sin embargo, en Costa Rica no se había celebrado con frecuencia contratos de esa clase.

Ha sido la tipicidad social, la que se ha impuesto en el medio bursátil y ha hecho usual la recompra. Tanto así, que hasta reciente fecha, sólo había recibido mención, en un reglamento dictado por un sujeto configurado bajo un esquema privatista, como es la sociedad encarnada en la Bolsa Nacional de Valores. [13]

De manera más reciente, en la Ley de Simplificación y Eficiencia Tributaria, hay una mención, para efectos fiscales.[14]

Hay que dejar en claro, que dicha sociedad anónima especial, fue dotada por el propio legislador, para darse su fuero interno. Así lo deja a entrever el numeral 42 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores. Lo dicho, no aplaca la crítica que se pueda lanzar por el vacío legal. Por la magnitud o volumen de operaciones que pasan por recompra, seriamente los diputados, debieron plantearse la importancia de tornarla en un pacto de bolsa nominado.

La última norma citada, abarca tanto operaciones de contado, como a las de plazo. La recompra, engloba un poco de ambas, pero con mayor énfasis en la segunda categoría.

Hay que recordar, que el concepto establece la existencia de dos operaciones. La primera, se va a realizar a hoy (que en la jerga bursátil quiere decir entre veinticuatro horas y siete días, por los procedimientos de liquidación). Se liquidará en forma ordinaria y consiste en una compraventa de título valor. La segunda, es una operación a plazo. Casi siempre, intervienen los mismos participantes y el mismo título.

La recompra aparece en escena como una derivación del contrato de reporto. Éste último, si cuenta con previsiones específicas.

A nivel de corredores costarricenses, se habla indistintamente de contrato de reporto como de recompra.

No se tiene claro el origen de la recompra. Se pierde en los anales de los usos bursátiles. Podría decirse que existen dos factores que

---

13 Se está haciendo referencia al ya derogado reglamente de la Bolsa Nacional de Valores. A la sazón, era el Sistema Operativo para la realización de operaciones de Recompras. Acuerdo de la Junta Directiva BNV, sesión 26/91, que decía: “Se consideran operaciones de recompra aquellas mediantes las cuales las partes contratantes acuerdan la compraventa de titulos y valores y su retrocompra, al vencimiento de un plazo y un precio convenidos”

14 Se fija un impuesto único del ocho por ciento sobre rendimientos obtenidos en reporto o recompra. Se aplica esa tarifa o alícuota, a la ganancia que haya entre el precio de la primera operación de contado y la segunda a plazo.

incidieron. Por un lado se dice que fueron los corredores de bolsa que adaptaron la figura a nuestro medio como una práctica.[15]

Lo cierto, es que logró entronizarse dentro del sistema bursátil nacional y tiene atributos particulares que se pasan a señalar.

Conviene entonces, hacer un breve recuento sobre las características de las operaciones de recompra, son las siguientes:

Los títulos que las sustentan pueden ser de naturaleza privada o pública, de deuda u otro tipo.

Deben tener alta bursatilidad. No estar sujetos a sorteo y que su vencimiento no sea anterior al de la operación pactada. El valor de mercado de estos títulos debe ser mayor al monto de la recompra, para contar con cierta cantidad que se utilizaría si se presentan llamadas a margen como consecuencia de una pérdida de valor del título.

Los dividendos o intereses de los títulos que se generen durante el período de vigencia de la recompra, corresponderán al vendedor a plazo, salvo que se establezca los contrario.

Los títulos involucrados en la operación de recompra se depositan en una Central de Valores, por el plazo de la operación. Se constituye un fideicomiso en el cual los puestos de bolsa figuren directamente como fideicomitentes y a la vez fideicomisarios. La Bolsa Nacional de Valores, figurará como fiduciario. La Bolsa, va a recibir en propiedad fiduciaria los títulos objeto de recompra, para administrarlos en la forma y condiciones dispuestas en el sistema operativo y en el contrato interpartes.

Los puestos de bolsa son responsables del cumplimiento de las operaciones derivadas de las recompras. Si en la fecha de la operación de retrocompra, el comprador a plazo no entrega el dinero de la operación, se procederá a la venta forzosa del título valor, lo que hará la Bolsa a través de un puesto diferente a los involucrados en la operación de recompra incluida. En toda liquidación que resulte de la venta forzosa de títulos y valores objeto de la recompra y de sus garantías adicionales, primero se pagan las comisiones de custodia. Luego comisiones de bolsa por venta forzosa y por último, la obligación incumplida de la operación de recompra, más los intereses legales de mora. Si el monto obtenido con la venta forzosa, es insuficiente, se le va a pagar con el sobrante del producto y comprobante de la cuenta, para que acuda a la vía jurisdiccional.

La garantía de la recompra, debe estar actualizada. Si el título pierde valor, el Puesto de Bolsa deberá aportar el monto adicional de

---

15 "…la recompra es un contrato de bolsa, entendiendo como tal (…) al contrato que se celebra en la bolsa de valores por medio de los puestos de bolsa y que tengan como objeto valores admitidos a negociación en dicha bolsa…" Agrega que "…el reporto no es de aplicación en nuestro mercado de valores, que gusta del título individual. Ante tal imposibilidad de aplicación práctica del reporto, se desarrolló la figura de la recompra…". Arias Córdoba (Fabio). Revista Ivstitia. Recompra: ¿reporto o préstamo?, Año 13. N° 151-152, 1998, p. 28.

la garantía, en dinero o valores. Se lo puede solicitar al cliente que representa, o pagarla por cuenta propia.

Hay varios riesgos crediticios no sistemáticos: 1- Si al vencimiento no hay liquidez en el mercado y no se puede negociar una nueva recompra y el inversor inicial no tiene otras fuentes que permitan hacer frente a la operación de recompra que se vence, se tendrá que liquidar el título en forma forzosa al precio que fije el mercado[16]. 2- Ante una pérdida del valor del título, si el excedente de garantía que posee, no es suficiente para cubrirlo, se hará un llamado al margen. Consiste en solicitar que se depositen valores por un monto determinado. Si el inversor no posee medios, debe aportar los títulos, se procederá a la venta forzosa del título subyacente[17].

IV. Distinciones entre recompra y reporto

El contrato de recompra comparte ciertas similitudes con el contrato de reporto, y diferencias. A saber[18]:

Son contratos unitarios, ya que en ambos contratos la segunda operación (a plazo) depende y tiene como causa la primera. En ambos contratos el dueño de los títulos no desea desprenderse de éstos. Pero en el reporto se le podrían entregar otros tantos de la misma especie y calidad al reportado (al término de la segunda operación)

En la recompra se le entregará al comprador a plazo, los mismos títulos generalmente que entregó en la operación al contado.

---

16 En este lamentable evento, el mecanismo es la ejecución coactiva bursátil, prevista en el 51 de la Ley 7732-97.

17 Este tipo de riesgo, saltó a la vista en el problema analizado por el Tribunal Segundo Civil de San José, Sección Segunda, voto 226 de las 16:35 horas del treinta de junio de 2004. El puesto de bolsa del comitente, desmaterializó el activo subyacente en una Central de Valores, junto con las garantías que podían recibir el vendedor a plazo. Perdió todo tipo de registros y dejó inmerso al vendedor a plazo (tercerista o incidentista en la reivindicación de título), sin posibilidad alguna de identificar los dineros colocados. A la postre, el uso del mecanismo de la recompra, por ser un contrato poco común, sembró dudas en el tema de la legitimación activa para reivindicar. Empero, tal punto no fue alegado y la articulación se desestimó por el fondo. El calamitoso camino de la vía ordinaria, fue lo único que le quedó a la Cooperativa y al Banco vencidos. El mejor comentario que se puede añadir, a este caso, tiene que ver con el siguiente apartado. Si los títulos, hubieran sido estandarizados, no hubiera existido el más mínimo problema para identificar la especie y calidad que tuvieron, e importes, antes de ser desmaterializados. En ese sentido, hay que reconocer la ventaja que brindaría un reporto, sobre una recompra.

18 Íbídem. p. 37.

En ambos contratos el inversionista (reportador) desea asegurarse una ganancia sin adquirir la propiedad definitiva de los títulos. Pero cabe hacer mención que esto no es siempre de ésta manera en el reporto, ya que puede darse un contrato de reporto a la par, o bien podría pensarse en un deporto, que ambos no suponen una ganancia para el inversionista (reportador). O sea, en el reporto el premio o rendimiento puede ser a favor del reportador o bien del reportado. En la recompra siempre se pagará un precio mayor en la segunda operación equivalente al interés del dinero invertido, a favor del vendedor a plazo.

El objeto del contrato de reporto sería títulos en serie. La recompra tiene por objeto títulos determinados y está concebido para la devolución de los mismos títulos. O sea el reporto se da sobre títulos fungibles, mientras que la recompra se da sobre títulos individuales.[19]

En el reporto los títulos pasan a ser propiedad del reportador por un breve lapso. Se compromete a devolver otro tanto de la misma especie y calidad, por lo cual libremente puede disponer de esos títulos. La recompra no implica una verdadera adquisición del dominio para el vendedor a plazo, quien no puede disponer de esos títulos o valores, o sea no hay una transmisión de propiedad en la recompra[20].

En caso de incumplimiento, el reporto cesará de tener efectos y cada parte conservará lo que haya recibido al perfeccionarse el contrato. En contraste, la recompra, en caso de incumplimiento debe acudirse a la ejecución coactiva bursátil. vender los títulos y sus garantías, en razón que no son propiedad del vendedor a plazo[21].

V. Libertad contractual y función económica

Desde la promulgación de la anterior Ley Reguladora del Mercado de Valores, en 1990, se ha intentado implementar en el mercado bursátil costarricense, la estandarización.

En verdad, esa lucha, tiene un fin inteligente, práctico y totalmente loable. Propende a evitar las trabas en el mercado bursátil nacional, agilizando las transacciones.

El principio de circulación, propio de los valores, se vería maximizado a un nivel macro y ello es indiscutible. Es más fácil transar paquetes compuestos de los mismos elementos uniformes.

Los costos de emisión, sin lugar a dudas, podrían bajar ya que quedan inmersos en las mismas cantidades de palabras, tamaño de papel (si se usara ese medio de registro) y recursos de imprenta.

---

19 Igualmente se podría pensar que por medio del reporto, en la segunda operación se podría transferir los mismos títulos.

20 Consta así en la sentencia 226-2004, emanada de la Sección Segunda del Tribunal Segundo Civil de San José, criterio que se comparte y que es acorde con la naturaleza del negocio de comentario.

21 Una muestra de que se evita incurrir en la prohibición de pacto comisorio.

Cada título, masificadamente igual que los demás, sería fácilmente identificable y moneda de uso común entre los operadores bursátiles.

No hay que olvidar, tampoco, que dos principios cardinales en esta materia, son la formación oficial de precios y la realización por medio de bolsa. En virtud de ellos, la cotización y la verificación de tratos, se hace dentro del esquema bursátil. Jugar bajo las mismas reglas, puede derivar en mayor eficiencia.

Mismos plazos, tasas, valor, etc. Uniformidad.

El suscrito, no tiene reparos en reconocer que por medio de la estandarización y la utilización de reportos, todos esos nobles cometidos, se pueden cristalizar.
Sin embargo, ello no debe implicar la muerte inmediata y forzosa de un tipo contractual, que ha sido creado al amparo de la autonomía de la voluntad. Sea, dentro de ese ámbito de autodeterminación que le permite a cada sujeto del mercado, decidir cómo dispone de su patrimonio.

Se rescata un extracto digno de citar en forma integral:

"He condenado siempre con energía el empeño de aprisionar la libertad humana en unas cuantas reglas preestablecidas en la ley. Son válidas y dignas de respeto cuantas combinaciones invente el interés privado con tal que no sean contrarias a la moral y las buenas costumbres, quepan o no, en las clasificaciones siempre estrechas e insuficientes del legislador. Lo de menos es que los pactos y estipulaciones de los ciudadanos estén de antemano clasificados y tengan un nombre técnico en el Código. No hay quien pueda prever todas las combinaciones que es capaz de crear el ingenio humano por el aguijón de la necesidad y del interés. En nuestro tiempo se han descubierto formas de asociación antes desconocidas, contratos mercantiles y manifestaciones de crédito ignoradas de nuestros abuelos y aún de nuestros padres. ¿Y hemos de rechazarlas porque en los Códigos les falte el nombre de bautismo o porque no se acomoden a sus clasificaciones artificiosas, interventoras y arbitrarias? No. La tutela del Estado no puede llegar hasta obligar a ciudadanos a que en sus convenciones no se salgan del patrón que les ofrezca la ley. En buena hora que ésta modere los contratos ya conocidos y estudiados, pero respetando siempre las modificaciones que libremente pacten los contrantes, así como las nuevas combinaciones que su razón les sugiera, siempre que en esencia sean lícitas y honestas".[22]

Es cierto que el legislador costarricense, no promulgó una norma que hiciera clara referencia al contrato bursátil de recompra. Bajo esa tesitura, se abrió un portillo que le dio vida a una mutación. En efecto, la recompra, representa una degeneración de la figura del reporto y doctrinariamente, es vista como un paria.

---

22 Manuel Alonso Martínez citado por Luis Diez Picaso. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I: Introducción a la teoría del contrato. Editorial Civitas, Madrid, 1996, pp. 127 y 128.

Pero una realidad de muchos millones de colones y muchos títulos involucrados en ese negocio, en la actualidad, impone la imposibilidad de cerrar los ojos ante la recompra.

En ese sentido, hay que endilgarle la responsabilidad por omisión al legislador. Debe culpársele, por algo que no ha sido hecho. Intentar regular, sin tantas lagunas, un pacto que los particulares usan de forma creciente. Pero esa omisión, no le ha restado vida a la figura de la recompra.

Si de un plumazo, se eliminara, los títulos individuales que hoy se encuentran en el mercado, le depararían muchas dificultades a las partes envueltas en la recompra. En la vacatio legis, todos esos sujetos quedarían en una posición de incerteza, ante la duda que sus títulos vayan a ser aceptados por otras personas y empresas. Quedaría la duda, si pueden lograr financiamiento mientras vencen, si les querrían dejar utilidad suficiente para adquirirlos para votar[23].

El hecho que los títulos valores no fungibles, no gocen de las amplias virtudes de los fungibles, no debe aparejar su inmediata aniquilación.

Simplemente, debe ser el mismo mercado, por medio de sus agentes económicos, quien seleccione el mecanismo más conveniente a sus intereses privados. Tanto la recompra, como el reporto, pueden coexistir.

Si un sujeto, quiere emitir títulos individuales, al amparo de los artículos 28 y 46 de la Constitución Política, no se le puede frenar.

Actuar en ese sentido, sería cercenar libertades públicas y dar un motivo para una acción de inconstitucionalidad.

Gran conclusión: una ley que impusiera la muerte súbita de la recompra, quedaría tan sólo en una mera tentativa.

VI. El disfraz del reporto tripartito

La Bolsa Nacional de Valores, dio vida a una serie de reformas, tendientes a fortalecer el empleo del reporto en nuestro medio. [24]

Dichos cambios, obedecen a las transformaciones sufridas por el Reglamento sobre Operaciones de Reporto. Originalmente, esa normativa infralegal, fue aprobada por acuerdo de Junta Directiva adoptado en sesión

---

23 Como solución, se propone que esos valores sean recibidos por los entes gubernamentales (principales emisores de títulos individuales) y los cambien en equivalente, por títulos seriados fungibles del mismo valor y beneficios económicos. No obstante, hay que estar muy consciente, que el Estado es impersonal y siempre va a faltar la voluntad política para incurrir en nuevos costos de emisión y de logística para coordinar el cambio. Y es el principal emisor de valores no fungibles. Eso, no puede olvidarse, a pesar de que en el sector privado, sí se deseara cambiar las cosas. Un análisis similar, puede ser encontrado en el artículo de " Quirós Romero, (Mónica). Comprenda el paso de la recompra al reporto. El Financiero. 4 de mayo de 2003" y Quesada Céspedes (Wilberth). Reportos sustituirían recompras. El Financiero. 23 de febrero de 2003"

24 Escoto Leiva (Roxana); Meoño Briansó (Mario).Operaciones Bursátiles. San José, EUNED, 2003, p. 95. Rodríguez Azuero. Contratos Bancarios. Su significación en América Latina. Bogotá, Legis SA, 2002, p. 682.

número 17/2005, artículo 4, inciso 4.4 del día 14 de noviembre de 2005.

Poco tiempo después, por acuerdo tomado en sesión 04/2006, artículo 2 del 13 de marzo de 2006, se le introdujo una variación más, que frontalmente tocó a la recompra y que fue apadrinada por oficio 1248 de 27 de marzo de 2006, emanado de Sugeval.

A partir del artículo 17 de ese reglamento operativo, se enuncia el reporto tripartito. Paralelamente, se derogan las viejas disposiciones del Sistema Operativo para la realización de Operaciones de Recompras, adoptado en acuerdo de la sesión 26/91 y sus modificaciones.

Se dicta un transitorio I. Éste, señala que las operaciones de recompra pactadas con anterioridad a la entrada en vigencia del reglamento nacido al amparo del acuerdo 04/2006, se regirán por la normativa vigente al momento de su realización, hasta su vencimiento.

Este transitorio, tan sólo representa el reconocimiento por parte de los directivos de la Bolsa, de la problemática comentada en el parágrafo anterior. Denota la intención de no violentar en forma abrupta, la voluntad de las partes contratantes.

Mantiene vivas las recompras, pero bajo el eufemismo de que en lo sucesivo, donde aparezca esa palabra, deberá entenderse como “reporto tripartito”.

Ese cambio de nomenclatura, es un velado intento, de ir borrando poco a poco, del inconsciente colectivo, la alusión a la recompra. Empero, no apareja ninguna evolución verdaderamente sustancial.

Lo único que cambia, es la denominación de un instituto jurídico y no su naturaleza intrínseca. Prepara el terreno, para otras transformaciones a futuro, para que el inversionista y los operadores bursátiles, se habitúen al reporto. Y refuerza el hecho, que, el uso de títulos estandarizados, como objeto de los negocios, no puede ser impuesto coactivamente.

Se afirma tal cosa, a partir de la lectura del numeral 18. Ahí, radica la clave, para comprender que las cosas, siguen muy parecidas. No aparece una señal de homogeneización a nivel de títulos emitidos.

La norma, indica, que los valores objeto del reporto tripartito, serán valores de deuda, accionarios o de participación. Nunca se refiere a títulos “estandarizados”, “fungibles” o “de la misma especie y calidad”. Contrastantemente, el artículo 2 del Reglamento de operaciones con reporto, sí lo hace cuando regula el tema del reporto propiamente dicho.

El reporto tripartito, en su esencia, sigue siendo la misma recompra. Incluye la intervención de la Bolsa Nacional de Valores, como fiduciario del fideicomiso de garantías y a las partes representadas en los puestos de bolsa. Lo que ocurre con él, en muy poco se diferencia de lo ya conocido.

Ni la autoridad reglamentaria del mundo bursátil costarricense ni el poder legislativo, han sido capaces de ofrecer en forma efectiva y bien regulada, alternativas para acceder a títulos seriados. Los inversionistas, saben que el título individual, les reditúa con más fuerza, sin tener que participar de las obligaciones derivadas de la gestión empresarial. Los emisores privados, porque protegen su intereses de no ceder control ni dar participación a extraños en sus sociedades. Y El Estado, porque cuenta con

el comodín de variar las ventajas patrimoniales que otorgan los títulos, de manera constante y como paliativo a su crisis fiscal.

VII. Conclusiones

De forma sintética, puede derivarse conclusiones sencillas en cuanto al tema de la recompra en Costa Rica:

El contrato bursátil de recompra, es una categoría jurídica, nacida al amparo de la autonomía del voluntad.

Sus ideas motrices, parten desde el concepto del reporto. Encuentra su variante en el objeto, que es un título de características individuales, abundante en el mercado costarricense.

El Estado, ha inundado el mercado de valores, con títulos no fungibles y muy variados en importes de capital, plazos, tasas de incentivo y datas de emisión.

La recompra, involucra la combinación de dos operaciones bursátiles, engarzadas bajo una causa o finalidad común de financiamiento, especulación o búsqueda de mayoría en asamblea de socios.

La recompra cumple una notoria función económica, tendiente a la obtención de liquidez y que domina la mayoría de las operaciones bursátiles en Costa Rica.

Una ley que suprima la recompra de la realidad costarricense, adolecería de vicios de inconstitucionalidad.

La existencia de la recompra, es un reflejo de las limitantes que encuentra el desarrollo pleno e un mercado bursátil. La propia Bolsa Nacional de Valores, admite a cotización dentro de sus esquemas, títulos individuales (especialmente los estatales).

Por recaer en un objeto no fungible, frena la circulación de la riqueza, el abaratamiento de costos de emisión e impide el intercambio de ágil de valores y su rápida compensación.

La reforma operada por acuerdo 04/2006, vino a suprimir la nomenclatura de “recompra”, para instaurar en su lugar, “reporto tripartito”.

El cambio de terminología, no supone una evolución profunda y mantiene en lo sustancial, el mismo funcionamiento de una recompra, pero con otro nombre.

El legislador costarricense, cometió en un yerro por omisión, al dejar la regulación del tema de la recompra, en manos de la Bolsa Nacional de Valores.

El volumen y monto de las transacciones, justifica una regulación expresa de un instituto desarrollado a base de usos bursátiles y el círculo cerrado de corredores bursátiles.

Bibliografía

Arias Córdoba (Fabio). Revista Ivstitia. Recompra: ¿reporto o préstamo?, Año 13. N° 151-152, 1998

Barquero Ulloa (Adriana). Las operaciones de recompra en la BNV en el período 1996-2000. Tesis de grado para optar por el título de Magíster en Administración de Negocios. Sistema de Estudios de Posgrado. Universidad de Costa Rica, San José 2001

Cortés Arroyo (Carlos German) y otros. Propuesta para el registro contable de las operaciones a plazo, de recompra y reporto en los fondos de inversión del mercado financiero costarricense. Tesis de grado para optar por el título de Licenciados en Administración de Negocios. Facultad de Ciencias Económicas, Escuela de Administración de Negocios. Universidad de Costa Rica, San José, 2004

El Financiero. Quirós Romero, (Mónica). Comprenda el paso de la recompra al reporto. 4 de mayo de 2003

El Financiero. Quesada Céspedes (Wilberth). Reportos sustituirían recompras.23 de febrero de 2003.

Escoto Leiva (Roxana); Meoño Briansó (Mario).Operaciones Bursátiles. San José, EUNED, 2003

Hernández Aguilar (Álvaro). Derecho Bursátil. Tomo II. San José, IJSA, 2004

Jop Dejuk (Arturo). Los determinantes del riesgo en operaciones de recompra. Tesis de grado para optar por el título de Magíster en Administración de Negocios. Sistema de Estudios de Posgrado. Universidad de Costa Rica, San José, 2002.

Linares Bretón (Samuel). Operaciones de Bolsa, bolsas de comercio y mercados de valores. Buenos Aires, Ediciones Depalma SRL, 1980.

Manuel Alonso Martínez citado por Luis Diez Picaso. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I: Introducción a la teoría del contrato. Editorial Civitas, Madrid, 1996

Messineo, (Francesco). Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo V. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América. 1979

Rodríguez Azuero (Sergio). Contratos Bancarios. Su significación en América Latina. Bogotá, Legis SA, 2002

Tribunal Segundo Civil de San José, Sección Segunda, Voto n º 226 de las 16:35 horas del treinta de junio de 2004

Zunzunegui (Fernando). Derecho del Mercado Financiero. Madrid, Marcial Pons, 1997.

SITUACION JURÍDICA DE LOS CEMENTERIOS PUBLICOS

Msc. Ronaldo Hernández H
Msc. Derecho Público
Especialista Derecho Mercantil
Doctorando egresado Derecho Administrativo

INTRODUCCIÓN

"Ser o no ser... he ahí el dilema",
"Pienso... luego existo",
"yo soy yo, y mi circunstancia",

Con la muerte del ser humano, surge su inmediata e innegable despedida. Familiares o extraños, cercanos o desconocidos, simplemente se avocan a darle ceremonia de despedida y socialmente residenciar los restos mortales, en los llamados cementerios, salvo que se opte por la cremación, porque así lo disponen las regulaciones del derecho.

Esos espacios o campos, donde se depositan los restos mortales de la humanidad, llevan el nombre de cementerios, panteones o camposantos. Los hay privados, es decir, son bienes inmuebles en donde su titularidad reside en sujetos de derecho privado y los hay públicos, en donde su titular es un ente público. Se residencia el objeto de estudio de este trabajo, en estos últimos.-

Vamos a analizar dentro del universo de particularidades que conforman dicho instituto, cuáles son las regulaciones jurídico generales que inciden en estos bienes afectados a dominio público, en su categoría de artificiales, haciendo énfasis en la figura del "Cementerio Público".-

Debemos estudiar en la diversa normativa, entre otras la Ley General de Salud y el Reglamento de Cementerios, así como el Código Municipal, reglamentos municipales, en todo aquello relacionado con la naturaleza jurídica de estos sitios, así como pronunciamientos de la Procuraduría General de la República y de los Tribunales de Justicia, para aproximarnos en el entendimiento de este "derecho funerario".

¿Cuáles son las atribuciones de la Administración del Cementerio y sus obligaciones? ¿ Qué nos ha dicho la jurisprudencia sobre esta materia? ¿ Qué sucede cuando, en el caso de los cementerios privados, acreedores persiguen la propiedad del nicho, tumba, sepulcro o bóveda, en la búsqueda de satisfacción de un crédito no saldado ? etc. Aunque no todas estas interrogantes tienen respuesta clara en la legislación y tampoco todas tienen relación con el derecho público y en especial el municipal, es muy recomendable que hagamos un esfuerzo por aclarar estos puntos y hacer un parangón con situaciones que se puedan presentar en la vida real.

PRIMERA PARTE. DOMINIO PUBLICO Y SU RELACIÓN CON LOS CEMENTERIOS

Resulta de importancia introductoria para el desarrollo de este trabajo, la exposición de los lineamientos generales que orbitan a la figura del Dominio Público y su trascendencia sobre

los cementerios públicos para considerarlos parte de este ámbito jurídico especial, así como determinar la naturaleza jurídica de los usos privativos que sobre ellos pueden disfrutar los administrados.-

SECCIÓN I.- DOMINIO PÚBLICO

Héctor J. Escola define Dominio Público como: "El conjunto de bienes de propiedad pública del Estado, "lato sensu", afectados al uso público, directo o indirecto de los habitantes y sometidos a un régimen jurídico especial de derecho público, y por tanto exorbitante del derecho privado."[1]

Esto es, el dominio público se encuentra conformado por cuatro elementos para cumplir con su cometido de interés público o para cumplir el servicio público, esto son:

1. subjetivo,
2. objetivo,
3. normativo
4. teleológico.

El elemento subjetivo se refiere al titular del derecho -El Estado-; el elemento objetivo se refiere o se constituye por el bien o los bienes sobre los cuales recae el dominio público -para este caso el inmueble objeto de afectación; el elemento normativo determina cuando un bien reúne los requisitos señalados por ley ordinaria o constitucional para considerarlo demanial, es decir, es el conjunto de normas que lo rigen; y el elemento teleológico que se refiere a la finalidad que se persigue al incluir determinado bien dentro del dominio público, qué finalidad pública es asignada al bien.-

Los bienes de dominio público están sometidos a un régimen jurídico especial, se encuentran sujetos a un poder de policía, y se caracterizan esencialmente por su inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

Por su naturaleza, están dirigidos a satisfacer necesidades públicas de variada índole, este hecho impide que sobre ellos exista tenencia o posesión, a título de dueño, sea, con pretensión subjetiva de dominio particular, por parte de particulares o personas privadas, es decir, están fuera del comercio del derecho privado, "extra comercium iuris homine".[2]

En relación con este la Sala Constitucional, refiriéndose a que la regulación de la propiedad dominical encuentra fundamento en el inciso 14) del artículo 121 de la Carta Magna, dispuso:

" El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público. Son llamados bienes dominicales, bienes demaniales, bienes o cosas públicas, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y sometido a un régimen especial, fuera del comercio de los

---

1 ESCOLA (Héctor Jorge), El Interés Público como Fundamento de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1989, página 201.

2 Así referido por el Dr, Ernesto Jinesta, en clase magistral del curso Dominio Público. Universidad Libre de Derecho. Junio, 2006.

hombres. Es decir, afectados por su naturaleza y vocación. En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa. Notas características de estos bienes, es que son inalienables, imprescriptibles, inembargables, no pueden hipotecarse ni ser susceptibles de gravamen en los términos del Derecho Civil y la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio. Como están fuera del comercio, estos bienes no pueden ser objeto de posesión, aunque se puede adquirir un derecho al aprovechamiento, aunque no un derecho a la propiedad, el permiso de uso es un acto jurídico unilateral que lo dicta la Administración, en el uso de sus funciones y lo que se pone en manos del particular, es el dominio útil del bien, reservándose siempre el Estado, el dominio directo sobre la cosa, la precariedad de todo derecho o permiso de uso, es consustancial a la figura y alude a la posibilidad que la administración, en cualquier momento lo revoque, ya sea por la necesidad del Estado de ocupar plenamente el bien, por la construcción de una obra pública al igual que por razones de seguridad, higiene, estética, todo ello en la medida que si llega a existir una contraposición de intereses entre el fin del bien y el permiso otorgado, debe prevalecer el uso natural de la cosa pública. En consecuencia, el régimen patrio de los bienes de dominio público, ... los coloca fuera del comercio de los hombres y por ello los permisos que se otorguen serán siempre a título precario y revocables por la Administración, unilateralmente, cuando razones de necesidad o de interés general así lo señalan ...".[3]

En otro pronunciamiento - número 5399-93 de 16 horas 39 minutos del 26 de octubre de 1993 dijo:

> " ... no es posible tener por violado el artículo 45 Constitucional, ... ya que no se imponen limitaciones a la propiedad privada, sino que al regularse el dominio público, la ley lo que hace es establecer condiciones mediante las que es posible el uso y disfrute ..., por parte de los particulares. Así quien pretenda por medios no autorizados ejercer un uso privativo de esa zona tendrá vedada la posibilidad de consumarlo, pues es aceptable también, desde tiempo inmemorial, que se trata de bienes imprescriptibles en favor de particulares y que están fuera del comercio", y acota el Tribunal, principios también recogidos en el numeral 262 del Código Civil.-"

Nuestra Constitución Política en su artículo 121 inciso 14), hace referencia a la demanialidad indicando qué bienes son susceptibles de ese régimen de propiedad pública, incluso estableciéndose en ese artículo diferentes grados de afectación pública dándose un grado de publicatio intenso y absoluto hasta otros grados menos intenso y se armonizan los derechos de los administrados con las potestades de la Administración.
Los cementerios públicos no radican o

---

3 Voto de Sala Constitucional, 5976-93 de 15 horas 42 minutos del 16 de noviembre de 1993

extraen su demanialidad bajo el contexto constitucional, y es en virtud de ley, Ley 24 de 19 de julio de 1884 que timoratamente sin referencia al carácter demanial, nos aproxima al tema, indica: “Art.1 Los cementerios que hasta ahora han estado bajo la autoridad eclesiástica, quedan secularizados.; Art 2 La construcción y administración de ellos, estará a cargo de la autoridad política de cada lugar, y bajo la inspección del Gobernador de la provincia respectiva”. Debemos presumir, ante omisión legislativa, que también los terrenos destinados para este fin específico pertenecen a la Nación.-

Nuestro Código Civil vigente que data desde el mes de abril de mil ochocientos ochenta y seis, regula las bases más importantes en materia de bienes de dominio público, concretamente en sus artículos 261 al 263.

El artículo 262 del citado Código Civil, hace referencia a dos características importantes de los bienes de dominio público: a- las cosas públicas están fuera del comercio, y b- se establece la desafectación al decir que esos bienes no pueden entrar en el comercio privado, mientras legalmente no se disponga así. A entendimiento inverso, todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes en el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona.-

De acuerdo con dicha norma del Código Civil, la demanialidad puede derivar del hecho de que un bien esté entregado al uso público, o bien, destinado a cualquier servicio público. En el primer caso, se trata de un bien de uso común general, que permite que cualquiera pueda utilizarlo sin que para ello requiera un título especial; el uso de uno no impide el de otra persona. Es el caso de las calles, plazas y jardines públicos, carreteras, caminos, de las playas y costas, entre otros. Pero puede tratarse de bienes destinados al servicio público. En este último caso, el elemento fundamental es la afectación. De modo que si los bienes no están destinados de un modo permanente a un servicio u uso público ni han sido afectos por ley a un fin público, puede considerarse que constituyen bienes patrimoniales de la Administración o dominio privado de la Administración.

Se desprende de ello que si el bien, por su propia naturaleza, no puede ser destinado al uso público, sólo podrá considerarse demanial si está afecto a un fin o servicio público, este caso en particular, es el de los cementerios.

Véase como nota curiosa, que mediante el decreto XXII del 23 de mayo de 1870, primero se determinó como bienes públicos, los cementerios para cadáveres de naturales y extranjeros de religiones disidentes al catolicismo que los propios cementerios eclesiásticos. El artículo 2 de este decreto señala: “Estos terrenos serán comprados por la Nación y estarán bajo el cuidado y vigilancia de la autoridad política del lugar respectivo”.

La anterior concepción demanial se ha ratificado hoy día, con los pronunciamientos judiciales, así, “... el régimen jurídico de los cementerios se ubica en el Derecho Público y el camposanto se considera como un bien demanial, lo que impide a lo ciudadanos ejercer sobre ellos actos de posesión o pretender los derechos que de ella se derivan, quedando a salvo, claro está, las relaciones que se establecen con los propietarios, concesionarios o arrendadores de las sepulturas, monumentos y mausoleos que se erigen en el cementerio, las cuales estarían regidas, por el régimen apropiado a

su condición. (Ley N ° 24 de l9 de julio de l884, Decretos N ° l7 de 5 de setiembre de l931, N ° 704 de la Junta Fundadora de la Segunda República de 7 de setiembre de l949)...."[4]

En nuestro medio, el artículo 121 inciso 14) de la Constitución Política establece como atribución de la Asamblea Legislativa "decretar" la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de La Nación. Dicha norma se complementa con lo dispuesto en el artículo 261 del Código Civil, donde se establece qué ha de entenderse por cosas públicas y por cosas privadas. La última de las disposiciones citadas indica expresamente:

> "**Artículo 261.-** Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público.
>
> Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona".

La Sala Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse reiteradamente sobre las características de los bienes que integran el dominio público. Por ejemplo, en su resolución n° 2306-91 de las 14:45 horas del 6 de noviembre de 1991, indicó:

> "El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público.- Son los llamados bienes dominicales, bienes dominiales, bienes o cosas públicas o bienes públicos, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres.- Es decir, afectados por su propia naturaleza y vocación.- En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa."

De lo expuesto se puede afirmar que el dominio público está constituido por bienes cuya titularidad es generalmente pública, y que se encuentran afectados por ley a un fin de utilidad o de uso público. Tales bienes se encuentran sometidos a un régimen jurídico especial que facilita al Estado la realización de sus fines.

En el caso específico que nos ocupa, si bien desde 1884, con la ya citada ley de secularización de los cementerios, se encargó la administración de esos bienes a las autoridades políticas de cada lugar, no se dispuso ahí, ni en ninguna norma de rango legal posterior, la afectación de los

---

4 Voto N ° 144-99 SECCION PRIMERA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, de las nueve horas cuarenta minutos del veintidós de abril de mil novecientos noventa y nueve.

cementerios al dominio público. Ello, a pesar de que se trata de bienes que, evidentemente, se destinan de manera permanente a un uso de utilidad general.

La situación apuntada nos conduce a cuestionarnos si es posible admitir que exista dominio público sin afectación formal por vía legislativa. Al respecto es preciso hacer notar que el citado artículo 261 del Código Civil cataloga como bienes demaniales no sólo los que por ley están destinados de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, sino, además, aquellos de que todos pueden aprovecharse, por estar entregados al uso público.

La Sala Constitucional ha admitido que los bienes destinados permanentemente a usos de utilidad general –aunque no exista afectación formal– constituyan bienes demaniales. Así por ejemplo, en su resolución n.° 2562-91 de las 9:35 horas del 29 de noviembre de 1991, indicó:

> "Los bienes adquiridos por el Estado o las Juntas de Educación o administrativas para dedicarlos a la educación pública, son por propia naturaleza, bienes de dominio público y sometidos a un régimen especial, en razón de los fines que deben cumplir ".

Posteriormente, en su resolución n.° 5879-94 de las 10:00 horas del 7 de octubre de 1994, también expresó:

> "Toda construcción de locales destinados en forma permanente a un uso de utilidad general, impone que esos bienes sean considerados como demaniales, como por ejemplo en el caso de los locales comerciales en mercados municipales o en este caso, de los construidos en las terminales para el servicio de autobuses. Lo normal en este caso es que el Gobierno Local construya las instalaciones y las de en arriendo a los particulares; el vínculo que surge de esta relación no constituye un simple alquiler, en los términos del derecho común. Para el particular constituye una forma de uso y aprovechamiento de una cosa pública que queda regulada por el derecho público."

De conformidad con lo anterior, es posible afirmar que existen bienes demaniales "por naturaleza", representados por aquellas cosas que se destinan, de modo permanente, a un uso de utilidad general. Esa afirmación encuentra respaldo en los precedentes jurisprudenciales transcritos, los cuales, son vinculantes erga omnes, según lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

En el caso de los cementerios municipales, aunque ninguna norma legal (o de rango superior a la ley) lo haya señalado expresamente, es claro que se trata de bienes destinados permanentemente a un uso de utilidad general, por lo que constituyen bienes de dominio público.

Al pronunciarse sobre la naturaleza de los cementerios, el Tribunal Contencioso Administrativo, en su sentencia n.° 144 del 22 de abril de 1999, indicó:

> "… el régimen jurídico de los cementerios se ubica en el Derecho Público y el camposanto se considera como un bien demanial, lo que impide a los ciudadanos ejercer sobre ellos actos de posesión o pretender los derechos

> que de ella se derivan, quedando a salvo, claro está, las relaciones que se establecen con los propietarios, concesionarios o arrendadores de las sepulturas, monumentos y mausoleos que se erigen en el cementerio, las cuales estarían regidas, por el régimen apropiado a su condición".

Por su parte, el Reglamento General de Cementerios, Decreto Ejecutivo Nº 32833, vigente a partir del diecinueve de diciembre de 2005, en su artículo 55, dispone que los cementerios deban considerarse patrimonio público. Tal disposición, aunque no es de rango legal, forma parte del ordenamiento jurídico vigente y refuerza la naturaleza demanial de los cementerios. El texto de esa norma indica:

> "Artículo 55.—Todos los cementerios nacionales se considerarán patrimonio público, sujetos a sus leyes y reglamentos, inalienables, secularizados y no podrán ser suprimidos sino por razones de orden público, previo criterio técnico y autorización del Ministerio.."

Establecida entonces la naturaleza demanial de los cementerios municipales y siendo la inalienabilidad una de las características de este tipo de bienes, es posible afirmar que ni las juntas administradoras de esos cementerios, ni ningún otro órgano municipal, está jurídicamente habilitado para vender espacios del terreno –propiedad de la municipalidad– donde se encuentra ubicado el cementerio.

A pesar de lo anterior, sucede en algunos casos que no todo el terreno ocupado por un cementerio es propiedad de la municipalidad, sino que en él existen sepulturas, monumentos, mausoleos, etc., que se encuentran inscritos, como propiedad privada, ante el registro público respectivo. En tales supuestos, la naturaleza privada de esa propiedad debe respetarse de manera tal que, en tales supuestos, sí podría admitirse la posibilidad de que los propietarios de esos espacios los vendan a terceras personas, siguiendo para ello el procedimiento establecido en el decreto ley relativo a la "Regulación de la Propiedad y Arrendamiento de Tumbas en Cementerios" (n.° 704 de 7 de setiembre de 1949)[5].

El decreto ley a que se acaba de hacer referencia, aparte de que admite la existencia de casos de propiedad privada dentro de los cementerios, regula los requisitos y el procedimiento para el traspaso de esa propiedad; establece que dicho traspaso sólo es posible cuando las parcelas, tumbas, mausoleos, etc., no hayan sido usados, o cuando, habiéndolo sido, se hubieren exhumado todos los restos que ellos contengan; prohíbe la venta con pacto de retroventa; declara la inembargabilidad de esos bienes; señala que no pueden ser dados en garantía o gravados en forma alguna;

---

5 Al respecto, la Sala Constitucional ha indicado: "…no es posible interpretar que el dominio público se crea por decisión unilateral de la Administración, con prescindencia de la voluntad del propietario y menos cuando el inmueble está inscrito en el Registro Público de la Propiedad Inmueble, si no ha mediado de previo, un acto de entrega voluntario, que pueda ser probado por la Administración por cualquier medio; o si no ha mediado previa indemnización, si se trata de adquirir el inmueble por la vía forzosa, tal y como lo señala el artículo 45 constitucional". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.° 3145-96 de las 9:27 horas del 28 de junio de 1996, reiterada en la n.° 6999-96 de las 12:24 horas del 20 de diciembre de 1996.

establece como obligación de los dueños, el mantener las parcelas, tumbas y mausoleos en buen estado de conservación y ornato; y dispone las medidas que deben adoptarse en caso de que esos bienes sean abandonados. Cabe mencionar que tratándose de sitios sujetos a propiedad privada dentro de un cementerio, si bien la Municipalidad no está habilitada para cobrar suma alguna por concepto de arrendamiento, sí estaría en condición de exigir, por los medios ya descritos, el pago de una cuota para gastos de mantenimiento de las zonas comunes del cementerio o para gastos de administración.

En síntesis, es posible afirmar que por ser los cementerios bienes de dominio público, la municipalidad que los administra no está facultada para vender espacio alguno de su propiedad en dichos cementerios; sin embargo, en caso de que existan espacios que no pertenezcan a la municipalidad, sino a sujetos privados, sí es posible realizar esa venta, mediante el trámite previsto en el decreto-ley n.° 704 de 7 de setiembre de 1949.

SECCION 2. -CONCEPTO DE DEMANIALIDAD Y SUS NOTAS INTERESANTES.-

La Sala Constitucional, en el Voto 2306-91 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del 6 de noviembre de 1991, entró a definir el concepto de dominio público, precisando otros aspectos importantes sobre el tema. Afirma que:

> "…El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público.- Son los llamados bienes dominicales, bienes demaniales, bienes o cosas públicas o bienes públicos, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres-. Es decir, afectados por su propia naturaleza y vocación. En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa." .

Siguiendo con el desarrollo doctrinal de la demanialidad, la Sala en mención, ha llenado los vacíos que las leyes sectoriales sobre estos bienes regulan:

> "Los bienes del Estado se caracterizan por ser de su exclusiva titularidad y porque tienen un régimen jurídico especial; integran la unidad del Estado y junto con su organización política, económica y social, persiguen la satisfacción -en plano de igualdad- de los intereses generales; su objetivo final es alcanzar, plenamente, el bien común. Es ésta la principal razón para justificar la existencia de un impedimento, por lo menos en principio, para la libre disposición de esta categoría de bienes. El régimen especial que los cobija, sin embargo, no alcanza por igual a todos los bienes públicos; la mayor, menor o inexistente cobertura dependerá del tipo de bien de que se trate. Es por ello que la doctrina del Derecho público habla de diversos tipos de bienes que pertenecen al Estado. La tradición jurídica costarricense ha estructurado

su propio régimen a partir de esas ideas, de manera que esos bienes, entendidos en el sentido más amplio del concepto, se clasifican en demaniales por naturaleza o por disposición de la ley, los bienes privados del Estado, los derechos reales sobre bienes ajenos (servidumbres), los derechos económicos o financieros (como lo valores o bonos del Estado) y los bienes comunales, entre otros. Los bienes demaniales o dominicales, como también se les conoce, tienen ese carácter en virtud de una afectación legal, que es la que determina su sujeción a un fin público determinado, en tanto marca el destino del bien al uso o servicio público o a otra finalidad determinante que justifique su demanialidad. De esta suerte, la afectación es la vinculación, sea por acto formal o no, por el que un bien público se integra al patrimonio nacional en virtud de su destino y de las correspondientes previsiones legales. Ello conlleva, como lógica consecuencia, que solamente por ley se les pueda privar o modificar el régimen especial que los regula, desafectándolos, lo que significa separarlos del fin público al que están vinculados. Requiere de un acto legislativo expreso y concreto, de manera tal que no quede duda alguna de la voluntad del legislador de sacar del demanio público un bien determinado e individualizado, sin que sea posible una desafectación genérica, y mucho menos implícita; es decir, en esta materia no puede existir un "tipo de desafectación abierto", que la Administración, mediante actos suyos discrecionales, complete. Debe asimismo hacerse la advertencia de que toda desafectación, como proviene de un acto legislativo, está sujeta a los controles jurisdiccionales corrientes".[6]

La afectación como la entiende el alto tribunal, es doctrinalmente el:

> "... acto formal por el que un bien de titularidad pública se integra en el demanio en virtud de su destino y de las correspondientes previsiones legales". [7]

Se sigue de lo anterior que en tratándose de los bienes de las entidades públicas, la presencia de un servicio público e incluso la satisfacción de un fin público no determinan per se, la naturaleza demanial del bien. Esta sólo existirá si la Asamblea Legislativa ha formalmente afectado el bien de que se trate o en su caso, si el bien está destinado al uso público. La afectación, entonces, es la cualidad que permite clasificar y comprender bien como demanial.

---

6 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Res: 2000-10466. 10:17 hs. 24-11-2000.-

7 M, SANCHEZ MORON: Los bienes públicos (Régimen Jurídico). Editorial Tecnos, Madrid, 1997, p. 40

> "El dominio público es una técnica de intervención mediante la que se afectan a una finalidad pública determinada prevista por la ley -ya sea el uso o el servicio público, el fomento de la riqueza nacional o la protección y garantía de explotación racional de recursos naturales- ciertos bienes de titularidad pública igualmente previstos por la Constitución o las leyes, dotándoles de un régimen jurídico de protección y utilización de Derecho administrativo". [8]

Procede recordar que esa afectación puede ser declarada en forma genérica por la ley, o bien en forma específica respecto de determinado bien. La titularidad de bien corresponde al Estado u otro ente público; en ese sentido son bienes de propiedad pública.

Como consecuencia de la afectación, estos bienes están sujetos a un régimen jurídico particular en orden a su adquisición, uso, disfrute y, en su caso, enajenación, lo que comprende la prohibición de hipotecarlos, gravarlos, embargarlos o enajenarlos, salvo desafectación al fin público. En efecto, generalmente se predica de estos bienes su inembargabilidad, imprescriptibilidad y enajenabilidad, prohibiciones que tienden a la protección y uso de los bienes.

Es por ello que la Sala Constitucional los ha definido como:

> "... el conjunto de bienes sujeto a un régimen jurídico especial y distinto al que rige el dominio privado, que además de pertenecer o estar bajo la administración de personas jurídicas públicas, están afectadas o destinados a fines de utilidad pública y que se manifiesta en el uso directo o indirecto que toda persona pueda hacer de ellos..." [9]

En Voto 2301-91, se indica cuáles son las características de estos tipos de bienes:

> "...Notas características de estos bienes, es que son inalienables, imprescriptibles, inembargables, no pueden hipotecarse ni ser susceptibles de gravamen en los términos del Derecho Civil y la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio.- Como están fuera del comercio, estos bienes no pueden ser objeto de posesión, aunque se puede adquirir un derecho al aprovechamiento, aunque no un derecho a la propiedad".

A contrario, si los bienes no están destinados de un modo permanente a un uso público ni han sido afectos por ley a un fin público, puede considerarse que constituyen bienes patrimoniales de la Administración: son dominio privado de la Administración:

> "Construida como una categoría residual del dominio público, la de los bienes patrimoniales del Estado designa al conjunto de bienes de titularidad estatal que no forman parte de aquél y que tienen, por ello, "el carácter de propiedad privada" (art. 340 CC)".[10]

---

8 Loc. Cit., p. 37

9 Resolución N° 3145-96 de las 9:27 hrs. del 28 de junio de 1996.

10 C, CHINCHILLA MARÍN: Bienes Patrimoniales del Estado (Concepto y Formas de Adquisición por Atribución de Ley), , Marcial Pons, Colección Garriguez &Andersen, Madrid, 2001, p. 44.

Los bienes patrimoniales están sujetos a un régimen de Derecho Privado, conforme el cual la titularidad y explotación del bien se diferencia muy poco del que el Derecho Civil reconoce al propietario privado. Quizás las diferencias fundamentales respecto de los bienes privados son que la Administración sólo puede adquirirlos, disponer de ellos y venderlos según procedimientos administrativos, por una parte. Dichos bienes deben ser usados y dispuestos en orden a la satisfacción del interés público, por otra parte.

El vínculo que une esos bienes a la Administración Pública es la titularidad del dominio, no la titularidad de potestades como es el caso del dominio público. El bien patrimonial pertenece al ente público simplemente en su condición de propietario, titular, por ende, de un derecho real, no un título jurídico de intervención en tanto conjunto de potestades reconocidas por el ordenamiento.

Mediante voto número 447-91 de las quince horas treinta minutos del 21 de febrero de 1991, la Sala Constitucional manifiesta que la declaración de dominio público del bien se establece por ley, esta declaración no constituye una limitación a la propiedad, de acuerdo con el artículo 45 de la Carta Magna, pues éste artículo se refiere a propiedad privada, y los bienes de dominio público no están sujetos a propiedad privada.

Como puede observarse la afectación al régimen de dominio público no depende de la naturaleza del bien, sino de la voluntad del legislador. Así, los cementerios públicos, normalmente de dominio municipal, no se resisten ante tal nomenclatura y asumen jurídicamente esta posición, siendo destinados los públicos para el asentamiento de restos humanos propiamente.-

A) Bienes Dominicales

Se ha afirmado hasta ahora, y se mantiene ese criterio, que los cementerios públicos son bienes dominicales artificiales, esto es, integran el patrimonio público indisponible del Estado, y como tal, forma parte del conjunto de cosas sobre las cuales el Estado mantiene un derecho de propiedad.-

Los cementerios públicos, muestran por esa afectación y categorización las siguientes características:

1. Inalienables:

No pueden enajenarse o traspasarse, no puede haber sobre ellas posesión ni tenencia de particulares. Su destino no puede se variado.- Es decir, están excluidas del comercio ordinario establecido por el Derecho Civil. No susceptibles de propiedad privada.- Se excluye la posibilidad de que la misma sea susceptible de dominio de los particulares, lo cual, tiene una excepción, que sería el proceso de desafectación de un bien público.

> "La ocupación ilícita que el actor realizó en parte de aquél, no le confieren derecho alguno, sino por el contrario obligan a la Administración encargada de su custodia, a su defensa y la adopción de todas la acciones pertinentes para su recuperación." [11]

11 Voto N ° 144-99 SECCION PRIMERA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, de las nueve horas cuarenta minutos del veintidós de abril de mil novecientos noventa y nueve.

2. Imprescriptibles

No se pierde con el transcurso del tiempo. Los bienes del Estado no puedan perder esa condición por el transcurso del tiempo. Esta característica es aplicable únicamente a los bienes del dominio público pero no a su uso, el cual sí puede adquirirse por medio de prescripción adquisitiva pero bajo la condición de que se encuentre autorizado expresamente en un cuerpo normativo anterior.

3. Inembargables.

El embargo es inaplicable en los bienes de dominio público, ya que por su fin y naturaleza, dicho bien, no debe ser restringido, con limitaciones como las que impone un embargo. Los bienes dominiales se encuentren fuera del comercio de los hombres y de los medios de garantía previstos en el derecho privado.

B) Finalidad Y Uso Comun del Dominio Público

El dominio público se caracteriza por estar constituido por un conjunto de bienes destinados al uso directo o indirecto de la colectividad.

Solamente existe afectación al uso público directo cuando los particulares tienden a utilizar el bien directamente por sí mismos, no cuando su objeto final es utilizar el servicio público instalado sobre el bien. En éste último caso, nos encontramos con un bien afectado al uso público indirecto.

Cuando se trata del uso de los bienes del dominio público por los administrados, es necesario diferenciar los distintos tipos de utilización:

1. Uso común: se ejerce por el público colectivamente y en forma anónima.

2. Uso especial: reserva una porción exclusiva del dominio público al usuario.

Se distingue en doctrina entre los bienes afectados a uso público directo, dos clases distintas:

1. Los afectados al uso directo y colectivo del público.

2. Los afectados al uso directo, individual y privativo.

También existen bienes que están afectados en forma indirecta al uso de la colectividad, y una de esas formas de afectación es cuando ellos se destinan a un servicio público. Entonces, todos los bienes afectados a la prestación de un servicio público que presta el Estado, forman parte del dominio público.

1. USO COMÚN

Es aquel que se ejerce por el público colectivamente y, en general, en forma anónima. Es un uso que lo pueden realizar todas las personas por su sola condición de tales, sujetándose a la obligación de observar las disposiciones reglamentarias dictadas por la autoridad competente. Existen distintos tipos de usos comunes, pero el más importante es el tránsito por las vías públicas.

Caracteres

1. Libertad en el uso común: la utilización no está sujeta a ninguna autorización previa.

2. Gratuidad: el uso común de las dependencias del dominio público es gratuito, pero ésta regla admite excepciones cuando el órgano competente exige por ejemplo, el pago de peajes para la utilización por automotores.

3. Igualdad: todos los particulares se hallan en la misma situación y deben ser tratados sin preferencia ni favor.

4. Sin limitación de término: existe mientras el bien público exista como tal.

Anónimo: el usuario no está determinado.

Naturaleza jurídica

Al respecto, existen varias teorías:

Algunos sostienen que el uso común es el ejercicio de un derecho real del particular sobre la cosa. Otros sostienen que es el ejercicio de una libertad individual. Y hay quienes sostienen que es un derecho cívico. Entenderemos, que se trata de una potestad que puede ser ejercida por todos los habitantes de un país, sin individualizarlos (o sea en forma anónima). Por ende, no puede hablarse de un interés legítimo, sino de un simple interés. Por tanto, el particular no tiene acción judicial para hacer cesar los obstáculos al uso común, sino que solamente puede intentar la deducción de recursos administrativos ante el órgano competente.

2. USO ESPECIAL

Es aquel que únicamente pueden realizar las personas que hayan adquirido la respectiva facultad conforme al ordenamiento vigente. No es el uso general de la colectividad, como en el caso del uso común. El uso especial podrá ser adquirido por cualquiera de los medios que al efecto establezca o reconozca el ordenamiento jurídico vigente en el lugar. Esos medios son:

1. Permiso de uso. Aplicado por la Administración para que los usuarios aprovechen y usen los cementerios.-

2. Concesión de uso. La Concesión de Uso de dominio público debe utilizarse para actividades de importancia jurídica-económica-social, es decir, para cosas trascendentales, de lo contrario se utilizaría el permiso de uso. La concesión no es el otorgamiento de un derecho precario, al contrario se otorga un verdadero derecho subjetivo para su concesionario, conformándose como un derecho real administrativo. No son traslativas de dominio, es decir, el concesionario no adquiere derecho alguno de propiedad sobre el bien, ni siquiera las concesiones otorgadas a perpetuidad otorgan ese derecho. Esta forma de contratación, concede un derecho sobre el bien concedido que es de naturaleza o sustrato

real, regido por el derecho público. Los concesionarios pueden quedar obligados al pago de una suma de dinero que no debe confundirse ni con un impuesto ni con una tasa.

Tratándose del objeto bajo estudio, y como lo veremos más adelante, el usuario de los nichos en los camposantos, lo es en virtud de un permiso de uso, no de un arrendamiento, ni de una concesión de uso.

Los elementos del uso especial son:

Individualización del usuario:

1. Porque el uso es privativo, no es un derecho que le corresponde a toda persona;

2. Porque el uso privativo otorga un poder exclusivo.

3. Determinación de la parte del bien dominial que ocupa, ya que no se podrá conceder un poder jurídico exclusivo sobre la totalidad del dominio.

4. Exclusión de todo otro uso común o especial en la parte del bien afectado.

Sus caracteres son:

1. Temporal: porque tiene una determinada prolongación en el tiempo, pasada la cual la ocupación se extingue, siendo por lo tanto bao una situación jurídica precaria.

2. A título oneroso: en mérito al derecho que tiene el propietario de los bienes, que es el Estado, a sacar del dominio público toda su utilidad económica.

Carácter patrimonial:

La ocupación privativa y las facultades que nacen de ella son susceptibles de apreciación pecuniaria. Por ello, el uso privativo es transferible y puede ser renunciable, por ello normalmente estos permisos que se conceden a los particulares son transferibles inter vivos familiarmente, por la especial connotación social de los camposantos.

Límites:

1. El uso especial tiene como límite principal el uso común.

2. El uso especial puede desaparecer o ser limitado por razones de policía

3. Otro límite, resulta del objeto de la ocupación.

Clases:

1. Normal: cuando el uso es conforme al destino del bien. Aquí es obvio, que el uso de los camposantos por los administrados es normal.

2. Anormal: cuando el uso no es conforme al destino del bien.

Los cementerios públicos no pueden ser utilizados para un fin distinto al designado previamente por norma jurídica.-

> "... III- Ante la existencia de la Ley N°6985, mediante la cual se autoriza a la Municipalidad de Oreamuno para que adquiera un lote cuyo destino específico es el de un nuevo cementerio, no

puede el Concejo Municipal de dicha localidad mediante un acuerdo variar el destino de ese inmueble. Debe tenerse en cuenta que se trata de un bien destinado al servicio de la comunidad de San Rafael de Oreamuno, como un nuevo cementerio, y aunque la moción del regidor Guillén Aguilar es muy loable, en el sentido de querer un mayor desarrollo para la comunidad, lo cierto es que tales propósitos no pueden ser logrados teniendo como base el atropello a la legalidad. Ya este Tribunal en otras oportunidades ha reiterado la violación al principio de legalidad que significa el cambio de destino específico de un bien demanial. así " II.- El cambio de destino así propuesto en la solicitud planteada ante esta Corporación no puede ser aprobado y, se repite, bien hizo la Municipalidad al denegarlo, no por ser contrario a los intereses municipales, sino por el impedimento legal que existe para ello, pues no pude variarse el uso y servicio público de un bien demanial destinado a zona de parque, recreo, seguridad y sanidad ambiental para convertirlo a otro uso de beneficio privado o incluso colectivo. Hay que tener presente que por su carácter demanial, estos bienes son inalienables, inembargables e imprescriptibles, sujetos al uso y servicio público a que han sido destinados, destino inmutable, al amparo de la permanencia de la necesidad que satisfacen y del derecho de todos al uso reconocido, conforme a las leyes y reglamentos administrativos. Así claramente lo tiene declarado nuestro Derecho positivo en los artículos 121, inciso 14) de la Constitución Política, 261 a 263 del Código Civil, 4 a6 de la ley de Construcciones; 28 de la Ley General de Caminos Públicos, 42,43 y 45 de la ley de Planificación Urbana; y resoluciones de este Tribunal N°s 1950 de las 16:50 hrs del 17 y N°1967 de las 16:35 del 30 ambas de agosto de 1976, y más recientemente la número 2771-94 de 11 hrs del 26 de julio de 1994, doctrina y disposiciones de las que se concluye que la sustracción de un bien demanial a su destino de uso público por acto administrativo, es ilegal; por consiguiente sólo será admisible la ocupación privativa en cuanto compatible con aquel destino del bien. A mayor abundamiento, debe decirse que el cambio de afectación legal, sólo puede ser aprobado por la Asamblea Legislativa, (artículo 45 de la ley de Planificación Urbana). (Sección Tercera del Tribunal Superior Contencioso Administrativo. N°4060-95 de las ocho horas del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y cinco)...."[12]

12 Voto N°8429-98 de la Sección Tercera del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, de las catorce horas cuarenta minutos del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

3. NATURALEZA DEL PERMISO DE USO

Es el acto administrativo que otorga un uso especial del dominio público. De ahí surgen dos elementos: a) la existencia de un acto administrativo; y B) que ese acto tiene como efecto el otorgamiento de un uso preferente del dominio público.

El acto que otorga un permiso de uso especial es un acto jurídico unilateral dictado por el funcionario administrativo correspondiente, en el uso de sus funciones. Decimos así porque la declaración de voluntad de la Administración es lo único que concurre al perfeccionamiento del acto que otorga el permiso. El órgano estatal es el que decide exclusivamente si otorga o no el permiso. En cuanto a los cementerios municipales, la titularidad de la competencia de esta voluntad administrativa corresponde al Alcalde en última instancia, pasando primero por el tamiz del departamento de administración de cementerios municipales.

En relación con este mismo tema, la Sala Constitucional, señaló:

> "... Como están fuera del comercio, estos bienes no pueden ser objeto de posesión, aunque se puede adquirir un derecho al aprovechamiento, aunque no un derecho a la propiedad, el permiso de uso es un acto jurídico unilateral que lo dicta la Administración, en el uso de sus funciones y lo que se pone en manos del particular, es el dominio útil del bien, reservándose siempre el Estado, el dominio directo sobre la cosa, la precariedad de todo derecho o permiso de uso, es consustancial a la figura y alude a la posibilidad que la administración, en cualquier momento lo revoque, ya sea por la necesidad del Estado de ocupar plenamente el bien, por la construcción de una obra pública al igual que por razones de seguridad, higiene, estética, todo ello en la medida que si llega a existir una contraposición de intereses entre el fin del bien y el permiso otorgado, debe prevalecer el uso natural de la cosa pública...." [13]

No se excluye totalmente la intervención del particular interesado ya que el Estado no concede un uso privativo sin que el propio administrado ponga en movimiento el órgano administrativo competente. El particular interesado tiene dos intervenciones:

1. Lo solicita para poner en actividad el órgano público.

2. Perfeccionado ya el acto, acepta y mediata o inmediatamente tiene acceso al uso establecido, a favor de él o al que el designe.

El acto que otorga el permiso de uso produce un efecto jurídico subjetivo, ya que crea a favor del permisionario una situación jurídica que antes no existía.

---

13 Sala Constitucional, voto 5976-93 de 15 horas 42 minutos del 16 de noviembre de 1993.

Permiso como autorización?

Se ha sostenido que se trata de una autorización, pero se critica esa doctrina, partiendo de la base de que la autorización es el acto por medio del cual se remueve un impedimento al ejercicio del derecho. La situación es muy distinta a la mencionada, ya que el titular del permiso, antes de la sanción del acto administrativo que se le otorgó, carecía de derecho para usar exclusivamente determinada porción del bien.

Su derecho nace a la vida con el acto administrativo que le otorgó el permiso, por eso es que ese acto administrativo que otorga el permiso, tiene el carácter de un acto de concesión y no de autorización, lo cual hace ver que, siendo que el mismo puede ser revocado sin derecho a indemnización de parte de la Administración, no constituye el otorgamiento de un derecho subjetivo sino solo de un interés legítimo, y por ende, únicamente podrá ser protegido como tal por quien lo ostente. Se denominan intuito personae, aunque no son estricta y necesariamente en esa condición.

4. CONDICIONES A LAS QUE PUEDE SOMETERSE EL PERMISO

La Administración puede imponer condiciones relativas a la conservación del dominio o a la policía de la circulación. Además, ese permiso puede estar sujeto a otras condiciones, las que se fijan en un pliego de condiciones.

Caracteres del permiso

Es precario y revocable. Al constituir el permiso de ocupación una concesión de la Administración que actúa en el ejercicio de su poder discrecional, ese permiso es precario y la Administración puede revocarlo sin que el permisionario tenga derecho a indemnización.

Extinción del permiso

Vencimiento de plazo: si el uso privativo es temporáneo, el vencimiento del término basta para que se extinga ipso iure. En cuanto a las obras construidas por el permisionario, se estará a lo establecido en el acto que concedió el permiso; si nada se estableció, hay que distinguir si las obras de adhieren al suelo, en cuyo caso pasan al dominio del Estado previa indemnización, o si las obras no se adhieren al suelo, que seguirán sendo del dueño de ellas.

Revocación: puede ser por razones de mérito, oportunidad o conveniencia; o puede presentarse cuando la situación es incompatible con el uso público a que está destinado el bien. Puede operarse esta revocación en el momento en que la Administración lo juzgue conveniente.

Caducidad: es el medio de extinción de que dispone la Administración para sancionar el incumplimiento de obligaciones por parte del permisionario. El incumplimiento no opera ipso iure la extinción del permiso, sino que es necesario un acto administrativo que declare la caducidad.

Desafectación del bien: si el Estado, al desafectar un bien, lo transforma en un bien del dominio privado, se produce entonces la extinción ipso iure del permiso especial. Esto dará lugar a indemnización al permisionario solamente cuando la desafectación sea por acto del estado, no cuando sea hecho de la naturaleza.

Renuncia del permisionario: como el permiso del uso se otorga en interés del permisionario, nada obsta a la renuncia del mismo, no requiriéndose la aceptación por parte de la Administración.

Muerte: esto es así debido a que el permiso de uso se otorga intuito personae.

En un asunto en donde se discutía la naturaleza del permiso de uso privativo, en cuanto a su determinación los tribunales de justicia señalaron:

> "... los bienes que gobiernan las juntas administrativas, son bienes de dominio público, o al menos, se parte de esa presunción de demanialidad, por lo que forman parte del patrimonio nacional, y por ende, no sujetos a apropiación privada. Según Biondo Biondi, son "... bienes demaniales aquellos bienes declarados tales por la ley y que se encuentran en una particular situación jurídica..." (Los Bienes. Editorial Bosch, Urgel, 51 bis, Barcelona, 1961, pág 284) y "... el carácter constante y permanente de los bienes demaniales es la pertenencia al Estado, o bien, a un ente territorial (pueblos, provincias) ... La pertenencia se debe entender en el sentido amplio de titularidad o de genérica correspondencia, además, porque del demanio forman parte los derechos. Es ciertamente un derecho eminente, exclusivo y absoluto y, por tanto, bajo tal aspecto, parangonable al derecho real..." (ob. cit. pags. 288 y 289).... el "permiso", por su naturaleza, es transitorio o precario, puede ser revocado, modificado, ampliado o restringido sin ninguna responsabilidad para la Administración por razones calificadas de oportunidad y conveniencia, sin que tal revocación pueda ser intempestivamente ni arbitraria, como lo dispone el artículo 153 y 154 de la Ley General de la Administración Pública, ni en perjuicio de los derechos que legítimamente, le pueda corresponder al permisionario (...)." (lo resaltado no es del original). Ya en esta instancia, la propia demandante reconoce que se está en presencia de la concesión de un bien público, el que sin lugar a dudas, debe sujetarse a los principios transcritos en acápites precedentes. al contar con una presunción de demanialidad, y si bien puede ser objeto de aprovechamiento, tal circunstancia no es óbice, sin embargo, para que pueda revocarse unilateralmente en cualquier momento, ya que el uso y disfrute de ellos, es a título precario. Al ser precario el derecho de uso y disfrute, aún y cuando en el clausulado del contrato se hubiera previsto una preferencia para la prórroga de la explotación singular, es lo cierto que no estaba determinada una prolongación automática de esa concesión y por ende, la Junta Administrativa, no está obligada a renovarla..."[14]

En otras oportunidades, incluso sin discusión alguna, se ha aceptado tácitamente que la naturaleza del uso de las criptas, por parte de los administrados es netamente arrendaticia, situación que el suscrito no comparte del todo, por lo que hemos estado señalando. Esto se detecta en el voto 032-F-01 de la Sala Primera

---

14 Voto 201-2000 del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA de las diez horas treinta minutos del diecinueve de julio del año dos mil.

de la Corte Suprema de Justicia de las quince horas treinta minutos del diez de enero del año dos mil uno, cuando se dijo:

> "En el contrato regulador de la relación de arrendamiento de lotes para cripta en el Parque Cementerio Metropolitano, nunca se estipuló que la Junta de Protección Social de San José asumiría los gastos de mantenimiento de las criptas y, en consecuencia, sobre ese particular no llevan razón ni justificación alguna para estimar que a su tenor se creó a favor de los arrendatarios siquiera una expectativa de derecho. Los únicos gastos de mantenimiento a cargo de la demandada refiéranse al parque propiamente, no a las criptas, de donde el argumento de los recurrentes sobre que enervaron o limitaron sus derechos no tiene ningún sustento. En todo caso, no puede verse lo decidido por la Junta sino como una interpretación lógica del contrato, que mal podría por eso calificarse de arbitraria.".

Los anterior sería así, solamente si estamos en relación a un cementerio privado en donde prevalecen las figuras no solo convencionales sino todos aquellos negocios jurídicos librados a la voluntad de las partes, en los términos del decreto-ley n.° 704 de 7 de setiembre de 1949.-

SEGUNDA PARTE
EN PARTICULAR SOBRE CEMENTERIOS PUBLICOS

SECCIÓN I.- HISTORIA.

En el siglo XIX los cementerios eran administrados absolutamente por la Iglesia. No fue sino hasta 1850 en que se autorizó el establecimiento del primer cementerio independiente de la autoridad eclesiástica.

No obstante ello, los problemas de enterramiento seguían suscitándose, por lo que, mediante Decreto No. XXII del 23 de mayo de 1870 se dispuso que en todas las cabeceras de provincia y de cantón, el gobierno establecería un sitio costeado por la Nación para la inhumación de los cadáveres de naturales y extranjeros de religiones no católicas, bajo la vigilancia de la autoridad política del lugar.

Mediante el Acuerdo No. 48 del 26 de julio de 1884, se dispuso la forma en que deberían administrarse los cementerios mientras se expedía un reglamento especial, el cual se dictó finalmente en 1931.

Este acuerdo No. 48 otorgó la administración de los cementerios a las Juntas de Caridad de las cabeceras de provincias o comarca.

El Reglamento General dictado en 1931 (Decreto No. 17 del 5 de septiembre de 1931), confirma la secularización de los cementerios y la necesidad de establecerlos en todo distrito urbano o rural y establece en forma detallada las funciones de la Junta Administradora del Cementerio, determinando además lo relativo a ubicación, área y distribución de los cementerios, así como una serie de regulaciones muy generales sobre esta materia.

En 1993 se dicta el Reglamento General de Cementerios mediante Decreto Ejecutivo No. 22183-S del 6 de mayo, hoy derogado por el decreto número 32833 denominado Reglamento **G**eneral de Cementerios, otorgado por el Presidente de la República y la Ministra de Salud, dado en la Presidencia de la República, a los tres días del mes de agosto del dos mil cinco y publicado en La Gaceta Nº 244, el 19 de diciembre de 2005.

SECCIÓN II.- NATURALEZA JURÍDICA DEL IUS SEPULCRI

La palabra cementerio proviene del griego koimeterion: dormitorio; del latín Cinisterium: ceniza de los muertos; Cimenterio: lugar donde entierran a los muertos y se tornan los cuerpos en ceniza; cuyo objeto es: Sepultamiento o inhumación de cadáveres humanos.[15]

Como lo hemos desarrollado, las tesis dominantes en la doctrina, los tribunales de justicia y en pronunciamientos de la Procuraduría General de la República, establecen que se trata de bienes de Dominio Público en razón de su interés publico (social y sanitario) y en tesis de principio deben ser construidos por el Estado (Municipios) para satisfacer la necesidad colectiva de derecho de dar sepultura a los fallecidos de la localidad. Obvio es, la existencia de panteones privados, regulados por las normas privadas con exclusión del Estado pero controlados por reglas sanitarias, como el decreto antes citado.-

Definiciones del ius sepulcri:

Es un Derecho Real de naturaleza administrativa, caracterizado por la precariedad cuando el interés público lo exige, de allí que tenga carácter revocable, no es más por ello, que solo tienen los alcances de un típico permiso de uso.

Objeto:

Son Bienes Públicos comunales con destino exclusivo de utilidad común (amparamiento de los muertos). El derecho titular surge del permiso especial de uso de un bien de dominio público mediante un vínculo unilaterial del particular y la Administración que no otorgan derecho real administrativo alguno.

Estos bienes (dominio público) no son susceptibles de venta pura y simple, ya que son en principio inalienables. Los derechos que otorgan las Juntas de Administración de Cementerios a cargo de Municipalidades, actualmente se hace a través de un derecho de arrendamiento, lo que produce solamente una obligación de hacer. El derecho de arrendamiento está restringido al destino convenido y el precio que se paga es solo por el uso del arrendamiento, por lo demás se configura como un derecho personal. Como

15 FERNÁNDEZ VÁZQUEZ Emilio, Diccionario de Derecho Público, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981

crítica válida a esta nomenclatura o tipología jurídica, es que no se trata propiamente de un arrendamiento, sino que por las propiedades inherentes del permiso de uso y sus cualidades y caracteres vistos, debe estimarse como otorgamientos de permisos espaciales privativos, normales, precarios y temporales.-

SECCIÓN III.- DERECHO PRECARIO O DEBILITADO.

Son derechos cuya existencia está condicionada a su compatibilidad con el interés público. Mientras no se verifica la condición que impone el sacrificio de estos derechos, se comportan como derechos subjetivos en sentido estricto, pero, puesto que existe esa posibilidad de sacrificio, se los llama derechos condicionados o derechos debilitados.

Los derechos precarios, son susceptibles de revocación de parte de la Administración. Las concesiones de esta índole, en sentido lato, son extendibles a precario, pues son títulos que habilitan a los particulares para usar en forma particularmente intensa o privativa el dominio público mientras no concurra un interés público prevalente.[16]

A. PERMISO DE USO PRIVADO.- ALCANCES

Uso de la parte del dominio de un cementerio público para la custodia, guarda y depósito de cadáveres: Cuando hablamos de la doctrina de la concesión de uso, como permiso, señalamos que se tenía que delimitar tanto el bien, como el individuo y la porción del bien que se va a utilizar.

En el cementerio deberá disponerse y describirse el espacio físico en el cual se dejará la custodia, guarda y depósito de los cadáveres y restos humanos.

Uso exclusivo y excluyente.- En el momento en que se otorga un permiso especial o privativo de uso de un bien para un fin determinado, se excluye cualquier otro fin para el cual pudiera ser destinado el mismo. No podríamos tener un parque, de uso común y un cementerio en el mismo lugar.

Derecho a levantar la construcción o monumento funerario. Este es un derecho inherente al uso mismo del bien como cementerio. En estos casos, debe conllevar el uso mismo, la posibilidad de construir las fosas, indispensables para la consecución del fin para el cual se otorgó el permiso.

Derecho a transmitir a terceros por acto Inter Vivos o mortis causa. Regularmente, este derecho se puede ejecutar siempre que la concesión no lo prohíba y se respeten sus condiciones, o esté permitido según los reglamentos municipales o de quien administre el bien.

Pago de un canon: pueden las concesiones ser a título gratuito, cuando se pacta que deba pagarse algún precio por su uso, éste será un simple canon.

Estas son características comunes en la doctrina aplicables a los cementerios en general.

---

16 Así referido por el Dr, Ernesto Jinesta, en clase magistral del curso Dominio Público. Universidad Libre de Derecho. Agosto, 2006.

Es importante poner atención a la naturaleza jurídica del bien: cementerio, para determinar que se trata de un permiso de uso privativo de bien público, y no de una venta o compra de bienes ni de un contrato traslativo de dominio, mucho menos de arrendamientos. Son bienes de dominio público.
Sea público o de carácter privado, la actividad reviste calidad de servicio público, en virtud de ello están sujetos al poder de policía mortuoria.

El permiso de uso, no es traslativo de dominio, sino meramente constitutiva de un derecho de uso. Ni el mismo contrato de concesión puro y simple establece un traslado del dominio. En este caso cuenta con los medios de protección jurídicos establecidos para el concesionario.

B. PRECIO PÚBLICO, TASA O MERO CANON POR EL DISFRUTE DEL PERMISO

La diferencia entre tasa y precio, es una diferencia de régimen jurídico: la tasa es un tributo; el precio, la contraprestación debida en un contrato.

Según algunos autores, lo que se cobra por la concesión de uso privativo de un bien público es una tasa. De ahí la importancia de hacer la distinción entre tasa y precio.

La tasa tiene un tratamiento tributario ya que es una de las especies de tributo, no así el precio público. La distinción es de régimen jurídico porque el precio público nunca podría estar regulado por la legislación tributaria, ya que su naturaleza es distinta.

> "La actuación de la Administración, dirigida a proporcionar un beneficio, una utilidad, una ventaja a un particular o simplemente la actuación dirigida a él particularmente, considerado aisladamente, constituye el hecho imponible de la tasa... La actuación de la Administración, dirigida a proporcionar una ventaja a toda la comunidad, pero que indudablemente proporciona un beneficio mayor y medible a ciertos sujetos, constituye el hecho imponible de las contribuciones especiales... En el impuesto el hecho imponible se desliga de cualquier actuación administrativa.[17]

La doctrina española considera que el precio público, es un beneficio o utilidad particular, individualizada para satisfacer necesidades individuales. Esto es, el pago de un teléfono celular, de la luz eléctrica, del internet, etc. Obedece directamente a la contraprestación de un servicio o actividad, una retribución por la concesión de uso otorgada a los particulares.

Otra diferencia ente el precio público y el impuesto tributario, se relaciona con el sujeto pasivo, ya que en el caso del primero, lo paga, quien disfruta, utiliza o aprovecha de manera especial el dominio público, o se beneficia de los servicios o actividades que originan

---

17 FERREIRO LAPATZA (José Juan), Curso de Derecho Financiero Español, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., décimo sétima edición, 1995, página Nº 175.

la obligación; mientras que entratándose de tributos, el sujeto pasivo será una colectividad, un gran numero de personas-contribuyentes.

Sobre el servicio brindado en los cementerios y su cobro la Procuraduría General de la República, ha realizado análisis detallados sobre si se trata de una imposición tributaria, con la consecuente reserva legal, o si se trata de un precio público, en atención especial a las cuotas de mantenimiento que se cobran en los cementerios en San José.

La Procuraduría aplica a dicho cobro las características que establece el Código de Normas y Procedimientos Tributarios para los tributos, siendo éstos los siguientes: a) debe tener como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizado en el contribuyente; b) el producto de la obligación no debe tener un destino ajeno al servicio que constituye su razón de ser y c) debe tratarse de una contraprestación recibida del usuario en pago de servicios inherentes al Estado. Para el caso concreto, únicamente se cumple el punto b), sin que se den las otras dos premisas. [18]

No se trata de un servicio público individualizado ya que se cobra un solo rubro, sin poder determinar en forma específica, qué parte del beneficio recibirá cada contribuyente, y en definitiva, la función de administración y mantenimiento de los cementerios no es una actividad inherente al Estado.

No se trata de un tributo, además se pacta en forma contractual y no coercitivamente como los tributos.

Definida esta terminología, debemos considerar que no existe razón para que se mantenga la posición de que debe prevalecer la reserva de ley, siendo que los precios públicos no requieren cumplir con dicho trámite.

Nuestra Carta Magna recoge el principio de Reserva Legal en el artículo 121. inciso 13: “Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: (...) 13) Establecer los impuestos y contribuciones nacionales, y autorizar los municipales”

Es decir, si concluyéramos que se trata de una imposición tributaria, definitivamente estaríamos ante materia con reserva legal, por lo que, evidentemente los cobros que realizan tanto la Junta Administradoras, como las Junta de Protección Social y las Municipalidades, deben llevar el mismo trámite de aprobación legal establecido en la Asamblea Legislativa.

Esta reserva legal estaría complementada con la facultad tributaria conferida a las Municipalidades en el Código Tributario, artículo 99: “Se entiende por Administración Tributaria el órgano administrativo encargado de percibir y fiscalizar los tributos, se trate del Fisco o de otros entes públicos que sean sujetos activos...”

Ahora bien, si concluimos, que efectivamente se trata de un precio público, el Código Municipal, en el artículo 4 establece lo siguiente: “La municipalidad posee la autonomía política, administrativa y financiera que le confiere la Constitución Política. Dentro de sus atribuciones se incluyen: (...) d)

---

18 Procuraduría General de la República. Ver Dictamen C-249-98 del 20 de noviembre de 1998

Aprobar las tasas, precios y las contribuciones municipales, y proponer los proyectos de tarifas de impuestos municipales."

Este artículo que faculta en forma expresa el establecimiento de los precios públicos, aunado a la autonomía municipal, resulta suficiente autorización para que las Municipalidades procedan a la fijación del precio sin sujeción a más trámite que el que ellas mismas establezcan a lo interno.

Además de lo anterior, en tratándose de precios públicos, cualquier otro ente público estaría facultado en igual forma a la fijación y cobro de los mismos, por lo que, igual suerte correrían las Juntas Administradoras y las Juntas de Protección Social, cuya finalidad es la administración de los cementerios. La cuota de mantenimiento anual que cobra tanto la Junta de Protección Social, como los municipios para el mantenimiento de los cementerios con fundamento en lo referido, constituye un precio público, por lo que no puede clasificarse, consecuentemente, como tributo.

Creemos que el importe que se paga por el uso de un sitio en un cementerio municipal es un precio público que se origina en la prestación de un servicio local. Por esa razón, corresponde al Concejo Municipal, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 4 inciso d), 13 inciso b) y 74 del Código Municipal, fijar el precio que ha de cobrarse por dicho arrendamiento, así como también, el de los demás servicios accesorios. El importe que se fije por tal concepto puede actualizarse cada vez que el Concejo Municipal lo considere necesario, sin perjuicio de la posibilidad que les asiste a los interesados de plantear los recursos que prevé el ordenamiento jurídico en caso de que consideren que la fijación respectiva no se ajusta a derecho.

No obstante esta posición, otra es la que mantiene el Tribunal Contencioso, que en su oportunidad señaló:

En esa oportunidad se dijo:

> "III- En criterio del Tribunal, el canon que cobra la demandada por mantenimiento del Cementerio General es un tributo, de acuerdo con lo que establece el artículo 4 del Código Tributario. Lo anterior por cuanto el Cementerio General es propiedad estatal, cuya administración le fue otorgada a la demandada, que es un ente público, que maneja dineros públicos, como la lotería, cuyas ganancias tienen un fin específico asignado por la Ley de Lotería, la que en el artículo 25 señala que el trece por ciento es para financiar los gastos y los costos administrativos de la Junta" [19].

SECCION IV. BASAMENTO JURÍDICO DE LOS CEMENTERIOS EN COSTA RICA

Ha sido totalmente errática. Así, tenemos como marco normativo general la Ley 704, Ley 6000, Ley General de Salud, Reglamento General de Cementerios, Reglamento para la

---

19 Sentencia Nº 393-97 de las 15:15 horas del 4 de diciembre de 1997. Esta resolución fue dictada como producto del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia que se cita tanto en la consulta como en el criterio legal.

Administración de los Cementerios a cargo de la Junta de Protección Social de San José, Reglamento General de los Patronatos y Juntas Directivas de Protección Social, como los más relevantes. No obstante, analizaremos otros reglamentos específicos de algunos cementerios, amén del análisis de la poca jurisprudencia de la Sala Constitucional que existe en la materia y dictámenes de la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la República.

A. REGULACIÓN DE RANGO LEGAL

1. Ley 704 De La Junta Fundadora de La Segunda República (7 Septiembre 1949)

La primera regulación promulgada en Costa Rica data del 9 de agosto de 1920, Decreto No 58. Nos obstante, este fue derogado por el artículo 9 de la Ley Decreto No 704 del 7 de septiembre de 1949 de la Junta Fundadora de la Segunda República, siendo que a la fecha se encuentra vigente.

En lo que interesa, se regula lo relativo al traspaso de los denominados “derechos de propiedad o arrendamiento”, siendo que sólo pueden ser traspasados a terceros cuando los mismos no hayan sido usados o se encuentren desocupados, de lo contrario solo podrán ser traspasados a familiares o personas con algún “nexo” con las personas sepultadas. Tales traspasos sólo se podrán efectuar por escritura pública o sentencia judicial.

Resulta menester destacar que se estipula expresamente que las parcelas, tumbas y mausoleos no pueden ser susceptibles de embargo, ni pueden ser dados en garantía o gravados de forma alguna. Así mismo establece que es obligación de los “dueños”, “arrendatarios” o encargados de los campo santos conservar en buen estado las parcelas, tumbas, etc. La infracción a tal obligación será sancionada conforme al “Código Sanitario” a instancia de la Junta de Protección Social respectiva. Define el procedimiento de remate para sacar a la venta los derechos, ya sea por abandono o conflicto entre los “co-propietarios”.

Respecto de esta primera normativa, cabe reseñar el uso inadecuado de terminología jurídica, así como la tendencia civilista que se colige de su redacción. No obstante, recordemos que se trata de una ley que data de 1949, siendo que incluso en actualidad existe un mal tratamiento jurídico al respecto, imprecisión terminológica y discusión sobre la naturaleza jurídica de los cementerios, no es de extrañar que esta ley cometa los errores que hemos señalado.

2. Ley No 6000 (10 de noviembre de 1976)

Esta Ley contiene un único artículo mediante el cual se faculta al Ministerio de Salud para que cuando una Junta de Protección Social haya sido disuelta por el Poder Ejecutivo, pueda confiar la administración de los cementerios que estuvieran a cargo de esa Junta a la municipalidad del respetivo cantón y traspasarle, en forma definitiva, la propiedad de los terrenos en que se encuentren ubicados los respectivos campo santos.

3. Ley General de Salud

La Ley General de Salud regula en sus artículos 327 al 330 lo relativo a los cementerios, inhumaciones y exhumaciones de cadáveres. Establece que “los propietarios” y administradores de cementerios están obligados a mantenerlos en condiciones de higiene y salubridad, cumpliendo con las disposiciones reglamentarias pertinentes.

Toda inhumación o cremación de cadáveres debe realizarse en cementerios o crematorios autorizados, siendo que la exhumación de los mismos sólo puede realizarse previa autorización del Ministerio de Salud, salvo orden judicial.

Como expresión del resguardo a la Salud Pública como fin público inmerso en toda esta regulación, se le confiere al Ministerio de Salud competencia de control y vigilancia a todos los cementerios, sean públicos o privados, mediante las respectivas autorizaciones para su funcionamiento y el respectivo control de cumplimiento de sus funciones, de tal suerte que le corresponde aprobar los reglamentos de cada Junta de Protección Social, Junta Administradora y reglamentos internos de los cementerios privados.

Dentro de esta línea competencial, todos los cementerios deben remitir anualmente al Ministerio de Salud un informe estadístico de todas las inhumaciones, exhumaciones y traslados realizados.

B. REGULACION REGLAMENTARIA

1. Reglamento General de Cementerios (Decreto No 22183-S publicado el 27 de mayo de 1993)

La promulgación del Reglamento General de Cementerios en 1993 tuvo como propósito actualizar la reglamentación existente en materia de cementerios a los adelantos "tecnológicos" dado que la reglamentación anterior data de 1931 (Decreto No 17 del 5 de septiembre) y 1976 (Decreto No 6111-SPPS del 6 de julio), según lo refiere el propio considerando del Decreto Ejecutivo 22183-S. El Reglamento General de Cementerios ha tenido dos reformas posteriores, a saber:

Por decreto ejecutivo 26514-S publicado en La Gaceta 241 del 15 de diciembre de 1997, se reformó el artículo 24 y se adiciona un párrafo segundo al artículo 42.

Por decreto ejecutivo 28253-S publicado en La Gaceta 234 del 2 de diciembre de 1999, se derogó el artículo 11.

Este reglamento define cementerio como "Todo terreno descubierto, previamente escogido y bien delimitado y cercado, público o privado y destinado a enterrar cadáveres humanos, sus restos o vísceras extraídas a los cadáveres autopsiados o embalsamados en establecimientos autorizados para dichos efectos o para la conservación o custodia de cenizas producto de la cremación de cadáveres o restos humanos."

Entre las disposiciones que resulta relevante destacar para efectos de la presente investigación, tenemos:

Todo cementerio requiere de permiso previo del Departamento de Ingeniería Sanitaria del Ministerio de Salud para su ubicación, construcción, instalación y funcionamiento.

Establece el deber de control en el Departamento de Vigilancia Epidemiológica del Ministerio de Salud para cementerios públicos y privados.

Todo cementerio debe presentar al Departamento de Vigilancia Epidemiológica un informe anual estadístico de todas las inhumaciones, exhumaciones, cremaciones y traslados efectuados.

Todos los cementerios, sean públicos o privados deben tener un Reglamento Interno aprobado por el Ministerio de Salud.

Establece que la vigilancia, conservación y administración de los cementerios estará a cargo de Juntas de Protección Social del lugar o en su defecto por Juntas Administradoras nombradas por la Municipalidad conformadas por vecinos.

Faculta el cobro de cuotas de mantenimiento y servicios en su artículo 11, no obstante, este fue derogado, dado que nuestros Tribunales al igual que la Contraloría General de la República consideraron que tal cobro era un "tributo" y por ende reserva de ley.

Permite dar en "arriendo" parcelas para sepulturas privadas por un plazo no menor de 5 años o a perpetuidad según lo acuerde la Junta.

Ministerio de Salud puede suprimir o trasladar un cementerio por razones de orden público y de salud.

Todos los cementerios nacionales se considerarán patrimonio público sujetos a sus leyes y reglamentos, inalienables, secularizados y no podrán ser suprimidos sino por razones de orden público (art. 57)

Establece como excepción a las disposiciones de administración del Reglamento al cementerio de Obreros de San José, el cual seguirá administrado conforme decreto 5399 del 6 de noviembre de 1975

2.- Actualmente, el anterior reglamento fue derogado, por el Reglamento General de Cementerios Decreto Ejecutivo, Nº 32833, publicado en La Gaceta Nº 244 del 19 de diciembre de 2005, rigiendo a partir de ese momento.- Se realizó para agregarle otras regulaciones sanitarias, de construcción, de mantenimiento, manteniendo lo concerniente a la condición de demanialidad a los cementerios públicos:

> Artículo 55.—Todos los cementerios nacionales se considerarán patrimonio público, sujetos a sus leyes y reglamentos, inalienables, secularizados y no podrán ser suprimidos sino por razones de orden público, previo criterio técnico y autorización del Ministerio.

Se continúa señalando que estos camposantos son de interés público, tutelados por el Estado, quedando toda persona física y jurídica sujeta a los mandatos de la Ley General de Salud, de sus reglamentos y de las órdenes generales, particulares, ordinarias y de emergencia que las autoridades de salud dicten en ejercicio de sus competencias.

Igualmente señala que la planificación, dirección, vigilancia y conservación del cementerio, estará a cargo de una junta administradora, la que velará por el cumplimiento del presente reglamento. Además todos los cementerios, deberán contar con un reglamento interno, ajustado a las disposiciones del presente reglamento; que contemple las normas técnicas y administrativas necesarias para su organización, funcionamiento, operación y mantenimiento, además, un registro estadístico de las inhumaciones, exhumaciones, cremaciones y traslados de restos.

Este reglamento vuelve a incurrir en omisiones jurídicas, en relación a la falta de calificación de los permisos que se conceden a los administrados en los cementerios públicos, tratando el tema solamente en los cementerios privados, cuando se refiere a

los arrendamientos o ventas que en ellos se determinen.- Veamos su única regulación al respecto:

> Artículo 43.—Las parcelas arrendadas o vendidas para sepulturas, podrán ser concedidas por un tiempo determinado no inferior a cinco años o a perpetuidad, según lo acuerden las partes.

3. Cementerio de Obreros de la Ciudad de San José

El cementerio de Obreros de la Ciudad de San José fue creado por Decreto Ejecutivo No. 117 del 20 de mayo de 1943 y es administrado por una Junta Administrativa específica para el cementerio, siendo que dicha Junta en 1974 remitió al Ministerio de Salud proyecto de reglamento interno del cementerio para efectos de su aprobación. Es así, como se emite el Decreto Ejecutivo No 5399-G de fecha 3 de noviembre de 1975.

Dicho reglamento establece que es "propietario" toda persona física o jurídica que tenga inscrito un "derecho de posesión" de fosa, nicho, bóveda, tumba o mausoleo. Vemos como de manera probablemente casual se refiere a derecho de posesión, a pesar de haber utilizado la nomenclatura de "propietarios". Sin embargo, cae en imprecisiones terminológicas significativas al permitir la compra, venta, cesión o el traspaso de la bóveda, nicho, mausoleo o sepulcro mediante el otorgamiento de escritura pública conforme la ley 704. Así mismo, permite la copropiedad de los sepulcros

En lo que respecta a los nichos de alquiler, estipula que el contrato de arrendamiento es intransferible, en consecuencia es nulo cualquier acto o contrato realizado que implique un subarriendo.

4. Reglamento General de los Patronatos y Juntas Directivas de Protección Social (Decreto No 27 del 20 de Mayo de 1941)

Si bien el decreto ejecutivo original que creó los Patronatos y Juntas Directivas de Protección Social definía las mismas como asociaciones permanentes de servicio público que tenían a su cargo la administración y manejo de los Hospitales, Cementerios, Asilos y demás instituciones de beneficencia y protección social de su jurisdicción, este fue modificado en abril de 1977 por el decreto No 6981-SPPS siendo que en su artículo primero estipuló que: "Las Juntas Directivas de Protección Social son instituciones públicas con personería jurídica, que tienen a cargo la administración de los hospitales, cementerios y otras instituciones similares de servicios públicos."

Se establece además que habrá una Junta de Protección Social en los cantones que el Poder Ejecutivo determine, cuyos integrantes serán nombrados también por el Poder Ejecutivo de ternas que podrá solicitar a las municipalidades, asociaciones y organizaciones de la comunidad. Los miembros de estas Juntas directivas desempeñan sus funciones ad honorem y duran en sus cargos dos años.

El Ministerio de Salud podrá decretar la disolución de la Junta, sea por ausencias reiteradas de sus miembros, por que invadan campos que no les corresponde o cuando las necesidades del servicio no justifiquen la existencia de la misma. En estos casos podrá autorizar a Dirección General de Salud

para que asuma la administración directa de los establecimientos que tenía la Junta, los fondos que existieren y todos los derechos y obligaciones pendientes.

El artículo tercero expresamente confiere la jurisdicción, el control técnico y la fiscalización económica al Ministerio de Salud, conforme las competencias de su Ley Orgánica.

Algunas de las atribuciones establecidas en el reglamento original, que se mantienen vigentes hasta la fecha, respecto de las Juntas de Protección Social, dada la amplitud de las mismas, a saber:

Cumplir y hacer cumplir las leyes y los reglamentos relativos a las instituciones que administran.

Dictar las medidas que estime convenientes para el buen servicio de la institución.

Nombrar representante legal, director y superintendente de los establecimientos que administra y demás empleados que sean requeridos.

Señalar la dotación de cada uno de los empleados.

Aprobar el presupuesto de ingresos y egresos. Enajenar los bienes muebles e inmuebles de la institución, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4

Dictar los reglamentos a que deben sujetarse las instituciones que administra.

Resulta menester mencionar también al menos una de las facultades de su presidente, cual es representar a la institución, judicial y extrajudicialmente.

Como puede observarse con meridiana claridad esta reglamentación incurre en varios vicios de ilegalidad sumamente serios, siendo lo más grave que en la práctica las mismas han funcionado de manera eficiente precisamente por que han operado con estas facultades sin que hasta la fecha se dé un verdadero cuestionamiento de su naturaleza jurídica ni un serio análisis de la figura jurídica.

5. Reglamento Orgánico de la Junta de Protección Social de San José (Decreto 28025-MTSS-MP)

La Junta de Protección Social de San José fue constituida por Decreto del 3 de julio de 1845, aprobada por la Cámara de Representantes como Junta de Caridad, decreto sancionado el 23 de julio del mismo año por don José Rafael de Gallegos como Senado encargado del supremo Poder Ejecutivo.

Si bien no existe una ley orgánica de la Junta de Protección Social, lo cierto es que las diversas leyes de lotería le han ido confiriendo la competencia exclusiva en la administración y distribución de la lotería nacional, siendo que por Ley 7395 del 3 de mayo de 1994 se le confiere personalidad jurídica propia. No obstante, es su Reglamento Orgánico el que viene a delimitar su naturaleza jurídica, atribuciones, funciones específicas, reglamento define a la Junta de Protección Social de San José en su artículo primero como un ente descentralizado con autonomía técnica, administrativa, funcional y organizacional, del área social del sector público, con personería jurídica propia, que tiene a su cargo la administración de las loterías en cualquiera de sus modalidades. Agrega además, que le corresponde la administración de los cementerios General y Metropolitano de Pavas y cualquier otro que decida establecer, así como cualesquiera

otra función que le asignen las leyes y los reglamentos.

6. Reglamento de Administración de los Cementerios a cargo de la Junta de Protección Social de San José (Decreto 21384-S del 10 de junio de 1992)

La Junta de Protección Social de San José tiene actualmente la administración del Cementerio General y el Metropolitano de Pavas, siendo que según lo vimos en el acápite anterior puede abrir otros cementerios, cuando así lo acuerde su junta directiva. Estos cementerios se encuentran en terrenos propiedad de la Junta y la administración de los mismos está a cargo de un administrador general que es funcionario de la Junta.

El reglamento refiere que lo que la relación jurídica existente en dichos cementerios son derechos de arrendamiento, definiendo al "arrendatario" como "Persona física o jurídica inscrita en los registros de la Institución como poseedor de un derecho de arriendo de criptas, nichos o mausoleos en los cementerios".

El derecho de arrendamiento podrá ser hasta por 99 años, según tarifa que fija la Junta, misma que podrá ser ajusta conforme las variaciones en el costo de vida. Al igual que todos los cementerios se establece el cobro de los denominados "derechos de tapa o derechos de sepultura" que es la tarifa que se cobra por los gastos que se incurren en cada inhumación, monto que puede ser exonerado por razones de indigencia, salubridad o interés público.

Asimismo establecía el cobro de cuota anual por mantenimiento en los artículos 3 y 5, para garantizar la buena conservación de los jardines y áreas comunes de los cementerios. No obstante, estos numerales fueron son derogados por decreto 28253-S del 28 de octubre de 1999, en acato de dos criterios vertidos, a nuestro juicio incorrectamente, por la Contraloría General de la República y por la Defensoría de los Habitantes de la República, según los cuales se le recomendó a la Junta de Protección Social de San José, se procediera a la derogatoria de los referidos artículos toda vez que se consideró que al ser los terrenos de los cementerios propiedad de la Junta cualquier cobro que se hiciera sobre los mismos tenían la naturaleza de tributo, por considerarse una tasa, y por ende existe reserva de ley. Además, se agregó que el debido mantenimiento de esas áreas le correspondía a la Junta por tener esa competencia y en virtud de ello debía de financiar los gastos de mantenimiento con su presupuesto ordinario y no por el cobro de la denominada cuota de mantenimiento. Tal y como se detallará infra, no compartimos el criterio señalado por las dos distinguidas instituciones, ya que no nos parece que la tarifa que se cobra por mantenimiento por parte de los cementerios públicos pueda considerarse de naturaleza tributaria. Este criterio y la derogatoria de estos artículos, así como del artículo 11 del reglamento General de Cementerios, como lo indicamos anteriormente, ha sumido a los cementerios públicos en una situación muy difícil para el mantenimiento de las áreas comunes, dado que los mismos carecen de presupuesto para esos fines y las tarifas que se cobran por lo otros rubros mencionados (tales como derechos de "arrendamiento" y derechos de tapa o sepultura) son muy bajas y no cubren los gastos mínimos de los cementerios.

Para efectos de traspaso de los "derechos de propiedades" se harán por escritura pública y según lo dispuesto en Ley 704 y el Reglamento General de Cementerios.

C. ADMINISTRACIÓN DE LOS CEMENTERIOS PÚBLICOS

Como hemos visto en el análisis de las diferentes reglamentaciones tenemos básicamente dos mecanismos y figuras jurídicas que han sido utilizadas históricamente, toda vez que tales regulaciones datan de muchos años atrás, sin mayor estudio o claridad sobre su naturaleza jurídica, y no es sino hasta hace pocos y en virtud de consultas específicas promovidas por los mismos cementerios que instituciones como la Procuraduría General de la República, la Contraloría General de la República y la misma Sala Constitucional, comienzan a tratar la cuestión de la naturaleza jurídica de los cementerios y de la figura de administración utilizada.

Así, tenemos la existencia de Cementerios Municipales, que a su vez han usado dos formas de administración: a) directamente la Municipalidad por medio de una sección de cementerios dentro de su estructura orgánica, y, b) a través de Juntas Administradoras, conformadas por vecinos de la comunidad interesados en el servicio de cementerios, que son nombrados por el Consejo Municipal, desempeñan sus funciones ad honorem y ejecutan las labores financieras y de administración haciendo uso de la estructura burocrática de la Municipalidad. En estos casos los terrenos de los campo santos pertenecen a la Municipalidad.

La otra forma utilizada es a través de las Juntas de Protección Social de cantón, creadas por el Poder Ejecutivo (Presidente y Ministro de Salud), cuya Junta Directiva es conformada por vecinos de la comunidad interesados de nombramiento del Poder Ejecutivo y que realizan sus funciones ad honorem. En estos casos los terrenos que ocupan los cementerios se consideran propiedad del Estado.

En ambos casos, se trata pues de bienes demaniales según lo estudiado en acápites anteriores.

D. CEMENTERIOS DE LA MUNICIPALIDAD DE SAN JOSÉ.

La Municipalidad de San José administra directamente seis cementerios a través de una sección de cementerios. Estos son: Cementerio Calvo, el de San Sebastián, Zapote, en la Uruca, Corazón de Jesús y el Cementerio de Pavas. Los terrenos son municipales por que han sido traspasados por donación para que asuma la administración de dichos cementerios.

Por años se rigieron únicamente por el Reglamento General de Cementerios, pero recientemente emitieron el Reglamento de Funcionamiento y Administración de los Cementerios Municipales del Cantón de San José, publicado en La Gaceta No 65 del 2 de abril de 2001, mismo que inicia en su capítulo preliminar con una acertada delimitación de la naturaleza jurídica de la figura y posteriormente cae de nuevo en las imprecisiones terminológicas arrastradas desde hace años. Así, expresamente se estipula que el derecho funerario sobre la sepultura no constituye derecho de propiedad ya que están construidas sobre solares o parcelas que son de dominio público y están fuera del comercio de los hombres, siendo que define el derecho funerario como una autorización de uso perpetuo o temporal para el depósito de cadáveres o restos humanos.

De manera igualmente acertada establece que los cementerios son lugares destinados exclusivamente a la ubicación y conservación de cadáveres y restos humanos. Incluye una disposición general en cuanto a que

todo habitante tiene derecho a la disposición más adecuada y conveniente de su cadáver. Además, reconoce que dichos lugares son de utilidad pública.

Establece este cuerpo normativo algunas definiciones entre las cuales resulta de interés el concepto de Cementerio: Todo terreno descubierto, previamente escogido, delimitado y cercado, público o privado y destinado a enterrar seres humanos, sus restos o vísceras extraídas a los cadáveres autopsiados o embalsamados en establecimientos autorizados para dichos efectos o para la conservación o custodia de cenizas producto de la cremación de cadáveres o restos humanos.

A pesar de haber establecido en el capítulo preliminar que se trata de una autorización de uso de bien de dominio público, posteriormente en el artículo 6 y siguientes habla de que la Municipalidad puede "vender" las parcelas como "derechos de arrendamiento" a quines lo soliciten, siempre y cuando tenga residencia permanente en el mismo cantón del cementerio. Tal derecho se adquiere mediante el pago que señale la Ordenanza Fiscal Municipal y quedará sujeto a los derechos y limitaciones que se establezcan, con plazos de 5 a 25 años.

Desarrollando -aunque imprecisamente- el principio de no poder ser embargado indica que los derechos de arrendamiento no pueden venderse ni darse en garantía hipotecaria o de cualquier otra naturaleza, siendo que su incumplimiento puede acarrear la pérdida del derecho.

Por otra parte, el titular del derecho de arrendamiento puede designar uno o más beneficiarios para después de su fallecimiento que conllevará su beneficio automático, pudiendo designar éste nuevos beneficiarios.

Según lo normado, la Sección de Cementerios de la Municipalidades tendrá a su cargo la recaudación de derechos y tasas municipales así como los trámites de permisos para construcción, reparación y mantenimiento. Al hablar el reglamento de tasas municipales, está incurriendo en un grave error que imposibilitaría la recaudación de tal rubro por requerir un procedimiento especial para su aprobación.

Como señalamos supra, si bien este reglamento inició dando un gran avance en la precisión conceptual y terminológica de la naturaleza jurídica de los cementerios, que le pudo haber servido de base para su adecuado desarrollo, lo cierto es que cae de nuevo en los mismos errores que se han venido arrastrando en el tiempo.

SECCION V. PRONUNCIAMIENTOS INSTITUCIONALES

A. SALA CONSTITUCIONAL

Desgraciadamente la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal Constitucional no ha sido la correcta ni la más feliz, todo lo contrario ha generado cuestionamientos jurídicos serios y lo que es más grave, incertidumbre en los ciudadanos usuarios del servicio de cementerio que por lo general de leyes no tienen siquiera los conocimientos básicos para tomar decisiones acertadas jurídicamente.

Así, nuestra Sala en un primer voto rechazó un recurso de amparo interpuesto por un miembro de la Junta Directiva de la Junta de Protección Social de Cartago contra el Presidente de la República y el Ministro de Salud por haber dispuesto vía decreto la disolución de esa Junta, argumentando entre otras cosas, que las personas públicas carecen de derechos fundamentales, por lo que no les es posible

acceder a esa vía. Esta posición es reiterada en otros votos posteriores. Cabe aclarar que hasta aquí coincidimos con la tesitura de principio de la Sala, toda vez que tratándose de las Juntas de Protección Social, como lo hemos visto de la normativa analizada y lo profundizaremos luego, estamos en presencia de un órgano de derecho público y por ende no puede acceder vía amparo a la justicia constitucional. (Res: 2001-02805 Sala Const. 5/04/2001)

No obstante, en otro voto que desarrolla el anterior la Sala expresó:

" ... esta Sala ha considerado que las Juntas de Protección Social son entidades de derecho público concebidas por su naturaleza como entes descentralizados del Área Social del Sector Público, adscritas al Ministerio de Salud por mandato de ley. De esta forma su creación, modificación o extinción debe hacerse por la vía del Decreto Ejecutivo, razón por la cual la argumentación del recurrente en cuanto a la improcedencia de la liquidación de la Junta de Protección Social de Cartago resulta infundada, en especial si se tiene en consideración que existe documentación que respalda la decisión administrativa tomada en contra de dicha Junta." Como se puede observar la Sala comete el grave error conceptual de calificar a dichas Juntas como entes descentralizados, que como veremos infra no reúnen los requisitos básicos de dicha figura jurídica. (Voto 2354 del 13 de junio de 1999)

Por último, la Sala en el Voto 4778-98 de las 12 hrs. del 3 de julio de 1998, de manera más prudente, señaló:

> " ... este Tribunal es del criterio que no es la vía sumarísima del amparo la adecuada para establecer cuál es, en realidad, la naturaleza jurídica de la mencionada Junta; esta cuestión no es sí misma, un problema de constitucionalidad, sino de mera legalidad. Pero, además, se trata de una cuestión que, como refleja el expediente, es especialmente compleja, entre otras cosas por el prolongado curso histórico que ha acabado por configurar la Junta, y por la confusa regulación de que ella ha sido objeto en todo este tiempo, de modo que, para dilucidarla, se requeriría abundantísima prueba (...) en estas circunstancias el asunto debe despejarse en la jurisdicción común, que es la que conviene. De otro lado, sin definirse tan relevante punto, no sería lícito proseguir el examen del asunto..."

Finalmente, calificó de interés público a las administraciones de cementerios independientemente de si es un cementerio público o privado:

> "La administración de un cementerio local reviste un evidente interés público por la función social que desarrolla. Aunque la Junta recurrida es un sujeto de derecho privado se encuentra ejerciendo funciones publicas, de manera que no está exenta de atender las peticiones que al tenor de lo dispuesto en el

artículo 27 constitucional, formulen los administrados. Por ello, la falta de respuesta a una petición pura y simple como la formulada por los amparados se traduce en una denegatoria de sus derechos fundamentales.-" (Sentencia número 2002-06272 de las quince horas con catorce minutos del veinticinco de junio del dos mil dos.) Res: 2003-13864 Sala Const. 2/12/2003"

B. TRIBUNALES DE JUSTICIA

Pocos pronunciamientos ayuden para clarificar la naturaleza jurídica de los cementerios, no obstante, algunos de referencia son:

1. Sobre la inembargabilidad de los cementerios:

El Tribunal Superior Primero Civil en resolución No 938-R de 7:50 hrs. de 15 de julio de 1994, con base en la ley 58 y 704 estableció la inembargabilidad de las parcelas, tumbas, mausoleos y demás sitios reducidos a dominio particular en los cementerios en atención al respeto y piedad que merecen las personas inhumadas, sin importar que se trate de cementerios públicos o privados.

Con base en esta sentencia el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Segundo Circuito Judicial, en sentencia 827-99 del 30 de noviembre de 1999, rechazó la pretensión del Banco Nacional vía ejecutivo simple de embargar un lote en un cementerio.

2) Sobre las cuotas de mantenimiento:

El Juzgado Segundo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda en sentencia 200-96, refiriéndose a la naturaleza jurídica de las cuotas de mantenimiento que cobraba la Junta de Protección Social de San José, concluyó:

> " La confusión en que incurre el actor es estimar dicha cuota como un tributo, cuando en realidad se trata del pago de un canon por arrendamiento. Sus argumentaciones esgrimidas tanto en sede administrativa como jurisdiccional sobre el establecimiento de impuestos, multas, tasas u otras contribuciones especiales, resultan valederas, pero no aplicables a su caso, pues la naturaleza jurídica de la referida cuota, es totalmente diversa a la que le imputa. En este caso el canon se transforma en la contraprestación que recibe la institución accionada, como consecuencia de la ocupación del terreno arrendado..."

Si bien es cierto, en nuestro criterio no estamos en presencia de un contrato de arrendamiento como concluimos supra, al menos el juzgado desestima la posibilidad de que la cuota de mantenimiento de los cementerios se trate de un tributo. No obstante, esta sentencia fue revocada por el Tribunal Superior Contencioso Administrativo en sentencia 393-97 retrocediendo gravemente al punto de considerar que estamos en presencia de un tributo. Así, señaló el Tribunal:

> " III.- En criterio del Tribunal, el canon que cobra la demandada por el mantenimiento del cementerio General es un tributo, de acuerdo con lo que establece el artículo 4 del Código Tributario. Lo anterior por cuanto el cementerio General es propiedad estatal, cuya administración le fue otorgada a la demandada, que es un ente

> público, que maneja dineros públicos (...) IV.- De acuerdo a lo expresado, no existe una ley o norma con ese carácter que permita por medio de un reglamento ejecutivo cobrar una cuota, la cual forma parte del presupuesto de la accionada, puesto que para mantener el cementerio debe contar con una planilla de empleados, que definitivamente tiene que estar en el presupuesto de la Junta de Protección Social de San José, motivo por el cual el cobro hecho al actor va contra lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley general de la Administración Pública..."

Como apreciamos de lo indicado, el Tribunal Superior no ha logrado tener una visión clara de la naturaleza jurídica de los cementerios públicos del país. .

C. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Basada en la resolución del Tribunal Superior Contencioso Administrativo sobre la naturaleza jurídica de los cobros de cuotas de mantenimiento de cementerios, emite criterio indicando que:

> "(...)dada la naturaleza tributaria con que hemos caracterizado al costo de mantenimiento (tributo), existiría una imposibilidad jurídica para establecerla por una vía que no sea la legislativa, lo que se traduce en que el cobro de la tarifa de mantenimiento acordado y publicado por la Junta de Protección Social resulte ilegítimo." (DAJ-0620-98) Además, la Contraloría le indica a la Junta de Protección Social que en acatamiento de dicha sentencia, debe tomar las medidas necesarias para poner a derecho sus actuaciones.

Lo anterior tuvo como consecuencia, que la Junta de Protección Social de San José gestionara ante el Ministerio de Salud la derogatoria de las normas reglamentarias que facultaban dicho cobro, de allí que el Poder Ejecutivo procedió a tal derogatoria tanto en el Reglamento de Administración de los cementerios a cargo de esa Junta sino también de las normas similares contenidas en el reglamento General de Cementerios. Esto ha conllevado en la práctica, que los cementerios públicos se han quedado sin normativa de fundamento para el cobro de estas cuotas, que como vimos, en nuestro criterio se trata de un precio público que debe ser pactado entre la administración concedente y el concesionario, por lo que tal derogatoria no tiene ningún sentido ni procedencia jurídica.

Dentro de otro orden de cosas, cabe destacar que ya la Contraloría desde hace mucho tiempo había establecido que las Juntas Administradoras de los cementerios municipales no tienen personería jurídica, por lo que deben funcionar adscritas a la respectiva Municipalidad, siendo que su gestión financiera se debe realizar por medio del ente y con sujeción al ordenamiento municipal (Oficio # 2309-SM-76).

D. PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Dictamen C-10-83.

En este dictamen se consulta la posibilidad de cobro de la Municipalidad de Heredia del Impuesto de Inhumación a Jardines del Recuerdo.

Se responde en el sentido de que no puede hablarse de impuesto propiamente, pues se trata más bien de tasa o más genéricamente de contribución o derecho, sea que se trate de impuesto o tasa, debe ser aprobado por ley.

Establece el órgano consultivo que la facultad para cobrar derechos de sepultura sea por la Municipalidad directamente, la Junta de Protección Social o la Junta Administradora, existe únicamente cuando se trate de cementerios de su propiedad o bajo su administración, no en los de propiedad privada.

Dictamen C- 249-98

Ante consulta de la Junta de Protección Social de San José se analiza la naturaleza jurídica de las cuotas de mantenimiento de los cementerios.

Se efectúan clarificaciones importantes en este pronunciamiento, indicándose en principio que el mantenimiento de las parcelas sobre las cuales el particular tenga un derecho de uso corre por cuenta de éstos y no tiene relación alguna con la cuota de mantenimiento general del cementerio para las áreas comunes, que es obligación del administrador del mismo.

Define que lo que ostenta el titular de la parcela en un cementerio es una concesión de uso sobre el bien y no su propiedad en sentido estricto, pues se trata de bienes demaniales.

Analiza la Procuraduría la naturaleza jurídica de la cuota de mantenimiento y concluye que aún y cuando el Tribunal Superior Contencioso Administrativo dictó una resolución calificando de tributos estos cobros por cuanto el Cementerio General es propiedad estatal, se considera que NO se trata de un tributo (impuestos, tasas o contribuciones especiales) conforme el art. 4 del Cód. de Normas y Procedimientos Tributarios, sino que lo califica de PRECIO PUBLICO, por cuanto el mismo se paga por la prestación de servicios no inherentes al Estado, se establecen contractualmente y no coactivamente como los tributos.

En el caso de los cementerios, no es un servicio inherente al Estado pues ésta no lo realiza en forma exclusiva ni es necesario para el funcionamiento de la actividad. Además, depende de la voluntad de los interesados pues es fijado contractualmente, no es entonces una obligación impuesta por la ley sino un contrato administrativo.

Jurídicamente tasa y precio son institutos diversos: una incorpora una obligación ex lege de derecho público, el otro una obligación ex contractu, normalmente de derecho privado.

Dictamen C-171-99

Ante consulta de la JPS-Alajuela, analiza su naturaleza jurídica y funciones.

Establece como punto de partida para el análisis de la naturaleza jurídica de la JPSA su forma de creación, siendo que la misma fue creada por el Poder Ejecutivo y tiene como únicas funciones la organización y administración de los cementerios de la ciudad de Alajuela.

Concluye que al constituir los cementerios establecimientos de interés sanitario, su administración y organización está inmersa dentro del sector salud.

En virtud del interés público prevaleciente de la salud pública, todos los administradores de cementerios, sean públicos o privados, se

encuentra sometidos a las directrices técnicas y de funcionamiento que en la materia dicte el Ministerio de Salud y por ende, también están sujetos a los controles que éste determine.

Según lo establecido en el artículo 11 del Reglamento General de Cementerios se faculta a las Juntas de Protección Social del lugar a administrar los bienes y fondos de los cementerios, debiendo éstas dar cuenta de ello a la Municipalidad respectiva.

La JPSA debe permitir las auditorias y fiscalización de parte del Ministerio de Salud. Esta última en caso de recibir fondos públicos o ser subvencionada en forma total o parcial por el Estado o las municipalidades, conforme al art. 3 Reg Grl Patronatos y Juntas Directivas de Juntas de Protección Social.

Las Juntas no son entes descentralizados toda vez que la personalidad jurídica fue otorgada vía reglamentaria y no por ley conforme corresponde según el art. 121 inc 20) Constitución Política. Además, no reúne las demás características propias de un ente descentralizado, por lo que difiere radicalmente del criterio externado por la Sala Constitucional. Concluye que se trata de un órgano público que forma parte del sector salud siendo un "órgano desconcentrado mínimo" gozando de independencia funcional en su competencia exclusiva. Por ende, no tiene autonomía administrativa ni técnica sino que se encuentra adscrita al Ministerio de Salud.

CONCLUSIONES

1. Los cementerios son bienes demaniales y por ende no están en el comercio privado de los hombres.

2. Los administrados pueden hacer uso y disfrute de estos inmuebles por medio de un permiso de uso especial del dominio público (o uso privativo como lo denominan otros autores), otorgada conforme el destino específico del cementerio.

3. Para el particular constituye un verdadero derecho real administrativo, para la Administración, un acto administrativo de efectos unilaterales, por su precariedad y revocabilidad.- .

4. El monto que se paga por el uso del mismo, podemos definirlo simplemente como un canon, y más allá de esos como un precio público, nunca como un tributo, y puede ser fijado por la Municipalidad, la Junta Administradora o la Junta de Protección Social respectiva.

   Los cementerios, tanto públicos como privados, se encuentran sometidos al control y vigilancia del Ministerio de Salud.

5. Los cementerios privados se encuentran sujetos a la normativa y control de sanidad y policía mortuaria en virtud de la naturaleza de servicio público de los campos santos.

No obstante, su organización, creación y relaciones con los particulares es materia de derecho privado.

6. Las Juntas de Protección Social de cada cantón son órganos de derecho público que están adscritas al Ministerio de Salud, no tienen personería jurídica propia por lo que sus funciones se restringen a la administración de los cementerios. En estos casos la titularidad del cementerio corresponde al Estado. Estas Juntas conformadas por vecinos de la comunidad, han demostrado ejercer con eficiencia sus funciones.

7. Las Municipalidades pueden administrar directamente los cementerios o acudir a las Juntas Administradoras conformadas por vecinos de la comunidad nombrados por el Consejo Municipal. En estos casos la titularidad del terreno la tiene la Municipalidad respectiva. Estas Juntas han demostrado igualmente ser mejores administradores que la misma Municipalidad.

8. En Costa Rica NO existe claridad en la figura jurídica que tratamos y la normativa es confusa, imprecisa e insuficiente.

BIBLIOGRAFÍA

APARICIO PEREZ (Antonio) Tasas versus Precios Públicos. Seminario Español “Tasas y Precios Públicos en el Ordenamiento Jurídico Español” Ponencias y Comunicaciones Españolas. Madrid, 1991

ARIAS RAMÍREZ Bernal, Cementerios: ¿Cuál es el bien jurídico a tutelar?, Revista IVSTITIA, No 153-154, año 13

Contraloría General de la República, Oficio 001899 del 18 de febrero de 1999, de la Dirección General de Presupuestos Públicos, Departamento Municipal

Contraloría General de la República, Oficio 003114 del 27 de marzo de 1998, de la Dirección General de Asuntos Jurídicos DAJ-0620

Contraloría General de la República, Oficio 002774 del 17 de marzo de 1998, de la Dirección General de Asuntos Jurídicos DAJ-0527

Contraloría General de la República, Oficio 2309-SM-76 del 17 de agosto de 1976

ESCOLA Hector Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Volumen II, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1984

FERNÁNDEZ VÁZQUEZ Emilio, Diccionario de Derecho Público, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981

GONZALEZ PEREZ (Jesús) Los Derechos Reales Administrativos. España Editorial Civitas, Segunda Edición, 1984.

GORDILLO Augustín, DIEZ Manuel M, PRAT Julio y otros, Contratos Administrativos, Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982

Ley 704 de la Junta Fundadora de la Segunda República del 7 de septiembre de 1949

Ley 6000 del 10 de noviembre de 1976

Ley General de Salud, No 5395 del 30 de octubre de 1973 y sus reformas

MARIENHOFF (Miguel) Permiso Especial de Uso de bienes del Dominio Público. Argentina Editorial Abeledo-Perrot,

PARADA (Ramón) Derecho Administrativo, Tomo III, Bienes Públicos Derecho Urbanístico, Sexta Edición, Editorial Marcial Ponds 1997.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-10-83 del 12 de enero de 1983

Procuraduría General de la República, Dictamen C-249-98 del 20 de noviembre de 1998

Procuraduría General de la República, Dictamen C-171-99 del 24 de agosto de 1999

Reglamento General de los Patronatos y Juntas Directivas de Protección Social, Decreto Ejecutivo No 27 del 20 de mayo de 1941 y sus reformas

Reglamento General de Cementerios, Decreto Ejecutivo No 22183-S y sus reformas

Reglamento General de Cementerios Decreto Ejecutivo, Nº 32833, publicado en La Gaceta Nº 244 del 19 de diciembre de 2005

Reglamento Orgánico de la Junta de Protección Social de San José, Decreto Ejecutivo No 28025-MTSS-MP

Reglamento para la Administración de los cementerios a cargo de la Junta de Protección Social de San José, Decreto Ejecutivo No 21384-S

Reglamento de Funcionamiento y Administración de los Cementerios Municipales del Cantón Central de San José, publicado en La Gaceta No 65 del 2 de abril de 2001

Reglamento del cementerio de Obreros de la Ciudad de San José

SAYAGUÉS LASO Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen II, tercera edición, Montevideo, 1974

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO PENAL

Allan Arburola Valverde *

Sumario

1. Antecedentes históricos. 2. La causalidad. 3. Tipos de causalidad. 4. Teorías de la causalidad. 5. Teoría de la equivalencia de condiciones. 6. Teorías individualizadoras. 7. Teoría de la adecuación. 8. Teoría de la causalidad adecuada. 9. Teoría de la causalidad relevante. 10. Teoría de la prohibición de regreso. 11. Teoría del nexo causal.12. Imputación objetiva. 13. Estructura de la imputación objetiva. 14. La creación de riesgo jurídicamente relevante. Criterios. 15. Fin de protección de la norma lesionada. 16. Riesgo general de vida y alcance del riesgo permitido. 17. Libre y responsable autolesión y puesta en peligro, libre y voluntaria de la víctima. 18. Autorresponsable intervención de un tercero. 19. Disminución del riesgo. 20. Cursos causales atípicos. 21. La relación de violación al deber. 22. La teoría de los roles de Jakobs. Literatura consultada.

1. Antecedentes históricos

Los orígenes de la idea de imputación se puede remontar, en principio, a la llamada teoría de la imputación del filósofo del derecho natural Samuel Pufendorf, pues la palabra Zurechnunges, en realidad sólo en una traducción de la palabra latina imputatio. Sin embargo como precursora de la actual teoría de la imputación objetiva figura la filosofía idealista del Derecho de Hegel. El objetivo del concepto de acción remontable a Hegel y desarrollado por la escuela Hegeliana del siglo XIX era imputar al sujeto de la multiplicidad de cursos causales, solo aquello que puede ser considerado como su obra, es decir, como la conformación del mundo a través del sujeto. En el año 1930 Honig publicó en el famoso Libro-Homenaje a Frank, un artículo que evidentemente estaba inspirado en la revisión de la teoría de Hegel. En ese artículo Honig recurrió a la *"perseguibilidad objetiva de una finalidad"* para eliminar cursos causales guiados por la casualidad y distinguió en ella el criterio decisivo de un "juicio de imputación autónomo" absolutamente independiente del juicio causal. Imputable sería sólo aquel resultado que puede ser

considerado como que ha ocurrido "sirviendo a los fines". Como ejemplo Honig utilizó el caso formulado por Traeger y hasta hoy permanentemente repetido que consiste en que alguien envía a su sobrino a quién quiere heredar, a un monte poblado de altos árboles en medio de una tormenta, con la esperanza de que muera alcanzado por un rayo.

* http://www.allanarburola.com/

Honig completó expresamente la categoría de Derecho Natural de la causalidad mediante la categoría normativa de la "imputación objetiva" caracterizando el resultado como el objeto de la imputación y el actuante como el sujeto: el resultado de la acción debía ser imputable.

Como ya fue expresada, la concepción de Honig de la imputación objetiva fue proseguida solo un año más tarde, en 1931 y después en 1939, por dos trabajos fundamentales, provenientes de dos autores destacados entre sí y que no utilizaron el término "imputación objetiva", pero si la trataron como cuestión y la continuaron desarrollando. Se hace mención a la monografía fundamental de Engisch sobre *"Die Kausalität als Merkmal der strafrech tlichen Tatbestände",* así como también a los *"Studien zum System des Strafrechts"* de Welzel del año 1939. *(Schünemann, 2002, p. 209-210).*

A *Roxin* se debe la gran aportación de depurar de todo vestigio ontológico esta teoría y elaborar el denominado *principio de riesgo. (Berdugo, 2002, p.200).*

2. La causalidad

El principio según el cual a toda causa le sigue un resultado se llama *principio de causalidad* y al nexo que une dicha causa con el resultado se llama *relación de causalidad.*

Para poder atribuir un resultado a una determinada conducta, se requiere establecer en primer término, si entre esa acción y ese resultado existe una relación de causalidad desde una perspectiva natural, Sin embargo, aún no se tiene el resuelto el problema, es preciso, además determinar que ese vínculo natural interese al Derecho Penal. Pues bien, éste último caso consiste en formular un juicio normativo, también conocido con el nombre de *juicio de imputación objetiva.* Comprobar la existencia de la relación de causalidad es el primer paso de la imputación objetiva. *(Berdugo, 2002, p. 196).*

Por otro lado se define la causalidad como el proceso por el cual se llega al reproche, con varias condiciones, el nexo causal entre la conducta y el resultado penalmente reprochable, sin ser ésta la única condición para dicho reproche, pues debe tomarse en cuenta la intención del autor, su grado de imputabilidad al momento de cometer el hecho, las eximentes de responsabilidad, etc., todo esto dentro de una *"imputación subjetiva"* del resultado. El principal problema al que puede enfrentar el juez es a no tener conocimiento suficiente para saber si se cumple la relación causal en determinado caso, esto porque ciencias naturales ajenas al derecho pueden verse involucradas, en el caso de estudio. *(Vargas González et al, 1998, págs. 55-56).*

Entonces, el juez tendrá que atenerse en un primer plano a la denominada *causalidad genérica.* Esto implica que […] el desarrollo de leyes causales es un problema científico cuya tarea incumbe a cada rama especialmente del saber […] dentro de un proceso judicial, sólo puede tenerse como demostrada la existencia de una ley causal dentro de la ciencia correspondiente, ello sea admitido. *(Reyes Alvarado, 1994, p.41).*

Una vez que en el proceso se logra determinar esta ley causal científica, el juez acude a la llamada *causalidad concreta* dónde se procede a valorar si la conducta del imputado se adhiere a esa causalidad científica como causante del resultado, caso en el cual previa otras valoraciones se le impondrá la sanción correspondiente al delito cometido. *(Vargas González et al, 1998, p.56).*

Hay que tener presente que causalidad es sólo la condición mínima de la imputación objetiva del resultado; a ella debe añadirse aún la relevancia jurídica de la relación causal entre la acción y el resultado, Naturalmente, la relevancia de los cursos causales no se limita sólo objetivamente, sino que también la exigencia de un aspecto subjetivo del hecho, congruente, tiene un efecto limitador. *(Jakobs, 2002, p. 107).*

Resulta evidente la importancia de la causalidad dentro de la teoría de la imputación objetiva; todo comportamiento delictivo tiene siempre un resultado y de ahí es imputable, así como fenómeno físico, siempre la conducta va a producir un resultado. *(Vargas González et al, 1998, págs. 54-55).*

3. Tipos de causalidad

En la mayoría de los casos la existencia de la relación de causalidad no es problemática. Si A tira una piedra dolosamente contra el jarrón de B y lo destruye, no hay duda alguna de que entre la acción de A (tirar la piedra) y el resultado típico (destrucción dolosa del jarrón de B), hay una relación de causalidad.

No obstante, existen varios tipos de causalidad que pueden presentar problemas:

Causalidad alternativa: Varias condiciones independientes actúan conjuntamente, siendo cada una de ellas suficiente para la producción del resultado. Todas ellas son efectivas al mismo tiempo para el resultado. Por ejemplo: A y B le dan de manera independiente entre sí, una dosis de veneno que actúa mortalmente al mismo tiempo.

Causalidad cumulativa: En este caso varias condiciones establecidas de manera independiente actúan por medio de la acción conjunta en el resultado. Por ejemplo: A y B dan, de manera independiente entre sí un veneno a C, el cual actúa mortalmente sobre él a causa de la acción conjunta de ambas dosis.

Cursos causales atípicos: Se produce un resultado por una causa que se adjunta a la acción. Por ejemplo: A lesiona a B. El médico C, que atiende a B, comete un error médico (mala praxis), por el cual B muere.

Causalidad hipotética: Otra causa podría haber causado al mismo tiempo el resultado. Por ejemplo: A le da a B una dosis mortal de veneno. B habría muerto aún sin la dosis de veneno en el mismo punto temporal.

Casos de causalidad interrumpida o rota: En estos casos existe un acontecimiento interviniente independiente y excluye la existencia de la anterior causalidad, de tal modo que ésta ya no es operativa. Por ejemplo: A envenena la comida de B. Antes que el veneno haga efecto, C mata de un balazo a B.

Intervención en un proceso causal ya puesto en marcha: En este caso, un riesgo, ya existente. Por ejemplo: A, ante la inminencia de un choque del tren en el carril en que se encontraba, que produciría lesionados, lo desvía hacia otro carril, en el cual igualmente choca y el choque produce lesionados. (*Castillo, 2003, págs. 43-55).*

Causalidad adelantada: Opera en los casos dónde dos o más conductas son dirigidas al mismo fin, pero una de ellas se adelanta

a las otras y produce primero el resultado. Los problemas de la causalidad adelantada se resuelven en forma sencilla, con lógica natural: “una sola de la conducta de la conducta desplegada produjo el resultado de forma tal que, aquellas acciones que “casi” lo ocasionaron y son absolutamente irrelevantes desde el punto de vista causal y le son igualmente, desde el punto de vista penal para la responsabilidad del resultado, ya que si se determina con claridad el nexo causal con una de ellas, las otras pasan a segundo plano. En caso de que no se logre determinar el agente productor del resultado, debe aplicarse el principio in dubio pro reo. *(Vargas González et al, 1998, p.57).*

4. Teorías de la causalidad

Entre las teorías de la causalidad que más trascendencia han tenido, se tienen las siguientes:

Teoría de la equivalencia de condiciones.
Teorías individualizadoras.
Teoría de la adecuación.
Teoría de la causalidad adecuada.
Teoría de la causalidad relevante.
Teoría de la prohibición de regreso.
Teoría del nexo causal.

A continuación se expondrán las principales características de cada una de las teorías anteriormente indicadas.

5. Teoría de la equivalencia de condiciones

La teoría de la equivalencia de condiciones se empieza a conocer en Alemania a partir de 1843, con Stuart Mall. Años más tarde la teoría es desarrollada por Von Buri en 1873.

Von Buri entendió que no solamente la suma de una diversidad de elementos es causa de un fenómeno, sino que además cada una de esas fuerzas individualmente consideradas a su vez causa un resultado. *(Reyes Alvarado, op.cit, p.41).*

La doctrina de la época llegó a explicar que toda condición para la producción de un resultado es a la vez causa de éste, por lo que toda condición es equivalente a una causa y de ahí proviene, precisamente el nombre de la teoría. *(Vargas González et al, 1998, p.34).*

De acuerdo con esta teoría, es causa de un resultado toda condición negativa o positiva que intervienen en la producción de un resultado, todas pueden considerarse como causa del mismo, siendo imposible diferencias entre causas y condiciones. El procedimiento para averiguar cuando se está en presencia de una causa es la *conditio sine qua non,* la cual establece que si se suprime mentalmente determinada condición y el resultado desaparece, dicha condición es causa del mismo (condiciones sin la cual el resultado no se hubiese producido). *(Larrauri, 2002, p. 82).*

La teoría de la equivalencia de condiciones, trabaja en la mayoría de los casos con la fórmula de que debe considerarse causa toda condición de un resultado que no puede ser suprimida mentalmente, sin que desaparezca el resultado concreto; es decir que es válida como causa toda *conditio sine qua non,* toda condición sin la cual no se habría producido el resultado. Así p.ej, si un automovilista que conduce bebido no puede dominar su vehículo o invade el otro lado de la calzada, donde se produce un choque con otro coche que venía de frente, el haber consumido alcohol es causal respecto de ese accidente; pero si lo suprime mentalmente, el conductor del coche hubiera

continuado por el lado correcto de la calzada y no hubiera tenido lugar el accidente. Y según esa misma fórmula, son también causa los fabricantes de ambos coches y además otras personas que hayan motivado a la conducción de ambos, así como un cúmulo de ulteriores circunstancias que hayan influido en el suceso (p.ej, la construcción de la calzada, la invención del motor, etc.). Por consiguiente no se realiza ninguna selección entre los innumerables condiciones de cualquier resultado, sino por el contrario se consideran equivalentes (osea de igual valor) todas las condiciones y a ese juicio de equivalencia le debe su nombre a la teoría de la equivalencia. *(Roxin, 2002, págs. 122-123).*

Esta teoría parte del criterio de que todo resultado es determinado y verificado por un conjunto de antecedentes causales. Por consiguiente, la causa será el conjunto de antecedentes causales. Por consiguiente, la causa será el conjunto de condiciones o antecedentes que han contribuido a la producción causal del resultado. En otras palabras y según lo expuesto antes la causa será el conjunto de antecedentes y condiciones necesarias y suficientes para producir el resultado, pero según Von Buri, causa podría ser cada una de las condiciones, con tal que ella no presente como condición sin la cual cada una de las condiciones, con tal que ella se presenta como condición, sin la cual el resultado no se hubiera producido pues cada uno de los antecedentes o condiciones del resultado tienen igual valor. De ahí el nombre de teoría de la equivalencia. *(Ibáñez, 2002, p-275).*

A esta teoría se le denomina *teoría la conditio sine que non,* entendida del latín "*condición esencial*" o como "*condición indispensable*", la fórmula *conditio sine que non* es un mecanismo para atribuir a un factor la categoría causa. La *conditio sine que non* implica que un acontecimiento es causa de un resultado, cuando no pueda ser suprimido mentalmente, sin que el mencionado resultado desaparezca *(Reyes Alvarado, op.cit, p.10).*

Por ejemplo en el supuesto de que ocurra un asalto a un banco, si se suprime mentalmente la incursión de los delincuentes a mano armada y la sustracción que realizan del dinero, desaparece el resultado del desapoderamiento que configura el delito de robo. Ya no se tomaría, ni remotamente en cuenta, la causación del resultado por parte del gerente que abrió el banco esa mañana. *(Vargas González et al, op.cit, págs. 35-36).*

La teoría de la equivalencia de condiciones dice que todas las condiciones producidas de la naturaleza o de la acción humana, son equivalentes y por tanto causas del resultado.

En el Derecho Penal lo que interesa es si el resultado fue causado por una acción humana. Esta pregunta se responde aplicando la fórmula mágica, según la doctrina tradicional, de la conditio sine qua non, llamada también *supresión mental hipotética.* Esta fórmula servirá para establecer el nexo empírico de causalidad y ellas es un proceso lógico, que consiste en eliminar, mediante un proceso de abstracción, la acción del autor y observar si se mantiene del resultado. Un resultado es causado por una acción, cuando la acción no puede suprimirse mentalmente, sin que el resultado desaparezca.

Finalmente para la teoría de la *conditio sine qua non* denominada de Von Buri, penalista alemán que por primera vez la enunció en el campo del Derecho, debe considerarse causa toda condición particular del resultado, es decir, todo antecedente sin que el resultado

no se habría verificado. Por ello, a fin de que se dé la relación de causalidad es suficiente que el hombre haya realizado una condición cualquiera del resultado, basta, en otros términos, que haya actuado un antecedente indispensable para la producción del resultado. *(Antolisei, 2002, p.295).*

También a esta teoría se le denomina *teoría de la condición* la cual parte de la base que es causa del resultado toda condición que ha intervenido en su producción con independencia de su mayor o menor proximidad temporal. Por ésta razón, la teoría es también conocida con el nombre de *"Teoría de la equivalencia"* puesto que todas las condiciones del resultado se consideran equivalentes. Averiguar si una conducta ha condicionado causalmente un resultado se resuelve mediante la utilización de la siguiente hipótesis: es causal toda condición del resultado que, suprima mentalmente, haría desaparecer el resulto. *(Berdugo, op. cit, p. 199).*

6. Teorías individualizadoras

Con éste nombre se pretendieron agrupar una serie de criterios que perseguían limitar la extensión de la equivalencia de condiciones. Se busca seleccionar en cada caso concreto el factor que resulta determinante en la realización del resultado diferenciándose así entre causa y condiciones. Las condiciones se consideran meras circunstancias acompañantes. Una causa podría ser la condición más eficaz o la última condición que antecede al resultado o la más preponderante, o la que se considere decisiva atendiendo su esencia y manifestación. *(Vargas González et al, 1998, págs. 41-42).*

7. Teoría de la adecuación

El intento más importante de limitar la causalidad a lo imputable objetivamente se ha llevado a cabo a través de la teoría de la adecuación.

La teoría de la adecuación no sustituye a la de equivalencia, sino que sólo suprime la equivalencia de todas las condiciones. Conforme a la teoría de la adecuación, una causación sólo será jurídicamente relevante sino no es improbable. *(Jakobs, op.cit. p. 107).*

En el sentido jurídico-penal sólo es causal una conducta que posee una tendencia general a provocar el resultado típico, mientras que las condiciones que sólo por causalidad han desencadenado el resultado son jurídicamente relevantes. *(Jakobs, op.cit. p. 131).*

Según la teoría de la adecuación no toda condición del resultado es causa en sentido jurídico, sino sólo aquella que normalmente es adecuada para producir el resultado. El juicio de adecuación la conforma la probabilidad o previsibilidad objetiva de producción del resultado. Es decir es adecuada la condición si también lo es para el hombre prudente y objetivo que, puesto en el momento de la acción (ex ante) con todos los conocimientos de la situación que tenía el autor al actuar o

que debería haber tenido, entiende que era probable o previsible objetivamente que tal resultado típico se produjera. *(Berdugo, op.cit. p. 199).*

8. Teoría de la causalidad adecuada

Expuesta por Von Bar, Massari y, con algunas variaciones y otros nombres por Antolisei y Grispigni, en Italia. Llamada también causalidad típica, entiende que para la existencia de la relación de causalidad se requiere que el agente haya determinado o producido el resultado con una conducta proporcionada y adecuada. *(Ibáñez, op.cit. p. 275).*

Por otro lado ésta doctrina sostiene que a fin de que exista una relación de causalidad en el sentido del Derecho, se hace necesario que el hombre haya determinado el resultado con una acción proporcionadora, adecuada. La consecuencia fundamental de la teoría es que no se consideran causados por el agente los efectos que en el momento de la acción se presentasen como improbables, es decir, los efectos extraordinarios o atípicos de la acción misma. *(Antolisei, op.cit, p. 295).*

No toda condición que produzca un resultado puede ser considerado causa del mismo, sino solo aquello que produzca un resultado puede ser considerado causa del mismo, sino solo aquello que conforme a la experiencia es adecuada para producir un resultado típico. Para saber cuándo se está en presencia de una causa adecuada, se realiza un juicio de probabilidad por el juez, que debe situarse en el momento de la acción. Este juicio se basa en dos tipos de conocimientos, el ontológico, que toma en consideración las condiciones conocidas y cognoscibles por un hombre prudente, así como los conocimientos específicos del autor; el nomológico que incorpora las leyes de la naturaleza conocidas al tiempo de la acción. Con base en éste juicio se determina finalmente como causa aquella que aparece adecuada objetivamente previsible para producir el resultado. *(Larrauri, op.cit, p. 83).*

Finalmente es importante señalar que ésta teoría sostiene la necesidad de reconocer que un fenómeno es siempre producto de la confluencia de una pluralidad de circunstancias, sin cuya operación conjunta no pueda explicarse; más, se destaca la necesidad de distinguir entre causa y condiciones, considerando no sólo es causa la condición que resulta adecuada para producir el resultado, y la adecuación se afirma o se niega según resulte previsible o no que tal factor pudiese ocasionar el resultado.

¿Cómo determinar la causa adecuada? Tal juicio de probabilidad debe considerar aquellas condiciones que al tiempo de la acción sean “conocidas y cognoscibles” por un hombre prudente. También hay que incluir los conocimientos particulares del autor del hecho. *(Vargas González et al, op.cit, págs. 43-44).*

9. Teoría de la causalidad relevante

Para ésta teoría, la causa es sólo aquella condición que al suprimirla mentalmente conduce a la desaparición del resultado, sólo en cuanto este último sea entendido como categoría jurídica. Mezguer considera que el derecho penal sólo le interesan las causas que sean adecuadas para producir el resultado, empero para él, la determinación de la adecuación de la causa opera en un plano estrictamente jurídico, basándose en los tipos penales. Para Mezguer la equivalencia

causal de todas las condiciones no implica su equivalencia jurídica; separándose así los fenómenos de la causalidad y la responsabilidad. *(Vargas González et al, op.cit, p. 48).*

La responsabilidad penal así descansará sobre tres requisitos:

1. Nexo causal entre acción y resultado.
2. Relevancia del nexo causal.
3. Culpabilidad.

Nexo causal entre acción y resultado

La existencia del nexo se determina mediante la misma fórmula planteada por la teoría de la equivalencia. La acción del autor debe ser *conditio sine qua non* del resultado. Debe existir este primer supuesto de la imputación objetiva, se pasa a analizar el segundo.

Relevancia del nexo causal

Tal relevancia se determina desde el plano de la tipicidad. Se requiere que la acción del sujeto que operó como *conditio sine qua non* y el resultado producido sean típicos, como además que el curso causal dado entre uno y otro sea "relevante" conforme al tipo. Para dictaminar el carácter relevante se asume el criterio de la adecuación propio de la teoría de la causa adecuada. El carácter de la adecuación se determina desde el tipo penal, el cual nos señala los cursos causales relevantes o apropiados. *(Vargas González et al, op.cit, págs. 49-51).*

10. Teoría de la prohibición de regreso

Esta teoría, que en sus inicios, se vincula con la teoría de la interrupción del nexo causal, es planteada por Frank e implica que si cursos causales de acciones no dolosas son aprovechados por una acción dolosa para provocar directamente el resultado, está prohibido el regreso…más atrás de la acción dolosa para buscar causas no dolosas. Aquí se vuelven a mezclar indebidamente criterios valorativos como el problema causal, hasta el punto que ésta teoría apunta ya que las acciones anteriores no son autoría sino participación imprudente, pero al mismo tiempo las rechaza como causas. Aparte de su incorrección como teoría causal, ya en el ámbito de la codelincuencia hay que notar que la mera participación imprudente es impune tanto si favorece una autoría dolosa como imprudente. *(Luzón Peña, p. 72).*

La causalidad tampoco se "interrumpe" porque entre la conducta y el resultado, está la acción dolosa de un tercero. Eso es lo que defendió antiguamente la teoría de la prohibición de regreso, según ella, el regreso (retorno) a las condiciones que precedieron temporalmente a un delito doloso.

Esta teoría se construyó originalmente sobre la base de la teoría causal de la acción, cuyo fundamento es que las causas lejanas ("causa remota") son "anuladas" posteriormente por quien dolosamente causa el resultado ("causa próxima") y soluciona de esta forma el problema de concurrencia de causas

provenientes de diversos sujetos cuando se produce un único resultado. Dicho de otra forma, la participación no dolosa en la realización dolosa y autorresponsable del tipo penal es siempre impune, de modo que la segunda actuación dolosa le quita a la primera actuación no dolosa su relevancia penal. Para estos autores, el establecimiento de condiciones previas al resultado, de manera dolosa, no implica la realización de un delito en autoría inmediata, sino que ello es sancionado, por lo general como participación (Instigación o complicidad). *(Castillo, 2008, págs. 490-491).*

11. Teoría del nexo causal

Es el fundamento de toda imputación al tipo objetivo; pues el primer presupuesto de la realización del tipo es siempre que el autor haya causado el resultado. Pero con la causalidad de una conducta para el resultado típico aún no se ha realizado siempre el tipo como antes se creía, aunque concurran los restantes elementos típicos escritos. Así p.ej también puede faltar la imputación aunque el autor haya causado el resultado pero esa causación se debe a la pura casualidad: Si A convence a B para que tome un vuelo a Mallorca, en el que B muere al estrellarse el avión, ciertamente A ha causado la muerte de B con su consejo, pero pese a ello no ha matado a B, porque el suceso se presenta como un accidente incalculable y por eso no se le puede imputar A como obra suya. Además existen junto al azar otras causas que pueden excluir al tipo objetivo. *(Roxin, op.cit, p.121).*

Dentro de ésta se tiene la denominada *teoría de la interrupción del nexo causal* que sostiene que en determinados cursos causales acumulativos o irregulares la intervención de un "factor externo" aunque se apoye en el curso causal anterior, conduce inmediatamente al resultado, rompe el anterior curso causal; y por ello excluyen la atribución del resultado al primer autor. Veamos un ejemplo: cuando una persona ha sido herida fallece como consecuencia de una equivocada cirugía o bien porque se estrella la ambulancia que lo transportaba hacia el hospital. *(Vargas González et al, op.cit, p.39).*

12. Imputación objetiva

A continuación se expondrán aspectos relevantes de los alcances de la imputación, así como diversos puntos de vista de lo que consiste ésta teoría.

Es aceptada como principio general de imputación objetiva el que la acción humana haya creado un riesgo jurídicamente desvalorado y ésta se haya realizado en el resultado. Ello requiere, por consiguiente, la comprobación de: a) la acción ha creado un riesgo (en el sentido de la equivalencia de condiciones): b) este riesgo es jurídicamente desvalorado; c) se ha plasmado en la realización del resultado típico. (*Larrauri, op.cit, p. 86).*

La teoría de la imputación objetiva se ocupa de la determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable, siendo así que, de los conceptos a desarrollar aquí en la parte especial, si acaso se menciona expresa o implícitamente, la causalidad. Desde luego, no todos los conceptos de la atribución objetiva gozan de la misma importancia en la parte especial. En concreto, los problemas de causalidad afectan en la práctica sólo a los delitos de resultado en sentido estricto. Especialmente en los delitos de resultado surge la necesidad de desarrollar reglas generales de imputación objetiva, por el siguiente motivo: la ley menciona sólo la causación de un resultado,

pero esta causación sólo puede bastar si es jurídicamente esencial. El carácter esencial falta no sólo cuando se pone de manifiesto, en relación con el tipo subjetivo, que el resultado no era subjetivamente evitable sino falta ya cuando el autor no es responsable de aquello a lo que da lugar. Ejemplo: El organizador de una verbena no es responsable de las diversas infracciones penales que tengan en su lugar en su transcurso (tráfico de drogas, lesiones, injurias, conducción en estado de embriaguez, salida de establecimientos de hostelería sin pagar las consumiciones), o al menos no responsable ya por el mero hecho de haber organizado la verbena. *(Jakobs, op.cit, p. 98).* La cuestión jurídica fundamental no consiste en la comprobación del nexo causal en sí, sino en establecer los criterios conforme a los cuáles queremos imputar determinado resultado a una persona. Sólo es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana, cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico. *(Berdugo, op. cit, p. 200).*

La imputación objetiva del resultado es un requisito implícito del tipo (en su parte objetiva) en los delitos de resultado para que se atribuya jurídicamente el resultado y haya por tanto consumación. *(Luzón Peña, p. 376).*

La teoría de la imputación objetiva procura confirmar la causalidad jurídica, mediante una serie de criterios normativos, descritos en la siguiente fórmula: un resultado solo es objetivamente imputable, cuando la acción causante del mismo ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado (o típicamente relevante) que se ha realizado en un resultado típico, que pertenezca al ámbito o fin de protección de la norma infringida. *(Romero Sánchez et al, 2009, p. 196).*

Sólo es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana (en el sentido de la teoría de la condición) cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico. *(Jescheck, 2002, p. 171).*

Se denomina *imputación objetiva* a aquella que delimita la responsabilidad penal por un resultado ya en el tipo objetivo.

La fórmula básica que utiliza la imputación objetiva es la siguiente:

"Un resultado es objetivamente imputable, cuando el autor ha creado un riesgo relevante, el cual se realiza en el resultado típico en su configuración concreta."

De acuerdo con ésta fórmula, para que pueda imputarse al autor el resultado objetivamente, es necesario que, de manera objetiva y *ex ante,* pueda fundamentarse y establecerse en ese comportamiento un riesgo típicamente relevante y que ese riesgo se haya realizado en el resultado típico efectivamente producido. Para responder por el delito consumado de resultado, es necesario, entonces, un primer juicio para determinar *ex ante* sí la acción del autor ha creado un riesgo típico o ha elevado el riesgo existente para el bien jurídico tutelado. Ese peligro, que se determina *ex ante* se establece conforme al criterio de un observador objetivo, el cual debe colocarse en la situación del sujeto que actúa, y que todos su conocimiento y posibilidades de actuación (criterio general normativo social). Una segunda valoración se hace *ex post,* después de ocurrido el resultado y con ellas se determina si el resultado típico realizado en la concretización del riesgo típico y jurídicamente relevante, creado por la acción del resultado. *(Castillo, 2003, págs. 101-102).*

Hoy día existe unanimidad en la dogmática penal es que la verificación de un nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar ese resultado al autor de la acción. En el proceso de depuración y selección de los factores causales jurídicamente relevantes se impone la utilización de criterios normativos extraídos de la propia naturaleza del Derecho Penal, ya en el plano objetivo delimitar la parte de la causalidad jurídicamente relevante. *(Muñoz Conde, 2002, págs. 268-269).*

Para la afirmación de la parte objetiva del tipo, en los delitos que exigen la producción del resultado separado, no es suficiente que una conducta creada de un riesgo típicamente relevante cause materialmente el resultado típico. Es necesario, además que el resultado causado pueda verse como realización del riesgo precisamente inherente a la conducta. Además de la relación de causalidad es necesaria pues una relación de riesgo entre la conducta y el resultado. De ello se sigue, pues que también debe negarse la imputación objetiva de un resultado cuando, pese a haber sido causado por una conducta que creó un riesgo típicamente relevante no supone la realización de este riesgo, sino de otro factor. Ejemplo: alguien dispara sobre otro con ánimo homicida y lo hiere de tal forma que hubiera muerto a consecuencia de ello de no haber sido intervenido quirúrgicamente a continuación; sin embargo en la operación se utiliza un bisturí infectado que determina una infección que lleva a la muerte del paciente. *(Mir Puig, 2002, p. 77).*

La teoría de la imputación objetiva representa una evolución necesaria de los principios de imputación penal que habían sido trazados primero solo para la teoría de la equivalencia y después para la teoría de la adecuación. También constituye la única clave para enfrentar un gran número de casos problemáticos que se presentan en la actualidad, entre los cuales se presenta como ejemplo más moderno, la trasferencia al extranjero de dineros provenientes de actividades ilícitas realizadas a través de Bancos. Naturalmente con la teoría de la imputación objetiva, no serán ya resueltas cuestiones de fondo tales como el alcance del fin de protección de la norma de cuidado, sino que sólo serán identificadas como un planteamiento relevante para la realización del tipo. Pero ello, ya constituye una progreso dogmático, significativo que nos ha concedido la teoría de la imputación objetiva. *(Schünemann, op, cit, p. 209).*

La imputación objetiva puede ser aplicada a:

Delitos de resultado.

Delitos de peligro.

Delitos de acción.

Delitos de omisión.

Delitos culposos.

Delitos dolosos.

Delitos consumados.

Delitos tentados. *(Vargas González et al, op.cit, p. 81).*

13. Estructura de la imputación objetiva

Los elementos que forman parte de la estructura de la imputación objetiva:

Si el autor ha creado un peligro jurídicamente relevante.

Si el peligro creado ha tenido ejecución en el resultado típico y si se ha realizado en él. (Castillo, op, cit. p.103).

En la doctrina se ha establecido dos grandes principios que constituyen la columna vertebral de la imputación que son:

a) *Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.*

b) Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo.

Se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo. *(Roxin, 2002, págs. 134-135).*

En igual sentido a lo anteriormente indicado, todos los autores coinciden en la existencia de dos criterios básicos, que son:

1. *Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.*

2. *Realización del riesgo jurídicamente desaprobado en el resultado.*

14. La creación de riesgo jurídicamente relevante

La doctrina ha elaborado una serie de criterios adicionales al principio del riesgo con el objeto de resolver los distintos grupos de casos que permitan la relación natural de causalidad.

Los criterios son:

La creación del riesgo no permitido.

Aumento o falta de aumento del riesgo permitido.

La producción del resultado dentro del fin o esfera de protección de la norma infringida.

El primer criterio hace referencia que un resultado sólo es imputable si la acción del autor ha creado un riesgo jurídicamente relevante de lesión de un bien jurídico.

El grupo de casos referentes a cursos causales irregulares, enviar a una persona a pasear al bosque un día de tormenta, recomendar al tío a viajar en un vuelo charter, etc, se resuelve por ésta vía, se resuelven por ésta vía. En todos ellos ha de negarse la imputación debido a que el riesgo creado no está jurídicamente desaprobado. Una vez más, la falta de relevancia penal de riesgo reside en la ausencia de capacidad de acción de pretender la producción del resultado típico. El carácter aleatorio de estos procesos, la ínfima posibilidad de que esa acción le siga el resultado, determina en la esfera de los delitos imprudentes la ausencia de previsibilidad objetiva y en la de los dolosos la imposibilidad de controlar por el sujeto activo la marcha del curso causal. Es obvio que dejaría de ser un curso si el sobrino sabía que el avión en el que va a viajar su tío está averiado motivo del posterior accidente. En este caso, el riesgo implícito en las acciones si es penalmente relevante. También se resuelven los cursos causales complejos con causas preexistentes, simultáneas o sobrevenidas, cuando puede afirmarse que el sujeto no creo el riesgo (no permitido) del resultado. En todos estos casos el lesionado en riña muere en accidente de tránsito al ser trasladado al hospital, etc, el resultado se produjo causalmente, pero no es jurídicamente imputable por la falta de capacidad de la acción de pretender la

producción del resultado típico. Caso distinto sería si A lesiona a B a sabiendas de su hemofilia, aquí cabe imputar el resultado.

En relación con el *segundo criterio* la vida en sociedad supone la asunción de ciertos riesgos de circular en automóvil por las carreteras, trabajar en centrales atómicas, asumir que opera como causa de exculpación quién actúa típicamente en error de prohibición, etc admitidos por la sociedad o por el ordenamiento jurídico.

Finalmente en lo concerniente al *tercer criterio* la imputación objetiva puede faltar si el resultado queda fuera del ámbito de la esfera de protección de la norma. Por ejemplo: la madre del peatón atropellado imprudentemente sufre un síncope al enterarse de la noticia de su muerte. En este caso ¿la lesión será imputable a la conducta imprudente previa? ¿el conductor deberá también responder por las lesiones? En este caso y otros supuestos análogos, lo esencial es determinar si el fin protector del precepto infringido está destinado a impedir la producción de las consecuencias directas lesivas para el bien jurídico o también a evitar daños secundarios desencadenados por aquellos. En el caso propuesto, parecería que el fin de protección de la prohibición penal del homicidio o lesione no incluye a preservar a personas distintas del afectado de las repercusiones psíquicas del suceso. Cosa distinta, serán las posibles responsabilidades civiles por los daños indirectos que deriven de la producción del delito o falta. *(Berdugo, op.cit, págs. 202-203).*

Cuando el resultado producido no constituye la realización de un riesgo jurídicamente desaprobado, no porque falte la realización de dicho riesgo, sino por faltar la creación desaprobada del mismo, no cabe hablar de imputación objetiva.

En otras palabras, si falta la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado es irrelevante el requisito de la realización del riesgo en un resultado. Por ejemplo un avión que vuela de acuerdo con todas las previsiones, sufre un percance y mueren varios de sus pasajeros. Pese a darse un resultado lesivo no se configura la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, ya que el transporte aéreo implica un riesgo que la sociedad está dispuesta a tolerar a cambio de sus beneficios. Así como del accidente no ocurre por descuido, sino por una cuestión fuera del control del hombre no se da una conducta jurídicamente desaprobada. *(Vargas González et al, op.cit, págs. 96-97).*

Por otro lado se ha sostenido otros criterios para establecer la imputación objetiva. Dichos criterios son los siguientes:

Fin de protección de la norma lesionada.

Riesgo general de vida y alcance del riesgo permitido.

Libre y responsable autolesión y puesta en peligro, libre y voluntaria de la víctima.

Autorresponsable intervención de un tercero.

Disminución del riesgo. *(Castillo, op, cit. p.103).*

15. Fin de protección de la norma lesionada

Para la imputación objetiva es preciso además que el resultado concretamente causado encaje en el fin de protección o evitación de la norma, es decir que coincida con el tipo de causación que precisamente pretende evitar la norma prohibitiva directa o la norma de

cuidado infringida; se trata, pues, de un criterio de interpretación teleológica. *(Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, Editorial Civitas, Volumen II, 1995, p. 3468).*

Al fin de protección de la norma se le ha atribuido múltiples funciones. Una de ellas consiste en ser un criterio autónomo de la teoría de la imputación objetiva. Visto así, el fin de protección de la norma se ha determinado como un criterio interpretativo, el cual puede excluir la imputación objetiva de otro resultado no coincidente con tal fin. *(Luzón Peña, op.cit, p. 13).*

Su contenido básico es determinar hasta dónde se contempla el resultado dañoso causado dentro de la norma que establece la conducta como típica. Por ejemplo, se excluyen de la imputación objetiva los llamados resultados secundarios (muertes o daños posteriores a un hecho que causa otro), ya que la norma sólo protege en estos casos, el daño inmediato, y no lo que ocurra en días, meses o años plazo. *(Vargas González et al, op.cit, p. 111).*

Así para Roxin, lo correcto político criminalmente es la limitación de la esfera de protección de la norma a los daños directos. *(Roxin, 1976, p.137).*

En consecuencia, si la víctima del atropello fallece dos años después del accidente, por deficiencias de su cuerpo causados por el mismo, el conductor responderá sólo por las lesiones propias del atropello y no por la muerte posterior.

El fin de protección de la normas es aplicable tanto a los delitos dolosos como culposos.

Dentro de la esfera de protección de la norma, se tienen los siguientes casos:

a) Aquellos casos en los que el resultado no es una plasmación del riesgo creado. Este criterio es aplicable en el campo de los delitos imprudentes; pensemos en el ejemplo anterior del guarda barreras, y también en el ámbito de los delitos dolosos, lo que es conocido como la problemática de las desviaciones causales. Ejemplo: A, con intención de matar dispara contra B, ocasionándole una ligera herida. Sin embargo este muere al ser trasladado al hospital, ya por un accidente de tráfico, por una intervención con un bisturí infectado, o bien por un incendio del hospital. En éstos supuestos se afirma que el resultado acontecido no es una plasmación del riesgo creado, sino que procede de fuentes diversas. La norma que prohíbe matar no ampara las muertes producidas por un incendio de hospital, resultado éste que puede suceder independientemente del motivo por el cual el sujeto se encuentra en el hospital.

b) Segundo tipo de casos tratados al amparo de este criterio aquellos impuestos en los que sí bien los resultados es una plasmación del riesgo creado, se afirma que ésta cae fuera del ámbito de protección de la norma.

Esta problemática es lo que conocemos con el nombre de consecuencias secundarias y puede aplicarse en el ámbito de los delitos dolosos y culposos.

Ejemplo de dolo: A incendia una propiedad; ello desencadena en el propietario de ésta una crisis nerviosa o shock que le produce la muerte o unas lesiones.

Ejemplo de imprudencia: A atropella imprudentemente a B, posteriormente al comunicarle la noticia a la madre de B, ésta sufre un schok nervioso, del que se deriva un resultado de lesiones o de muerte.

Como vemos, en ambos casos de lo que se trate es de contestar si estos daños secundarios, so asimismo imputables al causante del primer daño. La respuesta debe ser, en opinión de Roxin, negativa, ya que estos daños secundarios están fuera del alcance del ámbito de prohibición de la norma. *(Larrauri, op.cit, págs. 90-91).*

La imputación objetiva puede faltar, además, cuando el resultado queda fuera del ámbito de protección de la norma que el autor ha vulnerado mediante su acción, ya que en tal caso no se realiza en el resultado el riesgo jurídicamente desaprobado que ha creado el autor, sin otra clase de riesgo. El herido en un intento de asesinato, no puede moverse del lugar del hecho es alcanzado por un rayo, perece en accidente sufrido durante su traslado al hospital o fallece por efecto de un error médico. *(Jescheck, op.cit, p.171).*

Este criterio sirve para solucionar casos en los que, aunque el autor ha creado o incrementado un riesgo que se transmite en un resultado lesivo, no procede imputar este resultado si no se produce dentro del ámbito de protección de la norma. Los casos a los que afecta estos problemas son muy diversos y complejos y van desde la provocación imprudente de suicidios (se dejó una pistola al alcance de un depresivo suicida con ella) y la puesta en peligro de un tercero aceptando por este (muerte del copiloto en una carrera de automóviles) hasta los daños sobrevenidos posteriormente a consecuencia del resultado dañoso principal producido (la madre de la víctima del accidente muere de la impresión al saber lo ocurrido a su hijo). Todos estos casos caen fuera del ámbito de protección normal que se previó al dictar la norma penal y deben ser excluidos del ámbito jurídico penalmente relevante. *(Muñoz Conde, op.cit, págs. 269-270).*

La imputación objetiva puede faltar si el resultado queda fuera del ámbito de la esfera de protección de la norma. Por ejemplo: la madre del peatón atropellado imprudentemente sufre un síncope al enterarse de la noticia de su muerte. En este caso ¿la lesión será imputable a la conducta imprudente previa? ¿el conductor deberá también responder por la lesiones? En esta y otros supuestos análogos, lo esencial es determinar si el fin protector del precepto infringido está destinado a impedir la producción de las consecuencias directas lesivas para el bien jurídico o también evitar daños secundarios desencadenados por aquellas. En el caso propuesto, parecería que el fin protector de la prohibición penal del homicidio o lesiones no incluye preservar a personas distintas del afectado de las repercusiones psíquicas del suceso y cosa distinta, serán las posibles responsabilidades civiles por los daños indirectos que deriven de la producción del delito o falta. *(Berdugo, op.cit, p. 203).*

16. Riesgo general de vida y alcance del riesgo permitido

Como “riesgo” debe entenderse como aquella situación que por su magnitud, puede causar un daño a un bien, una persona, etc, estando esta posibilidad demasiado cercana a la certeza. Así es riesgoso tanto caminar por la línea del tren, en horas de mucho tráfico, como montarse en un avión para realizar un viaje o poner explosivos para la demolición de una zona comercial. Pero como es necesario que se dé el desarrollo social, algunos de estos riesgos son avalados por la comunidad, ya que el posible daño que causen es inferior al beneficio que también puede darse, si se cumple con la actividad fijada con el riesgo incluido. Si-tuación como el transporte aéreo involucra el riesgo de múltiples accidentes y

pérdidas de vida, pero la aviación ha venido a acortar distancias entre los continentes, a transportar más ágilmente mayor cantidad de personas al punto que, con la importancia que éstas circunstancias les ha dado, el riesgo de accidentes queda reducido frente a las ventajas mencionadas. *(Vargas González et al, op.cit, págs. 84-85).*

Dos condiciones, son necesarias para tener un riesgo como socialmente permitido:

1. Que la actividad de la cual emana, represente considerable beneficios sociales frente a una mínima peligrosidad.

2. La absoluta indeterminación de las víctimas de ese riesgo residual. (Reyes Alvarado, op.cit, p. 92).

Debe negarse la imputación objetiva de un resultado cuando falte un riesgo jurídicamente relevante. Se trata de excluir la imputación de riesgos normales de la vida. Ejemplo: el sobrino que manda a su tío a pasear en avión, deseando que sufra un accidente aéreo. *(Castillo, op, cit, págs. 105-106).*

Por *riesgo permitido* debe entenderse como la ausencia de tipicidad en los casos que se crea un riesgo, pero jurídicamente permitido o socialmente aceptado. Ejemplo: Tráfico público (tráfico aéreo, fluvial o marítimo) funcionamiento de instalaciones industriales (plantas peligrosas), la práctica de deportes que impliquen riesgo, entre otros. *(Castillo, op, cit, p.112).*

Muy importante resulta la *teoría del riesgo permitido* de Roxin, la cual se expone en los siguientes términos: La primera corriente de teorías de la imputación objetiva en el marco del funcionalismo es la encabezada por Roxin, para quién las reglas que regulan la imputación al tipo, son básicamente dos: a) un resultado causado por el agente, sólo se puede imputar al tipo objetivo, si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico, no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro se ha realizado en el resultado concreto. En este esquema, cuando falta la creación de un peligro prohibido la acción y su resultado son impunes. Pero también es impune el resultado, cuando éste no es realización del riesgo prohibido; en el caso del pariente enviado a la tormenta, la acción no se calificaría como peligro prohibido, y en el del pariente lesionado dolosamente que muere por el incendio del hospital, la muerte no puede reputarse como realización del peligro de un disparo. b) Esta regla sin embargo parece insuficiente para limitar la imputación objetiva, lo que lleva a Roxin a construir una regla correctiva, conforme a la cual no había imputación cuando el alcance del tipo no abarca la evitación de los riesgos y sus repercusiones. Se trata de los casos de incitación o de cooperación a una mera autopuesta en peligro que los tipos no tienden a evitar. *(Schünemann, op, cit, p. 245).*

Roxin excluyen la imputación objetiva en los casos de riesgos permitidos, aunque el autor ha creado o elevado el riesgo, entiéndase que es tal conducta que crea un riesgo relevante, pero de modo general está permitido. *(Schünemann, op, cit, p. 246).*

La base del juicio de la imputación objetiva es por tanto la existencia de un riesgo permitido implícito en la acción (desvalor de la acción). Entonces la pregunta que surge de inmediato será ¿qué características debe reunir ese riesgo para que no sea permitido? Pues bien, el riesgo debe suponer una posibilidad objetiva de pretender la realización del resultado típico, si hubo dolo o imprudencia a que el resultado se puede concebir como dispuesto finalmente.

En otras palabras, se trata de una finalidad objetiva, no subjetiva, que exige la posibilidad de control de un curso causal o dominabilidad humana del mismo. Por eso, no existía penalmente relevante en enviar al tío en avión, ya que el sobrino malintencionado no podía objetivamente controlar el fallo que ocasiona el accidente, la acción causante del resultado no estaba dispuesta finalmente, por tanto no existía la posibilidad objetiva de pretender la realización del tipo objetivo del homicidio. En conclusión, el riesgo implícito en la acción carece de relevancia jurídico-penal. (*Berdugo, op.cit, págs. 200-201).*

Por otro lado tenemos los *riesgos adecuados socialmente* que son los que sin constituir una infracción al deber objetivo de cuidado, la experiencia nos dice que antes o después pueden llegar a lesionar un bien jurídico. Así la mujer que se separa de su marido actúa de socialmente adecuada aunque sospeche que el abandono puede provocar el suicidio de aquel; el organizador de una carrera de motos actúa en los mismos términos aunque prevea que en el curso de la misma se producirá algún accidente. En resumen se trata de riesgos que no merecen ser considerados por el ordenamiento jurídico en razón de su utilidad social. (*Berdugo, op.cit, p.201).*

Asimismo es importante exponer la diferencia entre el *riesgo permitido* y *estado de necesidad.* El riesgo permitido como obstáculo en la imputación objetiva, es decir como obstáculo del tipo debe distinguirse por los demás del riesgo permitido fundamentalmente en la ponderación de intereses, del estado de necesidad justificante. También en el estado de necesidad justificante se tiene en cuenta riesgos (“peligros”) para intereses, que pueden conducir a la autorización de un comportamiento arriesgado. Sin embargo en el estado de necesidad justificante se trata siempre de la especial relación de finalidad en que se encuentra la acción. El contexto de la acción justifica. En el riesgo permitido, por el contrario, puede que el contexto de la acción esperada típicamente haya proporcionado el motivo de la autorización del riesgo, sin que en la acción concreta importe, si este tiene lugar en un contexto determinado. Ejemplo: Al conductor de una ambulancia únicamente le está permitido infringir las normas reguladoras del tráfico rodado para prevenir una situación de peligro que no cabe eliminar de otro modo (justificación), pero también está permitido dar una vuelta con un gran camión, lo que no reporta utilidad especial (exclusión del tipo). *(Jakobs, op, cit, p. 112).*

Finalmente es de rigor conocer los alcances del *principio de confianza***,** en cual el autor confía en el correcto comportamiento de los demás y esta confianza implica un riesgo permitido, si se produce un resultado por la acción culposa de otros. Un campo de aplicación del principio de confianza es la circulación vehicular. Este principio tiene su límite en el caso que el conductor reconozca, de manera clara, el comportamiento conductivo contrario al deber de cuidado de otro conductor o cuando debe esperarse a raíz de un primer error, otros errores del conductor contrario. En este caso, deben los demás parar y no pueden aumentar el riesgo con su comportamiento, aunque originalmente se ajuste a derecho. Otros ejemplos se refieren con el cuidado que deben tener los conductores con los niños en la calle, en el cual el conductor no puede confiar, debido a la inexperiencia de los niños o pequeños que tengan un comportamiento acorde con las disposiciones legales y reglamentarias. Tampoco en los casos de peatones de edad avanzada o minusválida o en los cruces de calles mal iluminado o de un tránsito intenso.

17. Libre y responsable autolesión y puesta en peligro, libre y voluntaria de la víctima.

El principio de autorresponsabilidad se ha establecido en la doctrina dominante como criterio independiente de la imputación objetiva y ello partiendo de la idea de que cada uno es responsable por su propio comportamiento. Básicamente, el análisis se centra en aquellos comportamientos de autolesión y autopuesta en peligro. En el caso en que el titular del bien jurídico consienta en la lesión, si la víctima es libre y actúa de manera responsable, falta la imputación objetiva para el autor de la lesión, pues el resultado, en tal caso debe imputársele a la esfera de riesgo de la víctima. Ejemplo: quién participa en el consumo de drogas con otro, el cual resulta muerto a consecuencia del consumo de la droga. *(Castillo, op, cit, p.131).* La doctrina cita como ejemplo de ausencia de responsabilidad por falta de imputación objetiva en el caso de quién participa en el consumo de drogas con otro, el cual resulta muerto a consecuencia del consumo de drogas. La doctrina dominante considera que en estas hipótesis en los cuales hay creación de un peligro no permitido para el bien jurídico y no consentido por el derecho habiente, puede excluirse la imputación objetiva del creador del riesgo o del participante que eleva el riesgo, sino asume el papel de autor en un hecho que significa un peligro para otro, sino que asume el papel de un participante (impune) en un hecho propio (de la víctima) que implica una autopuesta responsable y libre de peligro de sí mismo. *(Castillo, op.cit, págs. 132-133).*

De acuerdo al principio de autorresponsabilidad, falta la imputación objetiva en los casos en que la víctima de una lesión por propia decisión responsable rehúsa el tratamiento médico; por ejemplo, rehúsa someterse a una operación salvadora o rehúsa una transfusión de sangre. *(Castillo, op.cit, p.135).*

18. Autorresponsable intervención de un tercero

La teoría de la imputación objetiva descansa sobre un principio fundamental formulado por Hegel en los albores del Siglo XIX. Solo puede llamarse imputación en sentido estricto a aquello que en mi conducta puede ser reconocida como mía; de tal forma, se distinguen entre dos clases diversas de consecuencias que una conducta genera, pues mientras alguna de ellas son parte de la configuración misma de la acción, a ella le pertenecen, son su alma y sin ella nada representan, existen otras consecuencias que le pertenecen a la conducta, sino a la modificación que el mundo exterior ha causado en el comportamiento; por consiguiente, solo las consecuencias que pertenece a mi conducta, como modificaciones al mundo exterior pueden serme imputadas, mientras las consecuencias que se derivan no de mi conducta, sino de las ya producidas en el mundo exterior, no me deben ser imputadas. *(Reyes Echandía, op.cit, p. 49).*

En otras palabras, se establece que en cualquier caso, imputación objetiva del resultado, significa que el mismo puede jurídicamente (teleológico-valorativamente) atribuirse a una acción como obra suya y no como obra o producto del azar; lo cual es necesario para el indicio de antijuridicidad (penal), que en principio supone la conducta que realiza el tipo en sentido estricto (o tipo positivo). Para ello, como vamos a ver, es preciso que la conducta cree un riesgo penalmente relevante y que la producción del resultado, por suponer la realización de un riesgo así y por no ir más allá de la ratio legis, encaje en el fin de protección

o de evitación de la norma. *(Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, Editorial Civitas, Volumen II , 1995, p.3466).*

El principio de auto responsabilidad resulta de vital importancia en la teoría de la imputación objetiva. Una acción podrá atribuírsele a un individuo, sólo cuando constituya su obra. *(Vargas González et al, op.cit, p.60).*

De acuerdo al principio de autorresponsabilidad se imputa el resultado al primer autor cuando el segundo autor no es una persona responsable, pero actúa montándose en el riesgo creado por el primer autor. Ejemplo: El padre que le presta el carro al hijo menor de edad e inexperto, para que lo conduzca y mata a una persona. *(Castillo, op.cit, p.146).*

19. Disminución del riesgo

Ya de entrada falta una creación de riesgo y con ello la posibilidad de imputación, si el autor modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima y por tanto mejora la situación del objeto de la acción. Quién ve como una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de otro y, aunque no la pueda neutralizar, si logra desviarla a una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa a pesar de su causalidad no comete unas lesiones al igual que tampoco la comete el médico que con sus medidas sólo puede aplazar la inevitable muerte del paciente.

Ciertamente la situación es distinta en caso en caso de que alguien no debilite un peligro ya existente, sino que lo sustituya por otro cuya realización es definitiva es menos dañosa para el sujeto que lo hubiera sido el peligro inicial. Así por ejemplo; alguien tira a un niño por la ventana de una casa que sufre un incendio y con ello la causa considerable lesiones, pero de esa manera le salva de la muerte entre las llamas; o si alguien encierra a otro sin poder explicarle que es porque tal como están las cosas no hay otro medio para "quitarle de ese medio" y preservarle así de un secuestro. Aquí el autor realiza acciones típicas de un delito, que le son imputables como realización del tipo, pero puede estar justificado por consentimiento presunto o estado de necesidad. *(Jakobs, op.cit.p. 135).*

No es imputable, desde el prisma de la disminución del riesgo el resultado que el autor produce para evitar otro resultado más grave que de otra forma pudiera haberse producido. El auxiliador desvía por ejemplo, al hombro de la víctima un golpe dirigido a la cabeza de la misma que ponía en peligro su vida. Para las acciones de auxilio arriesgadas y fallidas cabe acudir por lo demás, a la causa de justificación del riesgo permitido. *(Jescheck, op. cit, p. 171).*

De acuerdo la disminución del riesgo se materializa cuando la acción del sujeto ha disminuido un peligro mayor que amenazaba a la víctima. Ejemplo: El que viendo que una piedra va a la cabeza de otro, logra desviarla para que le dé en el brazo. *(Castillo, op.cit, p. 138).*

20. Cursos causales atípicos.

Son los casos en los que el resultado producido se encuentran fuera de lo que es el modo usual de ocurrir las cosas y de lo que, conforme a la experiencia de la vida debe esperarse. Ejemplo: A hiere a B de bala, con una herida peligrosa y con ánimo homicida. B muere, porque al ser transportado en camilla, se cae de ella y se rompe la nuca, al sufrir uno de los enfermeros que lo transportaba un infarto. *(Castillo, op.cit, p. 147).*

En el caso de los cursos causales atípicos, la exclusión de la imputación objetiva ocurre mediante criterios normativos debe hacerse un juicio de probabilidad comparativo, y solamente cuando el peligro de la producción de un resultado concreto se haya elevando de tal manera significativa y mensurable, se puede hablar de que ese peligro se realizó en el resultado en su concreta configuración *(Castillo, op,cit, págs. 148-149)*.

21. La relación de violación al deber

De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva no es imputable el resultado en el caso de los delitos culposos, cuando alguien a través de un comportamiento antijurídico causa un resultado, si ese mismo resultado lo hubiera causado con un comportamiento conforme a derecho, con una probabilidad lindante en seguridad. Lo anterior significa que el tipo objetivo del delito culposo no se realiza solamente por el hecho de que el comportamiento del autor se causal para el resultado; es necesario, además que ese comportamiento, por implicar una contradicción al deber, sea "causal" para el resultado en su configuración concreta; es decir, que represente la realización del resultado antijurídico previsto en la ley.

En realidad, el anterior problema no es de causalidad; es una limitación a la responsabilidad del autor desde el punto de vista de la violación al deber y el resultado. Esto implica que hay que probar en cada caso, para imputar objetivamente el resultado, que éste hubiera podido ser evitado con la debida diligencia, aún con la observancia por el autor de la debida diligencia, ese resultado no proviene de la violación al deber de cuidado, y no puede ser imputado objetivamente. *(Castillo, op.cit, p. 153).*

Para el Derecho Penal moderno, los hechos culposos presuponen la evitabilidad de la realización del tipo. Al autor culposo se le castiga porque no ha evitado el resultado jurídicamente desaprobado, a pesar de tener objetiva y subjetivamente la posibilidad de hacerlo. La inevitabilidad personal subjetiva hace desaparecer el reproche de culpabilidad, mientras que la inevitabilidad objetiva excluye, en el campo de la tipicidad, la imputación del resultado. *(Castillo, op. cit, p. 154).*

22. La teoría de los roles de Jakobs

Para Jakobs, un suceso se explica mediante la imputación objetiva cuando el riesgo del que debe responder el interviniente se define como condición decisiva, considerando no decisiva las restantes condiciones que se estiman como socialmente adecuadas. De este modo, la imputación tiene como destinatario a la persona (rol a que el suceso pertenece, dado que se le imputan desviaciones respecto de las expectativas que le incumbían como portador de un rol, definiendo como rol a un sistema de posiciones precisadas normativamente.

Los criterios de imputación objetiva tienen para éste autor dos raíces: (a) por una parte, es finalidad propia del derecho penal garantizar la seguridad expectativas conforme a roles, por lo que no puede imputarse el comportamiento socialmente adecuado a pesar de producir daños; (b) por otra parte, los criterios de imputación objetiva sirven a la forma de regulación predominante en el derecho penal, que son los delitos de resultado. *(Zaffaroni, 2002, págs. 247-248).*

Literatura consultada

Antolisei, F (2002). **La relación de causalidad.** En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.

Castillo, F (2003). **Causalidad e imputación del resultado.** 1 era edición, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica.

Castillo, F (2008) **Derecho Penal.** Parte general. Tomo I. 1ª era edición. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica.

Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, Editorial Civitas, Volumen II, 1995.

Ibáñez, A (2002). **Causalidad e imputación objetiva.** En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.

Jakobs, G 2002). **Los pormenores del tipo objetivo mediante la acción.** En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.

Jescheck, H (2002). **Causalidad e imputación objetiva.** En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.

Larrauri, E (2002). **Introducción a la imputación objetiva.** En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana. Luzón Peña, D. **Derecho Penal.** Parte general. Tomo I. Editorial Hispamer.

Luzón Peña, D. **Derecho penal.** Barcelona, PPU, España.

Mir Puig, S (2002) **La parte objetiva del tipo doloso: relación de causalidad e imputación objetiva.** En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.

Muñoz Conde, F (2002) **Teoría de la acción.** En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.

Reyes Alvarado, Y (1994) **Imputación objetiva.** Editorial Temis, Bogotá, Colombia.

Romero Sánchez, C. Rojas Chacón, J (2009) **Derecho Penal.** Aspectos teóricos y prácticos. 1era edición, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica.

Roxin, C (1976) **Problemas básicos del Derecho Penal.** Editorial Reus. Primera edición, Madrid, España.

Roxin, C (2002) **La imputación al tipo objetivo.** En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.

Schünemann, B (2002) **Consideraciones sobre la imputación objetiva.** En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.

Vargas González, P Soto Arroyo, H (1998) **Imputación objetiva.** 1 era edición. Librería Barrabas Distribuidor, San José, Costa Rica.

Zaffaroni, E (2002) **De la causalidad a las teorías de la imputación objetiva.** En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.

DERECHO HUMANO AL AGUA

MSc. Mario Peña Chacón[1]
Consultor Legal ambiental

"La escasez de agua no sólo puede llevar a un desastre ecológico y humano y, desde luego, frenar el desarrollo, sino que puede llegar, por sus consecuencias, a constituir una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Indudablemente, la falta de un elemento vital como es el agua produce declive económico, pobreza, enfermedades, muertes prematuras que son origen de tensión social e inestabilidad política que fácilmente originan conflictos internos que pueden convertirse en internacionales"

Alberto Herrero de la Fuente.

Según el II Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el mundo, el planeta Tierra cuenta con mil cuatrocientos millones de kilómetros cúbicos de agua, de los cuales el 97.5% corresponde a agua salada. Del 2.5% restante de agua dulce, 68.7% corresponde a agua inaccesible congelada en los polos, el 30.1% se encuentra en el subsuelo, y únicamente el 0.4% proviene de ríos, lagos y de la atmósfera. Entre el 25% y 40% del agua potable que consume el mundo proviene del subsuelo.

El agua, un bien abundante y venerado por su capacidad de dar vida, se ha convertido en un recurso escaso.

El agua dulce del planeta está distribuida de forma irregular. Actualmente el continente asiático alberga el 60% de la población mundial y dispone sólo del 30% de los recursos hídricos del planeta, mientras que América del Sur alberga el 6% de la población mundial y disfruta del 26% de los recursos hídricos del mundo.

En el mundo, mil millones de personas (20%) no tienen acceso al agua potable y dos mil seiscientos millones (40%) carecen de instalaciones de saneamiento básicas. Se calcula que para el año 2025, cerca de cinco mil quinientos millones de personas tendrán escasez de agua, siendo que anualmente mueren entre cinco y diez millones de personas en el mundo por uso de agua no tratada. Sólo en el año 2002, murieron más de tres millones de personas por causa de diarreas y el paludismo, de ellos el 90% eran menores de cinco años. El costo social asociado al tratamiento de enfermedades relacionadas con la contaminación del agua asciende a la suma de 125 billones de dólares por año.

De acuerdo con la Organización Meteorológica Internacional, alrededor de 34 países van a experimentar serias dificultades de aprovisionamiento para el año 2025. En la actualidad cerca de 29 países ya sufren de escasez de aguas moderada o severa. El número de personas que viven en países que

1 mariopena@racsa.co.cr

sufren escasez va a aumentar de unos 132 millones a unos 653 millones en el año 2025, lo que representará entre un 13% y un 20% de la población mundial.

Se estima que el 40% de la población mundial vive en zonas vulnerables a inundaciones y a la elevación del nivel del mar. El cambio climático ha conducido a una alteración en los niveles de lluvia, agudizando la escasez en aquellas regiones que ya experimentaban ese problema. Por si fuera poco, el deshielo de los glaciales es acelerado y muchos de ellos ubicados en el Asia Central podrían desaparecer para el año 2100, lo que afectaría negativamente la vida en la región.

Las mujeres de los países en vías de desarrollo son las más afectadas por la escasez de agua. En África y Asia, muchas de ellas juegan un rol fundamental en el transporte del líquido.

Mientras la tasa de crecimiento demográfico se ha duplicado durante el último siglo, el consumo de agua se ha multiplicado por seis. Para el año 2030, se estima que la demanda por el preciado líquido aumentará en un 60%. Actualmente, un africano consume en promedio 30 litros por día, un palestino 70, un israelí 260 litros, un estadounidense 700, y un europeo 200. Se calcula que el agua necesaria para hacer crecer la comida para las necesidades diarias de un individuo es de 2700 litros.

Latinoamérica no escapa de tan triste realidad, según el informe realizado por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente PNUMA-2003, América Latina pierde mil millones de dólares anuales por la degradación de suelos, ha perdido más de cincuenta millones de hectáreas de bosques en los últimos treinta años, y más de setenta millones de sus habitantes no tienen acceso a agua potable. En la región centroamericana la disponibilidad de agua potable per cápita bajó un 62% en los últimos cincuenta años, dos de cada cinco personas no cuentan con acceso a líquido potable, y sólo un tercio posee conexión a sistemas de saneamiento.

Costa Rica recibe más de 167 km3 de precipitaciones anuales, dispone 112,4 km2 de recurso hídrico, posee 34 cuencas hidrográficas y cuenta con un índice de cobertura de agua para consumo humano de un 82.2%, el 76% de la población recibe agua con desinfección continua y el 63,5% consume agua que ha sido sometida a programa de control de calidad. A pesar de lo anterior, los cuerpos acuáticos superficiales presentan un grado importante de contaminación proveniente en un 20% de aguas residuales urbanas, un 40% de desechos sólidos e industriales y un 40% se originado del sector agrícola. Únicamente el 3% de los efluentes producidos en el país son tratados y tan sólo el 5% del sector industrial cuenta con sistemas de tratamiento de aguas residuales, además, diariamente cerca de doscientos cincuenta mil metros cúbicos de aguas residuales son vertidos en el Río Virilla ubicado en el Gran Área Metropolitana, convirtiendo a la cuenca del Río Grande de Tárcoles en la más contaminada de Centro América[2].

---

2 Información extraída del Duodécimo Informe del Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible.

I. GENERALIDADES.

El agua es una necesidad humana indispensable para la vida, esencial para vivir con dignidad. Sin agua no hay vida posible. Se trata de un derecho humano personalísimo, urbi et orbi, erga omnes, que debe ser acatado por cualquier sociedad y todo Estado. Resulta ser una condición esencial, previa, que condiciona la existencia y el ejercicio de cualquier otro derecho humano[3].

Parte de la doctrina ha sostenido que el derecho a acceder al agua encuadra dentro de la categoría de Derechos Humanos, al menos como presupuesto o desarrollo de distintos derechos reconocidos en los acuerdos internacionales, tales como el derecho a la vida, salud, calidad de vida, domicilio, vida privada, alimentación adecuada, entre otros. Discutir si el derecho al agua es un derecho humano autónomo, o accesorio de otro derecho principal, carece de sentido y se torna en una discusión innecesaria, pues en ambos casos será objeto de protección por parte del derecho.

Dentro de la clasificación histórica de los Derechos Humanos, el derecho al acceso al agua formaría parte de los Derechos Humanos de primera generación por ser anterior a la formación del mismo Estado, y por tratarse de un derecho intrínseco a la naturaleza humana, por lo que la función gubernamental deviene únicamente en reconocerlo y regularlo. Por su parte, el derecho a la acción pública en protección del agua es posterior al establecimiento del Estado, y por tanto se ejerce frente a éste, por lo que necesita de su plena intervención para su debida implementación y protección, visto de esta perspectiva compartiría características con los derechos económicos, sociales y culturales, y con los derechos de la solidaridad.

Con el advenimiento del Derecho Ambiental y el enfoque ecosistémico, el agua no puede ser vista de manera aislada de los demás recursos que le dan sustento, como lo son bosques y suelos, lo que le da una dimensión integradora en el desenvolvimiento de la totalidad de los ecosistemas. Como bien lo afirma el autor Miguel Mathus Escorihuela, es a partir de esta nueva visión que el derecho al agua adquiere otro contenido, porque ya no puede ser, solamente, la forma de satisfacer la sed, ni las necesidades complementarias más elementales del ser humano. Ahora, cumple y debe satisfacer otras necesidades igualmente esenciales. Debe cumplir servicios y fines ambientales que son imprescindibles para el mantenimiento de la biodiversidad y de los ecosistemas, como, por ejemplo, el mantenimiento de caudales mínimos de estiajes en cursos de agua; los aportes mínimos para el mantenimiento de humedales conforme a la Convención Ramsar; conservación de la flora y la fauna ictícola en pantanos y embalses manteniendo niveles operativos mínimos[4].

---

3 Mathus Escorihuela, M., “El derecho al agua en el Derecho Argentino”, en El Derecho al Agua, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, página 225.

4 Mathus Escorihuela, M., “El derecho al agua en el Derecho Argentino”, en El Derecho al Agua, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, página 226.

El derecho humano al agua, como cualquier otro derecho no es ilimitado ni irrestricto[5], factores como su carácter finito, su vulnerabilidad y los costos económicos que requiere su preservación, distribución y tratamiento, llevan a desechar una visión del derecho al agua como un reconocimiento a su acceso inmediato, ilimitado y gratuito a todos sus usuarios y para todos sus distintos usos[6].

En el plano internacional, el derecho humano al agua es reconocido en varios instrumentos jurídicos tales como la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra las Mujeres[7] y la Convención sobre los Derechos del Niño[8], también en Convenios de Derecho Internacional Humanitario, tales como el Protocolo Adicional a los Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a las víctimas de los conflictos armados internacionales, (Protocolo I) de 1977, y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II de 1977), así como en Declaraciones Ministeriales como la Declaración de Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua de 1977[9]; Declaración de Dublín sobre Agua y Desarrollo Sostenible de 1992[10]; Declaración Ministerial del Foro Mundial del Agua de Kyoto de 2003; de forma regional en la Carta Europea del Agua de 1968; Carta Europea de los Recursos del Agua de 2001 y la Recomendación 1731 de 2006 del Consejo de Europa "Contribución de Europa por el mejoramiento de la gestión del Agua"; y la Convención de 1992 sobre la protección y la utilización de los recursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, adoptado en Londres en 1999 en el marco de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas; Carta Africana de de los derechos y bienestar del niño de 1990; Convención Africana para la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales de 2003; Protocolo a la Carta Africana de los derechos del hombre y de los pueblos sobre los derechos de la mujer en África de 2003; Carta de las Aguas del Río Senegal de 2002; Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988[11].

---

5 "Sabido es que ningún derecho es absoluto, sino que todos, incluso los que hoy denominamos humanos, deben ejercitarse en consonancia con las obligaciones que consecuentemente acarrean: tales obligaciones, procuran compatibilizar los derechos con las restantes exigencias que la vida en sociedad impone." Pinto, M. y otros, "Configuración del derecho al agua: del uso común al derecho humano. Particularmente de su integración y expansión conceptual", en Derecho al Agua, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, página 307.

6 El Principio Cuatro de la Declaración de Dublín de 1992 dispone "El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico."

7 "Los Estados Partes asegurarán a las mujeres el derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas particularmente en las esferas de (...) el abastecimiento de agua."

8 Se exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante "el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre."

9 "Todas las personas, sin importar su estado de desarrollo y su condición económica y social, tienen el derecho a acceder a agua potable en cantidad y calidad equivalente para cubrir necesidades básicas."

10 "Es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible."

11 Lastimosamente la Declaración Ministerial del IV Foro Mundial del Agua de México en 2006 omitió cuidadosamente toda mención al derecho humano al agua como lo propusieron Venezuela, Cuba y Uruguay, o al derecho fundamental al agua en lo que se refiere a las necesidades básicas para la vida, tal y como lo propuso la Unión Europea.

Pero su desarrollo jurídico deviene de la interpretación auténtica que realizó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su 29 sesión celebrada en Ginebra, del 11 al 29 de noviembre de 2002, y de la que se da cuenta en su Observación General número 15 titulada "El derecho al agua."

II. DEFINICION.

Según esta interpretación, la fundamentación jurídica del derecho al agua se construye a partir de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 19 de diciembre de 1966, que al efecto disponen:

Artículo 11:

- *Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.*

- *Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán individualmente y mediante cooperación internacional, las medidas, incluidos programas concretos, que se necesiten para:*

- *Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos, mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de los principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regimenes agrarios de modo que se logre la explotación y utilización más eficaces de las riquezas naturales:*

- *Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.*

Artículo 12-

- *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.*

- *Entre las medidas que adoptarán los Estados Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:*

- *La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños;*

- *El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;*

- *La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas;*

- *La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.*

El derecho humano al agua deriva entonces del derecho a un nivel o calidad de vida adecuada y del derecho a la salud, siendo indispensable para asegurar condiciones humanas mínimas de existencia. Así lo entendió el Comité en su Observancia General número 15, cuando al referirse a los artículos 11 y 12 del Pacto expresó:

"En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto se enumeran una serie de derechos que dimanan del derecho a un nivel de vida adecuado, "incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados" y son indispensables para su realización. El uso de la palabra "incluso" indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia. (...) El derecho al agua también está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud (párrafo 1 del artículo 12) y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas (párrafo 1 del artículo 11). Este derecho debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, en primer lugar el derecho a la vida y a la dignidad humana."

De esta forma, el Comité en su Observación General número 15, definió el derecho humano al agua como:

"El derecho humano al aguas es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico"

Definición similar adopta la Organización Mundial de la Salud:

"Derecho a un acceso al agua de suficiente limpieza y en suficiente cantidad para satisfacer las necesidades humanas, incluyendo entre ellas, como mínimo, las relativas a bebida, baño, limpieza, cocina y saneamiento."

III. CONTENIDO.

III.1 Accesibilidad física y económica.

Un aspecto primordial del derecho humano al agua es la accesibilidad al recurso por parte de los usuarios. Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, esta accesibilidad debe verse en dos dimensiones, una física y otra económica.

En cuanto a la accesibilidad física, ésta se refiere a que el recurso hídrico, para uso personal y doméstico, debe estar al alcance de todos los usuarios tanto en sus hogares, instituciones educativas, centros de trabajo, o en sus cercanías inmediatas[12]. Lo anterior no significa que todo hogar deba ser abastecido por redes de distribución de agua y que el servicio deba ser gratuito[13], sino únicamente la posibilidad de todas de poder conectarse a las

12 Muchos Estados históricamente no han proveído de agua a las poblaciones marginadas y pobres, forzándolas a comprar agua embotellada, o bien a proveerse de camiones cisternas a precios muy superiores a los establecidos en las tarifas de servicio público.

13 El Reglamento de Prestación de Servicios a los Clientes del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, publicado en la Gaceta número 177 del 16 de setiembre de 2006, Alcance número 66, en su numeral 8 establece "Los servicios prestados por A y A sus clientes, por Ley no podrán ser gratuitos, así se trata de entidades públicas nacionales, regionales o municipales."

redes existentes tanto de acueducto como de alcantarillados sanitarios, o bien de tener un acceso físico cercano a una fuente de agua[14].

La obligación estatal de proveer agua a sus habitantes como parte del derecho humano al acceso físico al agua, podría implicar el trasvase del recurso de zonas ricas desde una perspectiva hídrica a otras donde prive la escasez del mismo, o bien, el traslado de poblaciones enteras hacia aquellas zonas geográficas hídricamente privilegiadas, lo cual no debe afectar, ni mucho menos menoscabar otros derechos humanos reconocidos internacionalmente, como lo son los derechos consuetudinarios de uso, aprovechamiento y conservación del recurso hídrico que poseen las poblaciones rurales e indígenas, así como sus derechos ancestrales y sagrados sobre las tierras que habitan y sobre los recursos naturales, en el entendido que debe prevalecer el derecho a la autodeterminación de los pueblos, así como el principio de participación ciudadana en materia ambiental, por sobre factores meramente hidrológicos, geográficos y económicos. [15]

Aspectos tales como el grado de concentración demográfica, la ubicación rural o urbana, o el grado de desarrollo económico del Estado, son relevantes para determinar el grado de cumplimiento de este derecho. Además, la seguridad e integridad física de los usuarios no debe verse amenazada durante el acceso al recurso hídrico.

Por su parte, la accesibilidad económica está directamente relacionada con su costo económico, el cual debe tener un precio asequible, que no pongo en peligro ni comprometa el ejercicio de otros derechos reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos, incluso a los sectores más vulnerables, marginados y desprotegidos de la población, sin discriminación alguna. De ahí el deber estatal de proveer del servicio y accesibilidad a las poblaciones rurales campesinas y zonas indígenas, aún en aquellos casos donde no exista recuperación de costos por parte del ente proveedor. Lo anterior no implica necesariamente que el servicio deba ser gratuito, sin contraprestación alguna por parte de los usuarios, pues la preservación, mantenimiento, distribución y tratamiento del agua implican gastos para el suplidor del servicio, razón por la cual, la estructura tarifaria debe estar estructurada de tal forma que permita la recuperación de los

14 La Ley General del Agua Potable de Costa Rica dispone que El Ministerios de Obras Públicas, por medio del Departamento de Obras Hidráulicas, o la respectiva Municipalidad en su caso, podrán construir fuentes públicas en los sistemas de abastecimiento de aguas potables a fin de ofrecer un servicio gratuito al público

15 Al respecto la recientemente aprobada Ley de los Recursos Hídricos del Paraguay en su artículo 22 dispone: “El respeto y la preservación de los derechos consuetudinarios de uso, aprovechamiento y conservación de los recursos hídricos por parte de las comunidades indígenas tiene prioridad sobre cualquier otra utilización de los mismos.”

costos económicos y castigue el desperdicio. En aquellos casos donde estén de por medio sectores de población marginados y desprotegidos, el Estado deberá tomar medidas necesarias para garantizarles tanto el acceso físico, como económico al recurso[16].

Para la Organización Mundial de la Salud, si un miembro de una familia, por lo general una mujer o niña, debe caminar horas para recoger el agua necesaria para el consumo diario familiar, o si los costos económicos son tan prohibitivos que lleven a la familia a sacrificar otros derechos esenciales, como la educación, alimentación, o bien se consume agua contaminada, los miembros de esa familia no disfrutan de su derecho al agua accesible. Según dicha organización, para que el costo del agua sea considerado accesible, un individuo no debería gastar más del cinco por ciento de sus ingresos en adquirirla.

III.2. Calidad y Cantidad.

Otros aspectos que forma parte del contenido del derecho humano al agua son su calidad y cantidad. En la Observancia número 15 el Comité señaló que debe tratarse de agua que sea salubre y no contenga microorganismos o sustancias químicas o radioactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas, además debe tener color, olor y sabor aceptables, para cada uso personal o doméstico. De esta forma, el agua para la ingesta humana debe ser potable, o sea, libre de sustancias peligrosas para la salud, para los demás usos, el agua no necesariamente debe ser potable.

En cuanto a la cantidad, la Observancia de comentario expone que el abastecimiento de agua debe ser suficiente para los usos personales y domésticos, entre los que están incluidos el consumo, saneamiento, colada, preparación de alimentos e higiene personal y doméstica. Según datos de la Organización Mundial de la Salud, de 50 a 100 litros diarios por persona son suficientes para cubrir las necesidades básicas, estableciendo 20 litros de agua potable por persona como la cantidad mínima por debajo de la cual se entiende que no existe un abastecimiento de agua digno[17].

---

16 “Por ello deben efectuarse consideraciones en torno a la vigencia de los derechos humanos, la salubridad, la sustentabilidad del servicio, a los planes de operación y expansión, a las políticas sociales del Estado, a la regresividad o progresividad de la estructura tarifaria, subsidios cruzados, coeficientes zonales, de hábitat, etc., la rentabilidad del concesionario, los niveles de universalización y calidad del servicio, etc. En síntesis, cuestiones muchas de ellas, vinculadas más, a la política – en tanto decisión y planificación – en materia de servicios públicos de agua y saneamiento, que a lo estrictamente jurídico” Pinto, Mauricio y otros, “Configuración del derecho al agua: del uso común al derecho humano. Particularmente de su integración y expansión conceptual”, en Derecho al Agua, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, página 312.

17 El ser humano necesita al menos de 3 a 5 litros diarios de agua potable para su estricta supervivencia, además según lo afirma el autor Gleick, la cantidad mínima necesaria para garantizar un nivel mínimo de protección de la salud es un total de 50 litros por persona por día, distribuidos de la siguiente manera: 5 litros para agua de boca, 20 litros para los servicios de saneamiento, 15 litros para agua e higiene y 10 litros para la preparación de la comida.

III.3. Uso personal y doméstico.

Por uso personal o doméstico, debe entenderse el agua necesaria para garantizar la vida y la salud, y únicamente para aquellos usos esenciales para el hombre y su núcleo familiar, tales como alimentación, higiene, lavado, así como el uso de agua para saneamiento.[18] Queda por fuera del derecho humano al agua aquellos usos distintos a los domésticos y personales, tales como los comerciales, industriales, agricultura extensiva[19], o la obtención de energía eléctrica.

Distinta calificación merecería el uso de agua para la producción de alimentos de autoconsumo en pequeña escala (agricultura de subsistencia), por parte de los grupos menos favorecidos como lo son las comunidades de campesinos rurales y grupos indígenas, ya que el uso que le dan al recurso hídrico en estas actividades es esencial para asegurar su propia alimentación, factor indispensable para garantizar su vida y su salud. Por ello, el uso de agua para riego de productos agrícolas de subsistencia, por parte de estas comunidades, debe tenerse por incorporado dentro del contenido del derecho humano al agua[20].

Los usos personales y domésticos del recurso hídrico deben prevalecer por sobre los usos industriales, agroindustriales, riego para usos agropecuarios, riego para usos no agropecuarios, hidroeléctricos, desarrollo de la fuerza hidráulica, turismo, acuicultura, recreativos, transporte y otros. Esta prioridad, debe darse en armonía con la satisfacción de las necesidades del ecosistema como garante de la sostenibilidad del recurso. Al respecto la Agenda 21 en su apartados 18.2. y 18.3 dispone:

"El agua se necesita en todos los aspectos de la vida. El objetivo general es velar por que se mantenga un suministro suficiente de agua de buena calidad para toda la población del planeta y preservar al mismo tiempo las funciones hidrológicas, biológicas y químicas de los ecosistemas, adaptando las actividades humanas a los límites de la capacidad de la naturaleza y combatiendo los vectores de las enfermedades relacionadas con el agua. Es preciso contar con tecnologías innovadoras, entre ellas las tecnologías locales mejoradas para aprovechar plenamente los recursos hídricos limitados y protegerlos contra la contaminación."

---

18 90% de las aguas residuales de los países en desarrollo son vertidas directamente en los distintos cuerpos acuáticos sin ningún tipo de tratamiento previo, causando que el 50% de los ríos más importantes del mundo se encuentren seriamente contaminados. La contaminación de los cuerpos acuáticos superficiales y subterráneos pueden constituir una violación al derecho humano al agua. La contaminación de aguas en Nigeria fue declarada una violación al derecho a la alimentación y a un ambiente ecológicamente favorable al desarrollo, bajo la Carta Africana de Derechos Humanos. De esta forma, para evitar la violación al derecho humano al agua mediante la contaminación de los cuerpos acuáticos, los distintos Estados deben establecer limitaciones e implementar tecnologías que sean necesarias para cumplir con los estándares preestablecidos.

19 Para la Organización Mundial de la Salud, el agua usada para fines agrícolas no estaría comprendida en el concepto de necesidades mínimas, especialmente en tierras áridas, debido a la cantidad tan elevada requerida para la producción de alimentos, estimándose que el agua necesaria para hacer crecer la comida para las necesidades diarias de un individuo es de 2700 litros, lo cual podría poner en peligro la satisfacción de otras necesidades básicas. El 70% del total de agua consumida en el mundo es utilizada en la agricultura.

20 Así lo dispone el artículo 5 inciso aa) de la Ley de los Recursos Hídricos del Paraguay que incorpora dentro de los usos para fines domésticos a la producción agraria básica para el consumo del núcleo familiar.

"La escasez generalizada de recurso de agua dulce, su destrucción gradual y creciente contaminación, así como la implantación progresiva de actividades incompatibles en muchas regiones del mundo, exigen una planificación y una ordenación integradas de los recursos hídricos. Esa integración ha de abarcar todos los tipos de masas interrelacionadas de agua dulce, tanto las aguas superficiales como las subterráneas, y ha de tener debidamente en cuenta los aspectos de la calidad y cantidad del agua. Debe reconocerse el carácter multisectorial del aprovechamiento de los recursos hídricos en el contexto del desarrollo socioeconómico, así como la utilización de esos recursos para fines múltiples como el abastecimiento de agua y el saneamiento, la agricultura, la industria, el desarrollo urbano, la generación de energía hidroeléctrica, la pesca en aguas interiores, el transporte, las actividades recreativas, la ordenación de las tierras bajas y las planicies y otras actividades. Los sistemas racionales de utilización del agua para el aprovechamiento de las fuentes de suministro de agua, sean de superficie, subterráneas u otras posibles, deben estar apoyados por medidas concomitantes encaminadas a conservar el agua y reducir al mínimo el derroche. Sin embargo, cuando sea necesario, habrá de darse prioridad a las medidas de prevención y control de las inundaciones, así como al control de la sedimentación."

En el nuevo enfoque ecosistémico de la gestión integrada del recurso hídrico, toma especial relevancia el tema de los caudales ambientales como garantes de la sostenibilidad del recurso hídrico y por tanto, del derecho humano al agua.

Por caudal ambiental se debe entender "El régimen hídrico que se establece en un río, humedal o zona costera para sustentar ecosistemas y sus beneficios donde hay empleos del agua que compiten entre si y donde los caudales están regulados.

Debe distinguirse entre la cantidad de agua que se necesita para sustentar un ecosistema en su estado cercano a prístino, y la que podría eventualmente asignarse al mismo luego de un proceso de evaluación ambiental, social y económica. Es último recibe el nombre de caudal ambiental, y será un caudal que sustente el ecosistema en un estado menos que prístino[21]."

La nueva ley de los Recursos Hídricos del Paraguay define caudal como "aquel no derivable de una fuente producto de la particularidad hidrográfica de cada región, de tal forma que garantice un flujo mínimo continuo y permanente, que permita, aguas abajo de todo aprovechamiento a lo largo del cauce, una estabilidad del ecosistema y satisfacer la necesidad de usos comunes[22]."

---

21 Dyson Megan, Bergkamp Ger, y John Scanlon, "Caudal, elementos esenciales de caudales ambientales", Unión Mundial para la Naturaleza, 2005, página 3. // Sobre el tema el Dr. Eduardo Astorga en su ensayo "La Valoración Ambiental del Territorio, uno de los servicios ambientales del Agua" expone: "... se entiende caudal ecológico, al caudal mínimo de agua que se requiere conservar en el cauce natural, de forma de asegurar la supervivencia de los diversos componentes y funciones de los ecosistemas acuáticos, no existiendo en Chile una recopilación de antecedentes, lo que factibiliza sólo la utilización de metodologías con base hidrológica y metodologías más completas para su determinación como las que actualmente son comunes Estados Unidos y Europa, en donde se comenzó por destinar, para la preservación de los ecosistemas dulceacuícolas, un caudal que fluctúa alrededor del 10% del caudal medio original del río. No obstante esta fórmula se dificulta en zonas áridas, semiáridas y subhúmedas, los caudales presentan una alta variabilidad de nivel anual e interanual."

22 Artículo 5 inciso II). Misma definición adopta el proyecto de ley del Recurso Hídrico de Costa Rica en su Artículo 2 inciso d).

La forma de regular los caudales es por medio infraestructura como diques y presas, o bien, por cambios en las políticas y derechos de asignación de aguas. Su importancia radica en que los mismos contribuyen en forma sustancial a la salud de los distintos ecosistemas. Suprimirle a un río o a un acuífero estos caudales no sólo daña el ecosistema acuático, sino que también amenaza a las personas y comunidades que dependen del mismo. En el caso más extremo, la ausencia a largo plazo de caudales pone en riesgo la existencia misma de ecosistemas dependientes, y por tanto, las vidas, los medios de subsistencia y la seguridad de comunidades e industrias río abajo. La ausencia de caudales ambientales pone en riesgo la existencia misma de ecosistemas, personas y economías[23].

IV. OBLIGACIONES ESTATALES.

Como obligaciones básicas de los Estados respecto al derecho humano al agua, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observancia General número 15 estableció las siguientes:

- Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir enfermedades;

- Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados;

- Garantizar acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tenga un número suficiente de salidas de aguas para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar;

- Velar porque no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua;

- Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles;

- Adoptar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y periódicamente revisados en base a un proceso participativo y transparente; deberán prever métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia que permitan seguir de cerca los progresos realizados: el proceso mediante el cual se conciben la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberán prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados;

- Vigilar el grado de realización, o no realización, del derecho al agua;

- Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de

---

23 Dyson Megan, Bergkamp Ger, y John Scanlon, “Caudal, elementos esenciales de caudales ambientales”, Unión Mundial para la Naturaleza, 2005, página 4.

costo relativamente bajo para proteger a los grupos vulnerables y marginados;

- Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a uno servicios de saneamiento adecuados.

Además, los Estados deben proveer a los usuarios de recursos judiciales y administrativos efectivos para la correcta defensa del derecho. De igual forma, y en el plano internacional, el Comité se refiere a la prohibición por parte de los Estados de tomar medidas que obstaculicen, directa o indirectamente, el ejercicio del derecho al agua potable en otros países, debiendo abstenerse en todo momento de imponer embargos o medidas semejantes que impidan el suministro de agua, así como de aquellos bienes y servicios esenciales para garantizar el derecho al agua, y expresamente afirma "el agua no debe utilizarse jamás como instrumento de presión político y económica."

V. DERECHO HUMANO AL AGUA Y LOS USOS COMUNES.

En cierto sector de la doctrina exista la errónea creencia acerca de que el uso común de las aguas de dominio público, contemplado en los Códigos Civiles de descendencia napoleónica y las Leyes de Aguas, abarcaba ya de por si, el derecho humano al agua.

Mediante los usos comunes autorizados todos los sujetos pueden utilizar las aguas superficiales en forma artesanal, para beber, lavar ropa, bañarse y abrevar o bañar caballerías y ganado sin necesidad de una concesión o un permiso de uso. Estos usos comunes pueden llevarse a cabo siempre y cuando no produzcan una alteración de la calidad de las aguas y estas discurran por sus cauces naturales sin ser desviadas.

Como bien lo señala el autor Embid Irujo en su artículo "El derecho al agua en el marco de la evolución del derecho de aguas" los usos comunes no encajan dentro de la moderna concepción del derecho humano al agua, pues los primeros se ejercen únicamente sobre las aguas superficiales siempre que éstas discurran por sus cauces naturales, mientras que el derecho humano al agua no hace diferencia alguna entre aguas superficiales y aguas subterráneas. A la vez, los usos comunes no implican ningún tipo de obligación activa por parte de los Estados, sino que la posición estatal debe ser pasiva, únicamente permitiendo a los particulares el acceso al agua, mientras que el derecho humano al agua implica una serie de obligaciones tanto activas como omisivas para los distintos estados con el fin de dar cumplimiento a sus preceptos. Mientras que el derecho humano incluye el acceso a agua de calidad, así como el acceso a sistemas de saneamiento, el sistema tradicional de usos comunes nada dispone al respecto. Asimismo, los usos comunes de beber, lavar ropa y bañarse, si estarían en correlación con los usos personal y doméstico que contempla el derecho humano al agua, pero los usos de abrevar o bañar caballerías y ganado, estarían fuera de esta concepción. Por último, los usos comunes del año fueron diseñados para ser ejercidos por sujetos individuales, mientras que el derecho humano al agua es concebido además para grupos, comunidades y poblaciones indígenas y rurales.

Todas las anteriores razones esbozadas llevan a la ineludible conclusión de que es imposible equipar a los usos comunes con el derecho humano al agua.

VI. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO HUMANO AL AGUA EN LA LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE.

El Decreto Ejecutivo 30480-MINAE del 05 de junio de 2002 denominado:"**Principios que regirán la política nacional en materia de gestión de los recursos hídricos, y deberán ser incorporados, en los planes de trabajo de las instituciones públicas relevantes, en su articulo 1.1. dispone:**

"El acceso al agua potable constituye un derecho humano inalienable y debe garantizarse constitucionalmente"

Por su reciente promulgación, el citado decreto es el único instrumento jurídico vigente que reconoce expresamente el derecho humano al agua. El proyecto de Ley número 14585 denominado Ley del Recurso Hídrico estipula en su numeral 2.1. como principio general rector en materia hídrica el derecho humano al acceso al agua, al efecto dispone:

"El acceso al agua en condiciones de calidad y cantidad adecuadas es un derecho humano, indispensable para satisfacer las necesidades básicas del ser humano."

Por lo anterior, el derecho humano al agua, tal y como se encuentra desarrollado por parte de la Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observancia General número 15, debe ser extraído vía interpretación de los demás instrumentos jurídicos, tanto nacionales como internacionales[24] que regulan el recurso hídrico en Costa Rica, tales como la Ley Orgánica del Ambiente, Ley General de Salud, Ley de Aguas, Ley de Biodiversidad, Ley Forestal, Ley de Conservación de la Vida Silvestre, Ley General del Agua Potable, Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, Reglamento del Canon por Concepto de Aprovechamiento de Aguas, Reglamento para la calidad del Agua Potable, Reglamento del Canon Ambiental por Vertidos, entre otros[25].

La connotación del agua como derecho humano ha sido tema de discusión por parte de la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la cual en la Sentencia 4654-2003 de las 15:44 hrs. del 27 de mayo de 2003, que al efecto dispuso:

"(…) V.- La Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud,

---

24 Según la jurisprudencia constitucional costarricense los tratados internacionales en materia de medio ambiente y derechos humanos, son instrumentos jurídicos plenamente aplicables y de exigibilidad judicial directa por parte de cualquier sujeto, en virtud de la legitimación amplia por intereses difusos en rige la materia ambiental.

25 La moderna legislación hídrica como la recientemente promulgada Ley de los Recursos Hídricos del Paraguay contemplan el acceso al agua para la satisfacción de las necesidades básicas como un derecho humano que debe ser garantizado por el Estado, en cantidad y calidad adecuada.

la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y la vivienda digna, entre otros, tal como ha sido reconocido también en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables en Costa Rica: así, figura explícitamente en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24); además, se enuncia en la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo de El Cairo (principio 2), y se declara en otros numerosos del Derecho Internacional Humanitario. En nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el país se encuentra particularmente obligado en esta materia por lo dispuesto en el artículo 11.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador" de 1988), el cual dispone que:

'Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos'.

Además, recientemente, el Comité de Derechos Económicos, Culturales y Sociales de la ONU reiteró que disponer de agua es un derecho humano que, además de ser imprescindible para llevar una vida saludable, es un requisito para la realización de todos los demás derechos humanos.

VI.- Del anterior marco normativo se deriva una serie de derechos fundamentales ligados a la obligación del Estado de brindar los servicios públicos básicos, que implican, por una parte, que no puede privarse ilegítimamente de ellos a las personas, pero que, como en el caso del agua potable, no puede sostenerse la titularidad de un derecho exigible por cualquier individuo para que el Estado le suministre el servicio público de agua potable, en forma inmediata y dondequiera que sea, sino que, en la forma prevista en el mismo Protocolo de San Salvador, esta clase de derechos obligan a los Estados a adoptar medidas, conforme lo dispone el artículo primero del mismo Protocolo:

'Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo'.
De esto tampoco puede interpretarse que ese derecho fundamental a los servicios públicos no tenga exigibilidad concreta; por el contrario, cuando razonablemente el Estado deba brindarlos, los titulares del derecho pueden exigirlo y no pueden las administraciones públicas o, en su caso, los particulares que los presten en su lugar, escudarse en presuntas carencias de recursos, que ha sido la secular excusa pública para justificar el incumplimiento de sus cometidos."

Asimismo, el Tribunal Constitucional mediante la resolución número 1923-2004 de las catorce horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de febrero de 2004, y respecto al tema de las aguas subterráneas manifestó:

"*...El tema de las aguas subterráneas se encuentra íntimamente ligado a varios derechos fundamentales recogidos en el texto*

constitucional e instrumentos internacionales de derecho humanos. Nuestra Constitución Política, en su artículo 50, enuncia el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el cual se logra, entre otros factores, a través de la protección y conservación del agua para consumo y uso humano y para mantener el equilibrio ecológico en los hábitat de la flora y la fauna y, en general, de la biosfera como patrimonio común de la humanidad. Del mismo modo, el acceso al agua potable asegura los derechos a la vida – "sin agua no hay vida posible" afirma la Carta del Agua aprobada por le Consejo de Europa en Estrasburgo el 6 de mayo de 1968 -, a la salud de las personas – indispensable para alimento, bebida e higiene – (artículo 21 de la Constitución Política) y, desde luego, está asociada al desarrollo y crecimiento socio-económico de los pueblos para asegurarle a cada individuo un bienestar y una calidad de vida dignos (artículo 33 de la Constitución Política y 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos). La escasez, la falta de acceso o disponibilidad y la contaminación de ese líquido preciado provocan el empobrecimiento de los pueblos y limita el desarrollo social en grandes proporciones. Consecuentemente la protección y explotación de los reservorios de aguas subterráneas es una obligación estratégica para preservar la vida y la salud de los seres humanos y, desde luego, para el adecuado desarrollo de cualquier pueblo. (...) En otro orden de ideas, actualmente, se ha reconocido el deber de preservar, para las generaciones futuras, una condiciones de existencia al menos iguales a las heredadas (desarrollo sostenible), por lo que las necesidades del presente deben ser satisfechas sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para hacerlo con los propios (Principio 2 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 1972). En esencia, el agua, desde un punto de vista económico y ecológico, es un bien preciado, puesto que es indispensable para cualquier actividad humana (industrial, agrícola, doméstica, comercial, servicios, etc.), como fuente de energía, materia prima, vía de transporte, soporte de actividades recreativas y elemento constitutivo para el mantenimiento de los ecosistemas naturales..."

VII. RECAPITULACION.

Siguiendo los lineamientos esgrimidos en la Observancia General número 15 del Comité, el aporte brindado por el autor Antonio Embid Irujo[26], y el criterio del autor de este ensayo, se pueden obtener las siguientes conclusiones:

- Se trata de un derecho humano.
- Que se formula frente a los Estados y a los particulares[27].

---

26 Embid Irujo, A., "El derecho al agua en el marco de la evolución del derecho de aguas", en El Derecho al Agua, Editorial Thomson Aranzadi, 2006, Navarra, página 30.

27 La Ley General del Agua Potable de Costa Rica dispone que por ningún concepto los propietarios de casas o locales podrán privar del servicio de agua potable a sus inquilinos.

- Se construye con fundamento en una convención internacional (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) que no lo proclama específicamente, pero al que se puede llegar a través de la interpretación jurídica, y más específicamente, en el de algunas Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos.

- Su contenido está relacionado con las necesidades básicas de la vida: los usos personales y domésticos. Se dejan por fuera de su ámbito de protección las utilizaciones industriales, agrícolas y mucho menos las relativas al ocio u otras.

- El uso del agua por parte de comunidades marginadas o vulnerables (comunidades locales e indígenas) para la agricultura de subsistencia se encontraría incluido dentro de su contenido

- Se trata de la provisión de agua suficiente en cantidad pero también con unas determinadas condiciones de calidad.

- Dentro de su contenido se encuentra no solo el abastecimiento sino también la evacuación de las aguas residuales por medio de infraestructura de saneamiento.

- El derecho a la información por parte sus usuarios forma parte de su contenido.

- El derecho al agua implica obligaciones estatales para con sus propios nacionales, extranjeros y para con otros Estados.

- Los mecanismos de protección del derecho al agua son los propios de cada uno de los instrumentos jurídicos que lo reconocen.

- Actualmente el derecho al agua no puede ser divorciado del Derecho de los Derechos Humanos y su régimen superior de protección.

- El derecho humano al agua no puede ser equiparado a los usos comunes contemplados en los Códigos Civiles de descendencia napoleónica.

BIBLIOGRAFIA

Aguilar, Grethel., Iza, Alejandro, “Gobernanza de aguas compartidas: aspectos jurídicos e institucionales”, UICN, San José, 2007

Aguilar, Alejandra, Cruz, Mariela, Jiménez, María Salvadora, “Manual de Regulaciones Jurídicas para la Gestión del Recurso Hídrico en Costa Rica”, CEDARENA, San José, 1998.
Aguilar Schramm, Alejandra, y Jiménez Rojas, María Salvadora, Guía para la Protección del Recurso Hídrico, Cedarena 2001.

Astorga Eduardo, “La Valoración Ambiental del Territorio, uno de los servicios ambientales del Agua” 2005.

Castillo, Mireya, “El Derecho Humano al Agua en el Derecho Internacional: Aspectos Generales” en El Derecho al Agua, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

Colom, Elisa “Manejo Integrado de recurso hídricos” contenido en “De Río a Johannesburgo: Perspectivas del Derecho Ambiental en Latinoamérica”, Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Unión Mundial para la Naturaleza, primera edición 2002, página 304.

Dyson Megan, Bergkamp Ger, y John Scanlton, “Caudal, elementos esenciales de caudales ambientales”, Unión Mundial para la Naturaleza, 2005.

Embid, Antonio, “El derecho al agua en el marco de la evolución del derecho de aguas”, en El Derecho al Agua, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

GWP/TAC número 4, año 2000, página 4, www.portaldelaguapwp.com.pe.

Mathus, Miguel., “El derecho al agua en el Derecho Argentino”, en El Derecho al Agua, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2006

Peña, Mario “El nuevo canon ambiental por vertidos” Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente & Derecho”, Universidad de Sevilla, número 10, enero 2004, España, www.cica.es/aliens/gimadus/. Boletín jurídico “Derechoperú.com” número 6, del 18 de octubre de 2004, www.derechoperu.com/boletin/boletin_6.html.

Peña, Mario, “Derechos Humanos y Medio Ambiente” Revista Lex Difusión y Análisis, año VIII, agosto 2004, número 110, México. Revista Digital de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, número 4, noviembre de 2004, Paraguay, www.idea.org.py/rda/ , y en Revista Direito Ambiental número 39, año 10, noviembre 2005, Brasil.

Peña, Mario, “Gestión o Integrado del Recurso Hídrico en la nueva Ley del Recurso Hídrico de Costa Rica”, Revista Lex Difusión y Análisis, año XI, mayo 2006, número 131, México, y en Ciberjure Portal Jurídico Peruano, www.ciberjure.com.pe, 16 de agosto de 2006, Perú, y en , y en Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente & Derecho”, Universidad de Sevilla, número 14-15, diciembre 2006, España, www.cica.es/aliens/gimadus/

Peña, Mario, “Manual de regulaciones jurídicas para el aprovechamiento de las aguas subterráneas”: Revista Lex Difusión y Análisis, año XI, abril 2007, número 142, México, y en página web de la Asociación Costarricense de Derecho Ambiental: www.acdacr.org

Peña, Mario, “La tutela jurídica de los ecosistemas de humedal”, Revista Ivstitia, versión electrónica, año 21, número 11, mayo 2007, www.ivstitia.com/magazine/magazine.php; en elDial.com, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento Derecho Ambiental, mayo 2007, Año X, Argentina, www.eldial.com/suplementos/Ambiental/ambiental.asp.

Peña, Mario, “El nuevo canon ambientalmente ajustado por concepto de aprovechamiento de aguas” Revista Lex Difusión y Análisis, año IX, enero 2005, número 115, México.

Pinto, Mauricio y otros, “Configuración del derecho al agua: del uso común al derecho humano. Particularmente de su integración y expansión conceptual”, en Derecho al Agua, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2006

Sagot, Álvaro, “Jurisprudencia del Recurso Hídrico y Forestal”, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2004.

Salinas, Sergio, “El Derecho Humano al Agua como derecho humano. Contenido normativo y obligaciones de los Estados”, en El Derecho al Agua, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO Y PRINCIPIO DE INOCENCIA

M.Sc. Pablo Barahona Krüger*

Resumen

La reparación integral del daño como forma de solución alternativa de los conflictos penales que desplaza los métodos tradicionales de administración de orden, propicia interpretaciones erróneas que más se basan en presunciones ilegales y hasta inconstitucionales, que en sanas referencias hermenéuticas, en cuenta aquella que supone de quien repara una aceptación tácita de su culpabilidad equivalente a una confesión. La constitucionalidad también sale comprometida a la marcha de dicha tesitura, alejado sin lamento del verdadero sentido de la justicia restaurativa. Los prerrequisitos que supone y sobre todo las consecuencias procesales que se derivan de la reparación integral del daño, se desarrollan en el marco de la garantía procesal de inocencia signada desde el derecho de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, todo así dispuesto en defensa confesa del derecho penal liberal y en contraposición a las corrientes autoritarias que otorgan le otorgan funciones que, según se verá, no le corresponden y más bien pueden resultar contradictorias al sentido de todo orden jurídico. La tesis central defiende que reparar integralmente el daño a la presunta víctima no implica, per se, reconocerle tal condición ni mucho menos la veracidad de su denuncia, sino, únicamente, la disposición de ambas partes de evitar, negociadamente, lo que resta del proceso.

Sumario

- Introducción
- Antecedentes
- Presupuestos procesales
  1. reparación integral del daño particular o social causado
  2. entera satisfacción de la víctima
  3. estadio procesal anterior al juicio oral
  4. delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o delitos culposos
  5. aquiescencia de la víctima o el Ministerio Público “según sea el caso”
  6. no participación del imputado en una reparación integral del daño o suspensión del proceso a prueba durante los cinco años precedentes
- Consecuencias procesales
- La extinción de la acción penal
- La anotación en el Registro Judicial
- Principio de inocencia y reparación integral del daño

Introducción

Las aproximaciones conceptuales ensayadas en el medio científico jurídico costarricense sobre la reparación integral del daño como solución alternativa al conflicto penal,

* Máster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho de la Universidad de Costa Rica y la Universidad La Salle. Abogado Litigante e Investigador.

comparten un enfoque común que, redundante en el victimocentrismo, suele olvidar la lógica bidireccional que caracteriza al instituto, irrogándole su valor principal: devolver el rol protagónico a ambas partes en contención, suponiéndolas como agentes de su propia aspiración procesal.

Recolocar al imputado en un solvente estado de inocencia que le permita negociar con su contraparte en el marco de un proceso penal cuyas consecuencias pueden ser aún más negativas que lo implicado en una indemnización pecuniaria, constituye uno de los pilares de la reparación integral del daño. Permitir a la víctima asumir un rol protagónico en la fijación del arreglo que estima suficiente según sus intereses y sensibilidades, así como al imputado la toma de iniciativa de su propio salvamento procesal, no deja de ser importante para restaurar "la armonía social" recomendada en el propio Código Procesal Penal, artículo 7.

Las múltiples razones que motivan a las partes a preferir una solución alternativa al conflicto, en cuenta la opción procesal sub examine, escapan a las posibilidades de aprehensión clasificatoria, toda vez que son infinitas las circunstancias que pueden inspirar la decisión de un imputado de reparar el daño supuesto que se acusa, a su vez, como consecuencia de un hecho también presunto, que siguiendo el orden, le es endilgado por un juicio de probabilidad que en nada afecta todavía su estado de inocencia, ratificable, incluso, en sentencia, si el juicio oral confirma tal estado primigenio, garantizado por lo demás por la propia Constitución Política según se desprende del artículo 39.

Supone lo dicho una primera aproximación a los presupuestos procesales de la reparación integral del daño como instituto que extingue la acción penal, a saber: "(1) la reparación integral, (2) a entera satisfacción de la víctima del daño particular o social causado, (3) realizada antes del juicio oral, (4) en delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas en delitos culposos, (5) siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admita según sea el caso" debiendo concurrir, además, un último elemento: (6) "que, durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado de esta medida o de la suspensión del proceso a prueba". (Artículo 30 inciso j) del Código Procesal Penal)

Tan específicas condiciones obligan a un tratamiento separado que justiprecie el alcance y limitaciones de la figura, propósito que apenas queda formulado a esta altura para ser desarrollado oportunamente.

Por el orden, interesa fijar la tesis central que se viene a defender, sea, que la reparación integral del daño no presupone el doble reconocimiento por parte del imputado, tanto de la existencia del hecho acusado como de su participación en el delito, siendo que la interpretación contraria constituye un error de bulto que se identifica con cierta recurrencia entre los escasos análisis dedicados a este mecanismo alternativo, conllevando tan enervada consideración a extrapolaciones improcedentes de la figura que, tal como aquí se aborda, no excluye, necesariamente, postreros desarrollos que completen este primer aporte, dirigido en todo caso a revalidar la reparación integral del daño como una forma de solución alterna de los conflictos llevados a la sede penal, que no implica, indefectiblemente, la aceptación o demostración de culpabilidad y que, en ese tanto, no acusan impacto alguno sobre la presunción constitucional de inocencia que cubre a todo imputado.

Antecedentes

La Justicia Restaurativa como expresión de una forma ya no tan novedosa de administrar orden por parte del Estado, se superpone a la forma retribucionista tradicional que a partir de la teoría pura de la pena desconocía el compendio de salidas alternativas, amarrándose a los fueros del derecho sancionatorio.

La evolución de la dogmática jurídica jalonó el avance de la jurisprudencia en derecho penal hacia un reposicionamiento del principio humanista, dislocando el prurito castigador para posicionar en su lugar un sentido reconstructivo oficialmente denominado resocializador y, con ello, al ser humano como columna central del armado estatal, habilitando así la desintrumentalización de los sujetos procesales personalmente implicados en lo penal, a saber: víctima e imputado.

El recordado Profesor Henry Issa, aclara bien el panorama, "si pensamos que no existe expropiación por parte del Estado de los bienes protegidos por el derecho penal, aquellos hechos que no tengan impacto social no deben ser librados al ius puniendi, sino cuando el propio derechohabiente tenga interés".

Las implicaciones prácticas de la escogencia entre ambos paradigmas procesales, signan el sentido filosófico de institutos como la reparación integral del daño, cuya legitimidad depende, en buena medida y a fin de cuentas, de la significancia y alcance que se le reconozca.

La confrontación entre las corrientes inquisitiva y liberal, supone cuidar que el proceso penal "adquiera caracteres no acusatorios, sino más bien inquisitivos, puesto que es polémico, como lo han hecho notar Winfried Hassemer y Luigi Ferrajoli, que estas propuestas para hacer un derecho procesal penal eficiente frente al aumento de la criminalidad, sean compatibles con principios fundamentales de un proceso garantista, por ejemplo el principio de presunción de inocencia, el principio de igualdad, el principio de publicidad, etc.".[1]

De igual forma, el gran Cesare Beccaria introducía su "De los delitos y de las penas" reconociendo que "solo después de haber pasado a través de mil errores en las cosas más esenciales para la vida y la libertad, tras la molestia de sufrir los males llegados al extremo, se ven inducidos a remediar los desórdenes que les oprimen y a reconocer las más palmarias verdades".[2]

Las tesis abolicionistas que fundamentalmente critican la expropiación infligida a las partes, y sobre todo a la víctima, en cuanto resultan marginadas plausiblemente de la búsqueda y definición de soluciones al conflicto traído a la sede penal, han logrado virar la normativa

---

1 Llobet, Javier. *Código Procesal Comentado.* Editorial Jurídica Continental, San José, 2003. P. 32.
2 Cesare Beccaria. *De los delitos y de las penas.* Editorial Temis, Bogotá, 1994. P. 1.

vigente y su interpretación, hacia la reconquista de un mayor protagonismo que, como bien se ha dicho, "tome en cuenta la opinión de la víctima y lleve a la búsqueda de la superación del conflicto con el autor, esto a través del diálogo y la reparación".[3]

No obstante, el desarrollo de las tesis así expuestas en franca contención, produce una síntesis que, al menos en lo que respecta a la reparación integral del daño, que por lo pronto es la forma que interesa, ha producido un exacerbamiento desmedido de las expectativas de la víctima y, en contracara, de las implicaciones para el imputado de reparar integralmente el daño.

En la carrera por salvar la posición de la víctima, quien como se ha visto debe mostrar su aquiescencia con la intención reparadora del imputado, se olvida que, por su parte, este último no se obliga a más de lo que expresamente compromete al "tranzar" con su contraparte para librarse del juicio oral. A fin de cuentas, reparar integralmente el daño supone considerar satisfecho el interés del afectado en toda su extensión y profundidad, a la vez que la liberación del perseguido de toda responsabilidad, formalizándose, esto último, mediante un sobreseimiento definitivo.

En consecuencia, cierta parte de la doctrina confunde, y no sin efecto, un presupuesto lógico de la suspensión del proceso a prueba, que también supone la "reparación del daño causado", con la "reparación integral del daño" como mecanismo alternativo absolutamente independiente. Basta colegir la lógica del artículo 25 del Código Procesal Penal y oponerla a la concepción del inciso j) del artículo 30, para notar que no debe confundirse la "reparación del daño causado" que es apenas uno de los prerrequisitos para que opere la suspensión del procedimiento a prueba, con la "reparación integral del daño". Ambos institutos se distancian a partir de los requisitos que presuponen.[4]

Si bien el artículo 25 de rito exige que "Para otorgar el beneficio (de la suspensión del procedimiento a prueba), son condiciones indispensables que el imputado admita el hecho que se le atribuye (…)", en lo dispuesto a la altura del artículo 30 no se observa tan implicante exigencia (para los efectos de la reparación integral del daño como figura independiente), debiéndose, por consiguiente, diferenciar donde la ley diferencia, en sujeción a la legalidad penal.

Completando el compendio tripartito de salidas alternativas al proceso penal, se encuentra la conciliación, normada con detalle en el artículo 36 del mismo Código Procesal que, aclarado sea al pasar, es omiso sobre la admisión del hecho delictuoso endilgado por parte del imputado que logra conciliar.

No todos los presuntos delitos posibilitan la aplicación de soluciones alternas, siendo que para que proceda la reparación integral del daño debe tratarse de delitos patrimoniales sin grave violencia sobre las personas o bien culposos; mientras en el caso de la conciliación,

---

3 Llobet, Javier. *Derecho Procesal Penal.* Tomo I. Editorial Jurídica Continental, San José, 2005. P. 302.

4 La Sala Constitucional reconoce tales diferencias a partir de la resolución 1998-06306 de las diecisiete horas con tres minutos del primero de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

ésta solo procedería si lo acusado son faltas o contravenciones, delitos de acción privada o de acción pública a instancia privada, y siempre y cuando el delito imputado admita la aplicación del beneficio de suspensión condicional de la pena o bien, finalmente, que se trate de los delitos sancionados con pena distinta de la privativa de libertad. En punto a la suspensión del proceso a prueba, el delito acusado deberá ser susceptible del beneficio de suspensión condicional de la pena o que esté penado con sanción distinta de la privación de libertad, así como que el imputado presente un plan de reparación y admita la conducta típica antijurídica y culpable endilgada.

La propia jurisdicción constitucional ha precisado diferencias que trascienden el detalle al valuar los efectos de las tres salidas alternativas bajo comparación resolviendo que:

"En cuanto a los **efectos** de ocurrir a cada una de las soluciones en estudio, en el caso de la reparación integral del daño se extingue la acción penal, con las naturales consecuencias del sobreseimiento definitivo y producción de cosa juzgada de la decisión firme que lo imponga (artículos 30, 311 y 313); y la inscripción de la resolución absolutoria en un registro (artículo 30). Sobre la conciliación, cabe acotar que también produce la extinción de la acción penal (artículo 30 inciso k), pero a partir del momento en que el imputado cumpla aquellas obligaciones a que se hubiera comprometido. Para satisfacer el compromiso el Código le confiere hasta un año, durante el que queda en suspenso el cómputo de la prescripción de la acción penal. Si se incumple lo pactado, injustificadamente, el procedimiento continúa sin que pueda recurrirse más a la conciliación o si la falta está motivada es posible otorgar seis meses adicionales para cumplir la obligación (artículo 36). En lo que toca a la suspensión del proceso a prueba, su aprobación no impide el ejercicio de la acción civil (artículo 25); queda fijado un plazo de prueba que va a oscilar entre los dos y los cinco años, pudiéndose imponer reglas de conducta al encartado (artículo 26). La fiscalización del cumplimiento de las condiciones impuestas por el juez se atribuye a la Dirección General de Adaptación Social (artículo 27); y en caso de inobservancia de tales deberes puede revocarse la suspensión, con reanudación de la persecución penal o imponerse un nuevo plazo de prueba de dos años por una sola vez (artículo 28). Durante el período en que la persona esté en prueba, la prescripción de la acción penal queda en suspenso (artículo 34 inciso e). Una vez cumplido el plazo de suspensión del proceso sin que haya sido necesario revocarlo, se extingue la acción penal (artículo 30 inciso f)".

Como se nota, la conciliación, la suspensión del procedimiento a prueba y la reparación integral del daño, no pueden confundirse, sea por las causas o por los efectos. Sin embargo, no son pocos los enfoques que jalonan, incorrectamente, elementos propios de un instituto y los confunden con los propios de otro, corriendo en contra, inclusive, de lo dispuesto en el artículo 2 del Código Procesal Penal, que al fijar las reglas hermenéuticas, prohíbe la interpretación extensiva en perjuicio de la condición de inocencia del imputado.

Se descubre así la tesis central que se ha venido a exponer: la reparación integral del daño no presupone el reconocimiento de culpabilidad por parte del imputado, por lo que si este no lo expresa como parte del acuerdo reparador según los términos exigidos por la víctima, no puede el juez por vía de interpretación extensiva suponer que la reparación equivale a una confesión.

Suponer la confesión ante la reparación equivaldría a una condena absolutamente adelantada, visto que aún cuando ni siquiera se celebró el juicio oral para determinar las responsabilidades penal y civil, el juez estimaría, aún cuando no lo hace la ley, que al acordar reparar un supuesto daño, que al momento tampoco debe ser tenido necesariamente por demostrado, el imputado acepta también los cargos.

Traslucir el sofisma implícito en tan inquisitiva –i-lógica, resulta particularmente importante para aquellos imputados sometidos a la tortura del banquillo, cuya penalidad *ex ante* –léase: sufrimiento- se acentúa en los casos en que figuran acusados injustamente, sea por capricho o cálculo de la víctima falsaria, que bien figuran la narración figurativa del clásico Kafka, quien suponía que "sufrir un proceso es casi peor que perderlo".

Antes de seguir profundizando en la tesis central en que se va cayendo, corresponde, obligadamente, devolver la vista a los presupuestos procesales de la reparación integral del daño conforme la prescripción del legislador, para decantar a partir de ahí tanto los alcances normativos como los desbordamientos doctrinarios y jurisprudenciales que más parecen devaneos inquisidores que esfuerzos analíticos defendibles.

Presupuestos procesales

La reparación integral del daño resulta procedente siempre que concurran los siguientes presupuestos:

1. *reparación integral del daño particular o social causado:* reparar integralmente el daño presuntamente causado a la víctima, supone restituir lo que se ha afectado en su estado más próximo a su condición original. Recomponer las cosas, sin embargo, no pareciera significar lo suficiente como para obviar definiciones jurídicamente manidas como daño o reparación que, a su vez, hacen obligada parada en conceptos extrajurídicos como integral y, dado el caso, moral.

   Por daño, se entiende todo "menoscabo que sufren los bienes y derechos de una persona, tanto los que son susceptibles de valoración económica como los que no".[5]

   Pero quizá la forma más sencilla de exponer el significado de daño limita la consideración a toda afectación que se inflija a un interés jurídicamente relevante que, precisamente por ello, merece la protección del ordenamiento jurídico.

   En cuanto a lo que debe entenderse por reparación, la Real Academia Española se extiende al compendiar las siguientes acepciones: "desagraviar, satisfacer al ofendido", "volver a poner algo en el estado o estimación que antes tenía", "enmendar, corregir o remediar", "Desagraviar, satisfacer al ofendido" "Remediar un daño".

   Integral, por su orden, supone lo "Global, total", en estrecha relación semántica a lo que implica la "entera" satisfacción que deberá expresar la víctima respecto de

---

5 Acuña, Gina. *Responsabilidad civil por daño ambiental.* Editorial Jurídica Continental, San José, 2005. P. 284.

la reparación, presupuesto abordado de seguido.

2. *entera satisfacción de la víctima:* la víctima se reputará satisfecha a partir de su propio reconocimiento, por lo que será la propia subjetividad de este sujeto procesal la que fije los términos de su propio resarcimiento, de suerte tal que la globalidad o totalidad en que ha de consistir la reparación, se deja a la apreciación subjetiva de la parte resarcida o del Ministerio Público, según corresponda.

   Surge aquí una complicación de carácter hermenéutico que, no obstante, se resuelve con facilidad considerando el reposicionamiento de la víctima en el proceso penal a través de las soluciones alternativas que, como ha quedado dicho, le devuelven el derecho básico de autogestionar soluciones alternativas al contradictorio penal. Esta dificultad hasta aquí solo sugerida, radica en abandonar a la subjetividad de la víctima lo que se pueda considerar "entera satisfacción", que aún cuando intersubjetivamente podría valorarse en algún caso que lo otorgado no repara integralmente el daño, basta con que la víctima afirme su entera satisfacción para que la integralidad de la reparación se considere cumplida, sin que el juez o incluso el Ministerio Público, tengan algo jurídicamente relevante que sumar.

   Entiéndase summa sumarum, que si lo entregado es pírrico pero basta para satisfacer a la víctima, no cabe alegato en contrario, salvo que, claro esta, medie algún vicio de la voluntad que pueda demostrarse o se encuentre al alcance considerativo del Tribunal, en cuyo caso cabrían las reglas supuestas para la conciliación que bien aclaran el deber de la autoridad penal que "no aprobará la conciliación cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los que intervengan no están en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza".

3. *estadio procesal anterior al juicio oral:* si bien la disposición normativa es clara y desde el derecho romano se sabe que *lex dura lex es*, carece del más romo sentido que se limite temporalmente dentro del proceso la posibilidad de reparación integral del daño, siendo que tal solución alternativa podría gestarse durante el mismo debate y si la satisfacción de la víctima es entera, nada tiene que ver que el juicio oral se encuentre inaugurado.

   Si la solución abonada por las partes es conveniente a estas, y principalmente a la víctima como perjudicado presunto, independientemente de su motivación para tranzar durante la etapa de juicio y sin que se haya dictado sentencia, no pareciera defendible que se impida la salida alternativa a acordada por las partes.

   Nuevamente, si la víctima prefiere abortar el juicio una vez iniciado, siendo que por la víspera de este prevé resultas inconvenientes (vbgr. Por la no concurrencia de testigos clave para su causa, poco entendimiento de los jueces, superación de su representación por la defensa y un sinfín de causas imprevisibles que escapan al recuento posible), hace mal el legislador negándole la opción de una salida honrosa para sus intereses. Lo mismo, mutatis mutandis, aplica para el imputado, quien por arrastre también se ve perjudicado, siendo que si bien la víctima tiene la última palabra por requerirse la

expresión de su conformidad, se le inhibe al imputado de proponer reparaciones que, estando a su alcance, bien podrían redundar en mayores beneficios que los que la víctima podría avizorar aún cuando la disposición judicial le sea favorable, cosa que, de conocimiento común, no se puede asegurar ex ante, siendo que el derecho es la ciencia más resistente a los futurólogos.[6]

El Código Procesal Penal (Artículo 7) asegura un espíritu componedor que pareciera negarse con la precisión temporal prohibitiva (Artículo 30 inciso j) abordada:

"Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas".

La solución del conflicto y sobre todo la restauración de la armonía social entre la víctima y el imputado, igual puede sobrevenir durante el juicio oral y quizá aún con mayor razón durante este si se cae en la cuenta que es la etapa procesal en que las partes se encuentran más aplicadas a la causa, y a la vez más presionadas, por lo que no parecería congruente obligarles a reparar su situación anticipadamente.[7]

4. *delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o delitos culposos:* la limitación impuesta por el legislador al contener la posibilidad de que la víctima y el imputado concilien posiciones en los delitos más graves que prevé la nomenclatura penal, se colige de la intención, filosóficamente implicante por lo demás, de superponer la búsqueda de orden a los intereses patrimoniales de los sujetos procesales.

   A partir de este freno impuesto a la voluntad negocial de las partes se introduce una sensible división entre los delitos reparables y los no reparables, identificándose los primeros a partir de su contenido patrimonial y la ausencia de violencia grave sobre las personas, así como a aquellos cometidos sin dolo, que son los que resultan menos relevantes al Estado en su misión ordenadora y, en consecuencia, la lógica legislativa los abandona a la voluntad pluridimensional de las partes, toda vez que no se compromete con ello el interés público.

   Profundizando, Michel Foucault se refiere al problema: "La ley penal debe permitir sólo la reparación de la perturbación causada a la sociedad. La ley penal debe ser concebida de tal manera que el daño causado por el individuo a la sociedad sea pagado".

---

6 Henry Issa supone que "Ciertamente, es posible que haya casos en donde la continuación del proceso penal y la sentencia, además de no satisfacer al ofendido, cause un conflicto mayor que el que se pretendía solucionar". Así en *"La Reparación Integral del Daño como causal de extinción de la acción penal"*, 2007.

7 Lo considerado en este aparte igualmente aplica a la conciliación, sobre la cual pesa una limitación similar.

Lo que importa a esta visión estatista de la función penal es el daño social, ignorando la presencia procesal de la víctima y aún más, su propia existencia, por lo que ni siquiera reconoce la "perturbación" causada al individuo contra quien se materializó la agresión que justifica la intervención jurisdiccional.

Siguiendo la lógica legislativa, tanto los delitos de contenido patrimonial inviolentos como los delitos no buscados o culposos, pueden ser reparados integralmente visto que el daño social es ignorable o cuando menos supeditable al resarcimiento de la víctima.

Un elemento adicional redondea el razonamiento que impuso el legislador en relación a la salida alternativa bajo examen: los delitos patrimoniales son los más fácilmente medibles en términos de valor y, en ese tanto, los que resultan más directamente indemnizables o reparables.

Cuando el bien jurídico es la propiedad y no media violencia sobre las personas, lo que, ahí sí, implicaría otros bienes jurídicos más caros, como los son la integridad física o la vida, la tasación de una eventual transgresión es determinable con mayor exactitud, siendo que los valores de mercado pueden orientar la fijación de la cuantía, resultando posible abandonar lo restante (entiéndase: daño moral principalmente) a la volición de la propia víctima interesada en que se le repare.

5. *aquiescencia de la víctima o el Ministerio Público "según sea el caso"*: la expresión favorable de la víctima en torno a los términos de la reparación pactados es la piedra angular de todo el instituto procesal si se repara en su espíritu democratizadora. Colocar a la presunta víctima en posición decisora por encima de un juez que reduce su ámbito de acción al control de legalidad sobre lo acordado, abandona al resorte exclusivo del supuesto afectado los términos de lo que considera suficiente para darse por reparado con integralidad, devolviéndole así a la parte procesal que ha venido a buscar reparación ante un juez, un rol activo que le implica la primera responsabilidad.

Permitir así a quien acusa decidir aún por encima del propio fuero jurisdiccional, si finiquita el proceso judicial o lo continúa con la disposición manifiesta de enfrentar el contradictorio, es el elemento más rescatable de todo el instituto bajo estudio, pero no solo por implicar la aquiescencia de la víctima, que es a lo que se ciñe la letra del Código Procesal Penal, sino porque supone tácitamente, la disposición del imputado de reparar el daño que, a esa altura, aún no se tiene por probado.

Así, si se mira bien, la reparación integral del supuesto daño no solo le concede poder decisorio a quien alega ser víctima, sino también y quizá en igual medida, al que se encuentra en la incómoda posición de supuesto victimario y que, todavía a esa altura, es impoluto si se repara como es debido, en la presunción de inocencia que le acompaña por imperativo constitucional.

Lo interesante de reseñar aquí es que, usualmente, los jueces, quizá por exceso de cuidado, al homologar los acuerdos convenidos entre la víctima y el imputado, toman el parecer del Ministerio Público, lo que parece no tener sentido si la lectura del artículo 30 inciso j) del Código Procesal

se hace con cuidado pero sin temores innecesarios.

La norma obliga a considerar excluyentemente la conveniencia de la víctima o de la Fiscalía, "según sea el caso". Bien podría, entonces, la Autoridad Jurisdiccional, considerar reparado integralmente el daño con la sola expresión favorable de la víctima, sin reparar en las oposiciones que a ello pudiese manifestar el Ministerio Público, salvo en lo referente, claro esta, a la legalidad de lo pactado por las partes.

Verbigracia, si el imputado que ha propuesto un arreglo suficiente a la víctima se ha beneficiado en los cinco años precedentes con la aplicación de salidas alternas como la reparación integral del daño o la suspensión del proceso a prueba, o si dentro de lo pactado figuran objetos imposibles, o peor aún, el arreglo mismo atenta contra el marco de legalidad, es obvio que el Fiscal que repare oportunamente en ello ha de hacérselo ver a los jueces, pero, fuera de ello, no pareciera razonable sino más bien contrario a la intención teleológicamente rescatable de la norma, que se le otorgue un poder de veto al Ministerio Público.

Así, la víctima que se acepta un plan reparador no tiene porque sujetar su urgencia, necesidad o simple conveniencia al razonamiento y en el peor de los casos a la subjetividad de una institución que nada tiene que decir, salvedades mediante, tratándose de delitos patrimoniales sin violencia grave sobre las personas o culposos.

6. *no participación del imputado en una reparación integral del daño o suspensión del proceso a prueba durante los cinco años precedentes:* la última limitación que se impone a la aplicación de la reparación integral del daño como salida alternativa al proceso penal, es a la vez la más indiscutida.

   La evitación de la reincidencia y por superpuesto propósito, el impedir que la salidas alternativas se subviertan en sentido dejando en franquía a los delincuentes con medios suficientes para comprar la justicia y cegar así la amenaza de cárcel ante sus insistentes devaneos de autocratismo, explican la necesidad de esta limitación de carácter temporal.

   Así, un delincuente habitual, o cuando menos reincidente, queda advertido que puede reparar integralmente el daño por una sola vez en un largo periodo de tiempo, lo que podría restringir su ámbito de autodeterminación si el delito fue perpetrado con cierto cálculo o esperanza de arreglo alternativo futuro.

   En igual sentido, podría jalonarse el razonamiento para efecto de los concursos, tema que sin embargo quedará para otro estudio por exceder en todo el objeto del presente.

   La imposibilidad de que la reparación integral pueda pactarse para ser cumplida en diferido queda prohibida por la claridad del numeral 30 que desde el primer párrafo del inciso j) aclara que esta será "realizada antes del juicio oral".

La víctima no solo debe expresar su desagravio ante la promesa reparatoria, sino que dicha aquiescencia debe implicar que ha recibido del imputado lo acordado de previo al inicio del debate final. Y esto es así por la obvia razón de que la reparación integral supone la extinción de la acción penal, por lo que no tendría sentido que se dicte tal consecuencia sin la prudencia de esperar a que se cumpla lo pactado, para lo que, en principio, media tiempo suficiente si las partes se previenen, visto que, pese a lo criticado supra, se tiene desde el inicio del proceso hasta el día de inicio del debate, para tranzar de cara a una salida alternativa.

En conclusión, para que la extinción de la acción penal se formalice mediante un sobreseimiento definitivo, la reparación integral del daño debe consumarse de tal manera que el Tribunal lo pueda tener por probado.

Tratamiento aparte merece la *anotación en el Registro Judicial* de la medida alternativa aplicada en un determinado caso, siendo que no es un requisito procesal del instituto, propiamente, sino una consecuencia directa que deviene de su aplicación.

El registro de un imputado que se ha plegado a esta alternativa procesal obliga a tratar el tema con especial detenimiento, siendo que si no se aplica con cuidado el mandato procesal a este respecto, bien puede rayar el sentido protector del principio de inocencia.

Consecuencias procesales

Por mandato de ley la reparación integral del daño supone, cuando menos, dos consecuencias inmediatas claramente identificables:

- **La extinción de la acción penal**

Francisco Castillo advierte que la acción penal no se encuentra definida legalmente, correspondiendo a la doctrina afincar el término, aportando de paso, tan eximio profesor, su propia versión introductoria: “manifestación exterior voluntaria”. [8]

Definida así la acción en su sentido lato, se armoniza al menos en principio, la complicación manifiesta de las teorías causalista y finalista, por lo que en tesis de buen principio se puede considerar acción penal a toda aquella manifestación exterior de la voluntad con relevancia para el ámbito punitivo del Estado.

Con tan célere pero necesaria aproximación basta para entender que la extinción de la acción penal supone la pérdida de interés para el sistema de persecución penal en relación a la conducta externalizada voluntariamente que se considerada presuntamente desfavorable al orden prescrito.

Se entiende con facilidad que si el daño ha sido reparado integralmente en los delitos patrimoniales inviolentos así como en los culposos, la acción penal perece por ceder el ánimo reordenador del Estado ante el interés de la víctima y del imputado. Es posible que así se evite un mal mayor (penalidad) que el

8 Castillo, Francisco. *Las teorías de la acción en materia penal.* Editorial Jurídica Continental, San José, 2005. P. 15.

mal menor (delito transable) desencadenante de la maquinaria punitiva.

Debe quedar claro que la acción penal se extingue por causas diversas y no solo por la reparación integral del daño, la conciliación y el cumplimiento durante el plazo fijado de las condiciones que supusieron la suspensión del proceso a prueba, todas estas, propias de la "justicia" alternativa. También desaparece por las numerosas causales preceptuadas en el artículo 30 del Código Procesal Penal, en cuenta: la muerte del imputado (a), el desistimiento de la querella en los delitos de acción privada(b), el pago del máximo previsto para la pena de multa (c), la aplicación del criterio de oportunidad (d), la prescripción (e), el indulto o la amnistía (g), la revocatoria de la instancia privada en los delitos de acción pública dependientes de esta (h), la muerte del ofendido en ciertos casos (i), el rebasamiento de los plazos máximos previstos para desplegar la investigación preparatoria (l), entre otros.

- **La anotación en el Registro Judicial.**

La segunda consecuencia ineludible que se desprende de la reparación integral del daño consiste en la inclusión del sobreseído en un registro que el Poder Judicial administra con el único efecto de evitar la burla de la limitación temporal que impone la norma procesal. La cuenta para evitar que un imputado evite la acción penal reparando integralmente el daño en más de una ocasión sin que medien cinco años, se computa a partir de la información contenida en dicho registro.

No debe confundirse el Registro Judicial con el subregistro apostillado con la expresión "de Delincuentes". Son dos registros completamente distintos, encontrándose el más general, denominado Registro Judicial, y el más específico, identificado como Registro Judicial de Delincuentes.

La reparación integral del daño debe anotarse en el Registro Judicial, nunca en el Registro Judicial de Delincuentes, toda vez que así lo manda inequívocamente el artículo 30 inciso j) in fine.

Matricular a un sobreseído en el Registro Judicial de Delincuentes importa un claro contrasentido que trasgrede sensiblemente la condición de inocencia que a partir de la extinción de la acción penal ha quedado ratificada, abandonando la condición de mera presunción.

El artículo 30 inciso j) del Código Procesal Penal no hace ninguna referencia al Registro Judicial de Delincuentes sino solo al Registro Judicial, siendo en este último donde debe hacerse constar la inscripción de la aplicación de la Reparación Integral del Daño, sin que por ningún lado asome el odioso e improcedente adjetivo "Delincuente".

La reparación integral del daño no implica un juicio de fondo sobre el ilícito, ni mucho menos una condenatoria, sino, muy por el contrario, un sobreseimiento definitivo que jalona la extinción de la acción penal y, por consecuencia lógica, la confirmación del estado de inocencia del antes imputado, tal como lo ha estimado el mismo Consejo Superior del Poder Judicial desde su sesión N° 17-06, celebrada el 9 de marzo de 2006, artículo XXX, al hacer suyas las recomendaciones de la Comisión de la Jurisdicción Penal: *"sobre quienes se han sometido a dichas medidas no ha recaído ninguna sentencia condenatoria".*

En el tanto la reparación integral del daño no presupone reconocimiento de culpabilidad por parte de quien voluntariamente entrega o realiza la reparación, que no por casualidad se adjetiva "integral", es claro que esta implica la extinción definitiva y absoluta tanto de la acción penal como civil, conforme lo ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal en reconocimiento del sentido unívoco de la doctrina sobre el particular:

"A propósito de lo anterior, es importante citar lo expresado en el libro Proceso Penal Comentado, del autor Javier Llobet segunda edición 2003, el cual indica en la página 104: "... La Sala Constitucional aparentemente sostuvo este criterio en el voto 6753-98 del 22-9-1998, en el que dijo: 'La reparación integral se entiende como todo pago, compensación o acuerdo que deja satisfecha a la parte que la exige. Como tesis de principio, es la víctima quien debe indicar si considera satisfecho integralmente el daño, pues una vez admitida la reparación, se producirá la extinción de la acción penal y la renuncia a cualquier reclamo posterior en la vía civil ..."[9]

Volviendo al no reconocimiento o demostración de culpabilidad, es obvio que no podría registrarse junto con delincuentes a quien no lo es, sobre todo si se cae en cuenta de que en el Registro Judicial existe un registro separado para inscribir la Reparación Integral del Daño, lo cual se hace con el excluyente propósito, ya mencionado, de controlar que dicho instituto no beneficie a un mismo sujeto hasta no transcurridos cinco años desde que su aplicación, desbordando los límites temporales normados.

Dicha finalidad ha sido esclarecida por la Sala Constitucional:

"Así, si es constitucionalmente posible que se fijen límites al modelo acogido, la inscripción en función de controlar que el beneficio se otorgue dentro de sus parámetros es también viable. Tampoco es desproporcionada: contar con archivos sobre la concesión del beneficio es probablemente el único instrumento efectivo para evitar que se otorgue en contravención a las reglas legales".[10]

Sobre las consecuencias que se coligen de la anotación de la reparación integral del daño en el Registro Judicial, la Sala Tercera ha restringido la consideración al imponer vinculantemente la siguiente interpretación:

"Lo único que puede derivarse del registro dicho es que el imputado reparó en una oportunidad el daño causado por un delito, pero de ningún modo puede afirmarse que en efecto cometió el hecho punible, pues no existe una sentencia condenatoria que así lo declare". [11]

---

9 Resolución 2004-0168 de las nueve horas veinticinco minutos del veintiséis de febrero del dos mil cuatro.

10 Resolución 1998-06306, de las diecisiete horas con tres minutos del primero de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

11 Resolución 2006-00893 de las once horas quince minutos del ocho de setiembre de dos mil seis.

Los Magistrados de lo penal han confirmado el criterio así vertido, determinando que:

"la exclusiva finalidad del registro de tal tipo de medidas consiste en que sean consideradas para determinar la viabilidad legal de futuras pretensiones de soluciones alternas a los conflictos penales (…) y bajo ninguna circunstancia pueden equipararse a una condena ni acudirse a ellas para fijar una pena;".[12]

Uno de los pocos tratamientos puntillosos sobre la reparación integral del daño en atingencia a la inocencia del imputado reparador, es autoría de Javier Llobet, quien con juicio concluyente coincide con lo expuesto al sustentar que:

"basta el acuerdo entre imputado y víctima, sin que se tenga siquiera que hacer una valoración sobre la situación probatoria del asunto, resultando que ni siquiera el acuerdo implica un reconocimiento de la autoría por el imputado en cuanto a su responsabilidad".[13]

La reparación integral del daño no constituye un antecedente objetivo de culpabilidad que sugiera, siquiera indiciariamente, la existencia del hecho punible ni mucho menos y yendo aún más allá, la participación del sujeto sobreseído en lo acusado. No acepta, quien repara, responsabilidad alguna por la provocación de los daños, sino solo por su reparación.

Ha quedado dicho que la motivación del imputado para reparar puede provenir de las causas más diversas, inaprensibles de cualquier forma, siendo que con Ortega y Gasset, las circunstancias se imponen al hombre por más que este se rebele a su designio.

Esto último obliga a negar cualquier aproximación culpabilizante que se intente en torno a la reparación integral del daño, cuyo impulso original contiene subjetividades que escapan a cualquier consideración seria que se intente desde la ciencia jurídica.

"Observa la Sala que, en efecto, las motivaciones que el a quo dio a su acuerdo sobre la pena y, en particular, las referencias a la reparación integral del daño que dos de los justiciables hicieron en otros procesos, son ilegítimas. La Sala no puede compartir el criterio del representante del Ministerio Público, quien, al atender la audiencia conferida con motivo de esta revisión, afirma que las reparaciones integrales pueden considerarse "antecedentes objetivos", válidos para incidir en la determinación de la pena".

Para ampliar los más altos jueces penales el sentido de su propio dicho, esbozan el siguiente razonamiento en plena coincidencia con la línea aquí defendida:

---

12 Resolución 2004-00017 de las ocho horas cincuenta minutos del veintitrés de enero de dos mil cuatro.

13 Javier Llobet Rodríguez. *Código Procesal Penal Comentado.* Editorial Jurídica Continental, Segunda Edición, 2003. Página 107.

"Debe recordarse que el presupuesto de medidas como la que se comenta (reparación integral del daño) no es la certeza sobre la culpabilidad del acusado y, por ello, pretender que se le asignen efectos jurídicos análogos a los de una condena, vulnera el principio de legalidad penal. Lo único que puede derivarse del registro dicho es que el imputado reparó en una oportunidad el daño causado por un delito, pero de ningún modo puede afirmarse que en efecto cometió el hecho punible, pues no existe una sentencia condenatoria que así lo declare". [14]

Precisamente por esto, es que *"el juzgador debe tener un cuidado especial en la interpretación de la norma que está aplicando"*, según concluye el recordado jurista Henry Issa El Khoury en su artículo "La reparación del daño como causal de extinción de la acción penal".[15]

Cualquier intento de contradicción con el orden así dispuesto implica la violación flagrante del principio de legalidad penal que es, a fin de cuentas, la camisa de fuerza que garantiza a todo ciudadano el comedimiento de la fuerza punitiva estatal, e incluso, en un segundo grado, de la sed de venganza o simple mala intención que revela ciertos enconos personales rayanos en la insensatez que bien pueden redundar en la instrumentalización del sistema penal.

Confundir una reparación de carácter civil con un reconocimiento de culpa en sede penal es un error tan básico como impermisible considerando lo supuesto por la más reputada doctrina alemana, personificada al efecto por Claus Roxin, quien al tratar específicamente este tema, afirma: "Si el jurista tiene hoy dificultades para familiarizarse con la idea de que la reparación (…) podría reemplazar a la pena total o parcialmente, ello se vincula con la separación estricta del derecho Penal y Derecho Civil, que hoy nos parece casi evidente".[16]

Desconocer la separación entre la acción civil y la acción penal, supone confusiones inaceptables que irrogan alcances excesivos a figuras propias del proceso penal como la reparación integral del daño según se ha delimitado en base a la dogmática, jurisprudencia y normativa vigente.

En atención a un mínimo garantista, las limitaciones de la reparación integral del daño impiden cualquier ajusticiamiento extemporáneo y extraprocesal que se intente contra un inocente que, precisamente en resguardo de ese estado primigenio y sabido de la limitadísima implicación del instituto de reparación integral del daño como medida alternativa al juicio penal, ha optado por limitar toda la discusión a una simple transacción monetaria que conlleva al sobreseimiento

---

14 Resolución 2006-00893 de la Sala Tercera, a las once horas quince minutos del ocho de setiembre de dos mil seis.
15 Derecho Procesal Penal Costarricense, 2007. Página 759.
16 Claus Roxin. *"La Reparación en el sistema de los fines de la pena"* citado por Henry Issa, 2007.

definitivo, relevante de toda responsabilidad penal o civil.

Por principio básico de inocencia, garantía añeja que se torna, irónicamente, cada vez más necesaria, "mientras el acusado no haya sido declarado culpable a los ojos del juez, nadie tiene derecho a tratarlo como culpable".[17]

"Tratarlo como culpable" equivale a signarlo ante los ojos de terceros y por cualquier forma o medio de alguna seña que signifique o implique la participación delincuencial, si quiera indiciaria, de un inocente.

Por ejemplo, inscribir a un sobreseído en un Registro Judicial de Delincuentes, es una grosera desatención al significado del sobreseimiento definitivo y aún más, del alcance protectivo que supone el principio de inocencia, sobre el que se vuelca ahora, a modo de cierre, la atención de este trabajo.

Principio de inocencia y reparación integral del daño

Históricamente, las nociones jurídicas en torno a la inocencia de los justiciables cargan un peso ideológico inocultable. Tan es así, que modernamente se ha superado las visiones maquiavélicas y hobbesianas sobre la humana predisposición natural hacia la maldad, para dar cabida a la defensa del ser humano como encierro de bondad, al menos hasta que se demuestre lo contrario.

Ello en una aproximación más roussoniana

Defender así, en defensa del derecho penal liberal y en detrimento del derecho penal autoritario, que para el contrato social es preferible soportar a cien culpables libres que a un solo inocente preso, es la declaración de civilidad más significativa que debe prevenir la práctica de todo sistema penal. Tal como lo argumenta Ferrajoli: "No se puede sacrificar la libertad de un hombre de quien no se haya verificado la responsabilidad penal al interés o la voluntad de todos"[18]

La presunción de inocencia rebaza el sentido de la no culpabilidad, expresión un tanto más tímida del mismo principio que defiende cierta sección doctrinaria argumentando que si bien el imputado no es culpable, tampoco ha de ser tenido por inocente, dado que "por algo" se le ha sometido a la criba penal. Esta posición parte de la noción de maldad intrínseca, indefendible ideológicamente en tiempos modernos.

En Costa Rica es claro que lo que ha vencerse en juicio no es el prurito de no culpabilidad sino la condición de inocencia constitutiva de otros derechos propios del marco referencial de todo Estado de Derecho conocido como debido proceso.

Ello supone que la sola condición de imputado produce variadas consecuencias, entre las que se cuenta que debe ser considerado como inocente y que por tanto mientras no se determine su culpabilidad en sentencia firme no puede distinguirse odiosamente entre inocentes, siguiendo el principio general de imposibilidad

---

17 Jean Paul Marat citado por Javier Llobet en *Derecho Procesal Penal*, Tomo II. Editorial Jurídica Continental, San José, 2005. P. 142.

18 Luigi Ferrajoli citado por Javier Llobet Rodríguez, 2005.

hermenéutica de diferenciar ahí donde la ley no diferencia. En otras palabras, no puede hacerse una diferenciación entre el absuelto con base en el in dubio pro reo, el liberado de toda culpa a causa de la prueba que, ejercido el derecho de defensa, ratifica su inocencia, o bien, el que reparó integralmente el daño o concilió y con ocasión de ello fue sobreseído.

Por obvia consecuencia, anotar a un imputado cuya inocencia, además, ha sido ratificada mediante un sobreseimiento definitivo, en un registro llamado de "Delincuentes" sería ilegal y más aún insoportable para la univocidad del derecho de la Constitución interpretado en lo conducente: *"Ninguna persona puede ser considerada como culpable mientras no haya en su contra una sentencia conclusiva firme, dictada en un proceso regular y legal que lo declare como tal después de haber destruido o superado aquella presunción".*[19]

La garantía procesal en que se compone el principio de inocencia, ha sido tratada por el constitucionalista Rubén Hernández al anotar que "si hay que demostrar la culpabilidad del imputado, es porque la norma constitucional presupone un estado de inocencia a favor suyo, aunque existan indicios en contrario".[20]

En aúno al artículo 39 de la Carta Política costarricense, cuyo texto no es expreso en cuanto al principio de inocencia, viene bien citar el artículo 11 del inciso 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos que evita las presunciones e interpretaciones al declarar con sentido unívoco: *"Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se compruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias a para su defensa".*

In extenso, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la presunción de inocencia encuentra arraigo en la Declaración francesa de derechos del hombre (artículo 9), resultado directo de la Revolución Francesa, en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 5 inciso 4), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 10 inciso 2), sin descontar numerosos instrumentos regionales e incluso de la Organización de Naciones Unidas que reparan en este principio, en cuenta: Reglas de la Unión Europea y de la Organización de Naciones Unidas para el tratamiento de prisioneros, así como varios instrumentos similares destinados más particularmente a la protección de menores de edad encarcelados.

Es interesante, por esclarecedora, la circular 54-2006 del Consejo Superior del Poder Judicial que, acogiendo las recomendaciones de la Comisión de la Jurisdicción Penal, resolvió vinculantemente para todos los Despachos que conforman la Jurisdicción Penal, en sesión 17-06 del 9 de marzo del 2006, que *"debe limitarse la certificación de ambos institutos procesales a efectos judiciales únicamente",*

---

19 Resolución 1739-92 de la Sala Constitucional, dictada a las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

20 Rubén Hernández Valle. *Constitución Política de la República de Costa Rica (comentada y anotada*). Editorial Juricentro, San José, 2007. Página 140.

en clara referencia a la reparación integral del daño y la suspensión de proceso a prueba.

El propósito de tal acierto judicial queda explicado al reparar en que "*existe un interés jurisdiccional en llevar un registro de la aplicación de ambos institutos pues solo puede aplicarse una vez a un mismo sujeto, pero no existe ninguna razón por la cual dicha información deba comunicarse a terceros, porque sobre quienes se han sometido a dichas medidas no ha recaído ninguna sentencia condenatoria e incluso, podría caerse en el absurdo de certificar para efectos laborales que alguien se ha sometido a una suspensión del proceso a prueba* –o a una reparación integral- *(lo que eventualmente le impediría obtener un empleo) y luego se reanudaran los procedimientos en su contra y resultase absuelto en debate por el hecho acusado".*

Quedando claro que ni siquiera cabe la certificación a terceros de lo que consta en el Registro Judicial en relación a estos institutos, se fortalece la tesis de que el resguardo del estado material de inocencia que debe asegurarse a todo ciudadano inicia con su inscripción correcta, eliminando toda posibilidad de matriculas indebidas de sobreseídos en el Registro Judicial de Delincuentes.

Si a fin de cuentas todo error proviene de una exclusión, mal se hace con reprimir el ímpetu componedor de las partes en un proceso penal limitando el sentido o alcance del principio de inocencia al otorgar a la anotación necesaria en el Registro Judicial sentidos excluidos por la razonabilidad y legalidad penal, en clara contraindicación al Derecho de la Constitución y los Derechos Humanos cuya elevación se muestra hoy fuera de toda discusión.

Bibliografía

Acuña, Gina. *Responsabilidad civil por daño ambiental.* Editorial Jurídica Continental, San José, 2005.

Castillo, Francisco. *Las teorías de la acción en materia penal.* Editorial Jurídica Continental, San José, 2005.

Beccaria Cesare. *De los delitos y de las penas.* Editorial Temis, Bogotá, 1994.

Issa Henry. Derecho Procesal Penal Costarricense. Asociación Costarricense de Ciencias Penales, San José. 2007.

Llobet Javier. *Proceso Penal Comentado.* Editorial Jurídica Continental, Segunda Edición, 2003.

Llobet, Javier. *Derecho Procesal Penal.* Tomo I. Editorial Jurídica Continental, San José, 2005.

Roxin Claus. *"La Reparación en el sistema de los fines de la pena"* citado por Henry Issa, 2007.

Valle Rubén. *Constitución Política de la República de Costa Rica (comentada y anotada*). Editorial Juricentro, San José, 2007.

Sentencia 1739-92 de la Sala Constitucional, dictada a las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

Sentencia 1998-06306 de las diecisiete horas con tres minutos del primero de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

Sentencia 2004-0168 de las nueve horas veinticinco minutos del veintiséis de febrero del dos mil cuatro.

Sentencia 2004-00017 de las ocho horas cincuenta minutos del veintitrés de enero de dos mil cuatro.

Sentencia 2006-00893 de las once horas quince minutos del ocho de setiembre de dos mil seis.

Sentencia 2006-00893 de la Sala Tercera, a las once horas quince minutos del ocho de setiembre de dos mil seis.

REFLEXIONES EN TORNO AL MANDATO MERCANTIL EN EL DERECHO COSTARRICENSE

Lic. Yaruma Vásquez Carrillo
Especialista en Derecho Comercial UCR.

SUMARIO

1. Funcionalidad de los institutos jurídicos.
2. Confusión histórica entre las figuras de mandato y representación.
3. Sobre el mandato mercantil como instituto autónomo distinto del mandato civil.
4. Perspectiva del contrato de mandato en el derecho costarricense.
   a. Mandato Civil.
   b. Mandato mercantil.
      - Comisión.
      - Factor.
      - Dependientes
      - Algunas referencias aisladas sobre la utilización del mandato.
      - Carta-poder.

c. Representación orgánica y voluntaria de las sociedades mercantiles.
d. Inscripción de los contratos de mandato en el Registro Público.

5. El contrato de mandato en el Derecho Comparado.
   a. Italia.
   b. España y Honduras.
   c. Chile.
   d. Francia.
6. Necesaria modernización del contrato de mandato.

1. Funcionalidad de los institutos jurídicos.

Como antesala para analizar posiciones encontradas con respecto a algún instituto jurídico, y mucho antes aún de adentrarse en la aventura de elaborar eventuales propuestas de reforma legislativa, e incluso si se pretende proponer un cambio en la interpretación del derecho positivo, no debemos perder de vista que el derecho aislado de la realidad carece de toda trascendencia. Aquello en lo que debemos enfocar la vista, el estudio y el esfuerzo es en el derecho vivo, el derecho aplicado a las realidades sociales, a solventar los conflictos que se presentan en un determinado contexto; de lo contrario, las respuestas óptimas y realmente significativas serían pasadas por alto, lo cual resultaría sumamente lamentable.

El Derecho Comercial, por su parte, ha sido una rama del Derecho indisolublemente ligada a las necesidades presentes en la realidad, en el comercio, de allí incluso que su nacimiento se repute intrínsecamente ligado a la praxis: la historia del Derecho Comercial la encontramos precisamente en la historia del comercio.

El Derecho Comercial costarricense ha sido puesto a prueba por el desarrollo del comercio, y a pesar de que en Costa Rica no tenemos un mercado de la magnitud de los existentes en las grandes potencias europeas, asiáticas y americanas, las relaciones comerciales actuales hacen inminente un

cambio significativo en el desarrollo del derecho comercial nacional. En el mejor de los panoramas podríamos abogar por cambios a nivel legislativo; sin embargo por la quimera que ello representa, un desarrollo jurisprudencial con respaldo de una doctrina sólida, consecuente y actualizada podrían constituir, ya de suyo, un importante avance.

En principio, el Derecho Mercantil ha sido concebido como un derecho especial[1] frente al derecho civil[2], lo cual ha llevado a un desarrollo eminentemente civilista del derecho privado, etapa que nuestro país aún no parece haber superado, ni a nivel legislativo ni mucho menos en el seno de los Tribunales de Justicia. Sin embargo, en la actualidad, el Derecho Comercial puede concebirse como la rama del Derecho Privado que probablemente más relación tiene con las actividades cotidianas de la sociedad, con una utilidad práctica mucho mayor a la que puede reputársele al Derecho Civil, lo que ha llevado a la reinterpretación de varios institutos jurídicos a la luz del Derecho Mercantil, fenómeno que algunos han denominado *comercialización del Derecho Privado*[3].

Resulta procedente comenzar la presente exposición retomando el concepto que Fritz Von Hippel denominó *Antwortfunktion*, el cual puede definirse como la función de los ordenamientos jurídicos de dar una respuesta o solución a una serie de conflictos que se presentan en la sociedad[4]. En este orden de ideas, siendo que el Derecho Comercial se entiende como "*aquella parte del derecho privado que tiene por objeto principal regular las relaciones jurídicas que dimanan del ejercicio del comercio*"[5], deberá entonces brindar soluciones a los conflictos que se presenten en el comercio.

Debemos recordar que la noción de especialidad del derecho mercantil ha implicado que las normas de derecho civil se apliquen supletoriamente a las situaciones no previstas por la legislación mercantil. Así, una normativa mercantil que presente vacíos, y que incluso se haya permitido dejar de lado la regulación de algunos institutos jurídicos, implicaría necesariamente la aplicación supletoria de normas de derecho civil (C de C art. 2 y CC art. 14), con los problemas prácticos que ante algunas situaciones ello podría implicar, toda vez que regularmente las normas civiles no prevén en sí mismas la rapidez, celeridad y otras particularidades que requiere el tráfico mercantil, con lo que se podría estar imponiendo trabas y dificultades innecesarias al desarrollo del comercio. De manera que resulta más apropiado que, para el tratamiento de conflictos puntuales

---

1 TORREALBA, Octavio-KOZOLCHYK, Boris. Curso de Derecho Mercantil. Editorial Juritexto. 2 Ed. Pp. 35-36.

2 "*La forma más representativa del Derecho Privado es el denominado Derecho Civil, considerado como tal aquel que regula a la persona en sus manifestaciones primarias (…) puede decirse que el Derecho Civil es el Derecho fundamental dentro del Derecho Privado que a manera de tronco común sirve de sustento a las numerosas ramas que de él se han desprendido y que en él encuentran su razón de ser*". RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, "Contratos Bancarios. Su significación en América Latina", Legis; 5 Ed., Bogotá, Colombia, 2002, Pág. 14.

3 RODRÍGUEZ AZUERO, S., op. cit. en nota anterior, págs. 16-17.

4 DIEZ-PICAZO, Luis, "La Representación en el Derecho Privado", Editorial Civitas S.A., España, Madrid, 1979, pág. 23.

5 VIVANTE, Cesare, "Derecho Mercantil", Traducido por Francisco Blanco Constans, Valleta Ediciones, 2005, pág. 13.

presentes en las prácticas mercantiles -no así necesariamente en lo que a la regulación general se refiere, entiéndase teoría de las obligaciones, voluntad en los negocios jurídicos, etc.-, exista regulación mercantil suficiente para resolverlo.

2. Confusión histórica entre las figuras de mandato y representación.

En la evolución del instituto del mandato ha prevalecido, tanto a nivel legislativo como en gran parte de la doctrina, una perenne confusión entre los conceptos de mandato y representación; confusión que ha traído, entre otras consecuencias, mucha incertidumbre con respecto a la autonomía del mandato frente a la representación, arguyéndose que el contrato de mandato es aquel por medio del cual una persona realiza actos jurídicos[6] (hay quienes admiten también la existencia del mandato respecto de la ejecución de actos materiales) en nombre y por cuenta de otro, de lo que parece desprenderse una fusión entre ambas figuras.

Cesare Vivante define el contrato de mandato como "*un contrato por el cual uno de los contratantes confiere a otro el poder de representarlo, es decir de actuar en su nombre y por su cuenta con un tercero*"[7]. En este sentido los efectos de la actuación del mandatario, realizados dentro de los límites del mandato, obligan directamente al mandante.

Asimismo, en una recopilación del año 1982 de detallados comentarios al Código de Comercio italiano, realizada por un significativo grupo de destacados juristas italianos, y dirigida por los Profesores Bolaffio, Vivante y Rocco, respecto del contrato de mandato, RAMELLA afirma que "*en el mandato el mandatario asume en virtud del contrato el trato de negocios en nombre y por cuenta del mandante*"[8], criterio que por supuesto resultaba coherente con la legislación de la época [9] [10]. Sin embargo, a pesar del enfoque y definición general que se le da a la figura del mandato, sí pareciera encontrarse en este autor la noción de que es posible la existencia del mandato sin representación, al referirse a la existencia de un mandato que solamente es susceptible

---

6 En este sentido se ha afirmado que el mandato se refiere exclusivamente a la realización de actos jurídicos, siendo éstos negocios jurídicos o actos procesales, toda vez que para la realización de actos meramente materiales prevalece la figura del contrato de locación de obra. Al respecto ver RAMELLA, Agustín, "Derecho Comercial. Del contrato de cuenta corriente, del mandato y de la comisión", Tomo X, Volumen I, traducido por Rodolfo O. Fontanarrosa. Ediar Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, Argentina, 1951.

7 Op. cit. en nota 5, pág. 184.

8 Op. cit. en nota 6, pág. 257.

9 Código de Comercio. Artículo 349: *El mandato comercial tiene por objeto el trato de negocios comerciales por cuenta y en nombre del mandato,* citado por RAMELLA, A., op. cit. en nota 6, pág. 257.

10 Adelante se evidenciará un claro cambio legislativo en cuanto a la noción del contrato de mandato, pues se observa que el actual Código Civil italiano (texto que subsume las material civil y comercial bajo el nombre de la primera) sí diferencia con claridad la figura de mandato de la de la representación, siendo que ambas pueden coincidir o no en una determinada relación jurídica, pero sin ser la representación una característica definitoria del contrato de mandato propiamente dicho.

de producir efectos entre mandante y mandatario[11], y al explicar el funcionamiento de la representación en materia societaria, en cuanto expone la posibilidad de la existencia de lo que denomina el *simple mandato*, a saber, aquel que no faculta al mandatario con poderes de representación [12].

Igualmente, a nivel nacional el destacado jurista Alberto Brenes Córdoba ha explicado la razón de ser del contrato de mandato (civil) desde la perspectiva de delegar en otra persona la propia representación. Considera este autor que el sentimiento de confianza en el cual se inspira la creación de un contrato de mandato es el que lleva a un sujeto "… *a depositar en otro su representación para un acto o una serie de de ellos relativos a la vida civil, invistiéndole al efecto de algunos de los atributos de su propia personalidad*"[13]. Siendo el objeto de estudio del mencionado autor exclusivamente visión del derecho positivo civil vigente, puede entenderse en alguna medida la mezcla que se hace entre la noción de la representación y la del mandato. Ello aunado a que incluso esta confusión se encontraba manifiesta ya en muchos otros textos doctrinales, a lo cual se añade la falta de delimitación conceptual de ambas figuras en el derecho positivo vigente de otras naciones, siendo que incluso en el caso de Costa Rica, nuestro Código Civil solamente prevé, de manera expresa, la existencia del mandato representativo, de manera que era previsible la confusión entre lo que es un posible negocio que acompañe o surja a partir del contrato mandato (otorgamiento de facultades de representación) y lo que vendrá a ser una característica definitoria del mismo (actuación por cuenta ajena).

En textos más recientes se puede identificar todavía esta imprecisión entre el instituto del mandato y la representación; así ETCHEVERRY afirma que "*el mandato es básicamente un contrato de colaboración, por el cual el titular de un negocio jurídico, encomienda al mandatario la realización de determinados actos jurídicos, en su nombre y representación*"[14]. Este concepto incluso deja de lado la característica de **actuar por cuenta de otro**, limitando el contrato de mandato a la presencia de las facultades de representación. Se percibe entonces al contrato de mandato como un contrato que genera la representación como una forma de actuar frente a terceros. Así, se reconoce una diferencia conceptual entre ambas figuras, pero prevaleciendo una línea causa-objeto entre ambas: "*Mandato y representación se diferencian o distinguen en que el primero es el contrato que genera a la segunda, siendo ésta la forma de actuar frente a terceros*"[15].

---

11 "*el mandato extiende su influencia también a las relaciones externas, es decir, respecto de terceros que entraron en relación con el mandatario. Pero no todo mandato contiene poderes semejantes, porque a menudo las funciones del mandatario (…) son restringidas a las relaciones internas entre mandante y mandatario*", op. cit. en nota 6, pág. 261.

12 RAMELLA, A., op. cit. en nota 6, pp. 146-148.

13 "Tratado de las obligaciones y de los contratos", Imprenta Nacional Trejos, San José, Costa Rica, 1923, pág. 475.

14 Raúl Aníbal. "Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte Especial", Tomo II, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1994, pág. 35.

15 ETCHEVERRY, R. A., op. cit., pág. 38.

Las afirmaciones de ETCHEVERRY se ven levemente atemperadas en virtud de la referencia que hace a algunos criterios jurisprudenciales que conciben a la representación como un rasgo característico, pero no esencial, del mandato[16], abriéndose un portillo a la existencia de un mandato sin representación, también referido como *mandato oculto*, en el cual se actúa por cuenta de otro pero en nombre propio (conclusión lógica; sin embargo el mencionado autor en un inicio deja de lado precisamente la noción de actuación por cuenta ajena, vicio que no necesariamente podría subsanarse de la manera tan pacífica que proponemos).

En este sentido el autor, al hacer referencia al contrato de comisión, en el cual no existe representación, no lo considera un tipo de mandato, sino que lo define como una figura contractual autónoma frente al mandato comercial, y diferente a éste, ello como derivación del derecho positivo argentino vigente en aquel momento: "*el mandato se da cuando el que administra el negocio obra en nombre de la persona que se lo ha encomendado, caso en el cual existe estrictamente representación. Mientras que la comisión o consignación regulada por dicho artículo (artículo 222 del Código de Comercio) se da cuando la persona que desempeña por otros, negocios individualmente determinados, obra a nombre propio o bajo la razón social que representa (…) aquí no hay representación*"[17] (Lo escrito entre paréntesis no pertenece al original. De manera que resta por saber que consideraría este autor que le queda al contrato de mandato cuando no está unido a la figura representativa.

Igualmente BAUCHE ha identificado la diferencia entre el mandato mercantil y la comisión, en cuanto que el primero se refiere a la actuación en nombre y por cuenta ajena, mientras que en la comisión la actuación es por cuenta ajena pero en nombre propio. En este sentido, el mencionado autor señala que cuando el artículo 285 del Código de Comercio del México señala que "*cuando el comisionista contratare expresamente en nombre del comitente, no contraerá obligación propia rigiéndose es este caso sus derecho y obligaciones, como simple mandatario mercantil, por las disposiciones del derecho común*", queda expuesta de manera *inequívoca* la diferencia entre la comisión -no representativa- y el mandato mercantil -mandato mercantil representativo-, aplicándose el Código de Comercio al primero y el Código Civil al segundo, por no existir regulación mercantil expresa referente al mismo[18]. Podemos compartir el criterio de BAUCHE con respecto a que la comisión *no es representativa*, sin embargo no podríamos afirmar, como lo hace ese autor, que "*el mandato mercantil si lo es*"[19], sin negar la

16 Ibíd., pág. 42.
17 Ibíd., pág. 47.
18 BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, "La Empresa. Nuevo Derecho Industrial, contratos comerciales y sociedades mercantiles", Editorial Porrúa S.A., México, 1977, pp. 228-230.
19 Ibid., pág. 230.

responsabilidad que debe atribuírsele a la confusión que permite la redacción del artículo citado, confusión que debería ser criticada por la doctrina, más no apadrinada por ella.

La representatividad como característica integrante del contrato de mandato ha sido expresada también por RUGGIERO, quien define al mandato como un "*encargo conferido a una persona para que realice por cuenta nuestra y a nuestro nombre uno o varios negocios jurídicos, de modo que los efectos del negocio realizado se enlacen a nuestra persona como si nosotros mismos lo hubiéramos efectuado*"[20].

Igualmente, RODRÍGUEZ AZUERO percibe a la representación como unida al contrato de mandato, partiendo de que en virtud del mandato se actúa por cuenta y en nombre de otro. Sin embargo, nos llama la atención que, a pesar de mezclar ambas figuras al hacer una delimitación conceptual inicial, este autor sí reconoce la existencia de dos tipos de mandato: el mandato representativo y el mandato no representativo, al cual denomina comisión[21], dejando claro su criterio en cuanto a que el mandato en su forma primera es *representativo.*

Un interesante punto que destaca RODRÍGUEZ AZUERO radica en la predominancia que en el ámbito civil ha tenido la representación, al existir una tendencia en la legislación civil de contemplar exclusivamente la presencia del mandato representativo, situación que no se ha percibido en la materia comercial, en la que sí ha parecido reconocerse con mayor claridad la posibilidad de existencia de un mandato no representativo[22], lo cual sucede, podríamos añadir, en virtud de la naturaleza misma del Derecho Comercial, que surge precisamente para regular una actividad y se adapta por ello a las necesidades prácticas de la misma.

A nivel nacional, los Licenciados Juan Carlos Rodríguez Cordero y Dagoberto Sibaja Morales, parecieran partir de la noción de un mandato como figura representativa, lo cual se denota cuando afirman: "*solo por convenio -es decir, contrato- se puede constituir el mandato. Lo anterior a diferencia de otras formas de representación*"[23] (el subrayado no pertenece al original). A criterio de los autores citados la representación vendría a constituir la fase externa del contrato de mandato. No obstante, creemos que sí se percibe la existencia de un mandato sin representación, dándose de ejemplo para tal caso el contrato de comisión,

---

20 RUGGIERO, citado por RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, op. cit. en nota 2, pág. 738.

21 Si bien es cierto ha sido usual, tanto a nivel de doctrina como de derecho positivo, el denominar comisión al mandato no representativo, ello no resulta del todo preciso, ya que la comisión es un tipo particular de mandato no representativo; sin embargo ello no obsta que pueda identificarse la existencia de otros contratos de esta naturaleza distintos de la representación.

22 Algunos autores sostienen que en los casos como la comisión que se reputan como mandato sin representación lo que existe es una representación indirecta, toda vez que luego el mandatario se encuentra obligado a transferir los efectos del acto realizado al mandante. Sin embargo, algunos autores como ETCHEVERRY, no se encuentran seguros con respecto a la validez de la figura de la representación indirecta.

23 "Contratos Privados Registrables", Investigaciones Jurídicas. S.A., San José, Costa Rica, 2001, págs. 154, 158-159.

de manera que pareciera que la noción de mandato como contrato representativo realmente no resulta armónica con respecto al texto, ya que no se puede extirpar de un concepto aquello que se había señalado como un elemento principal y definitorio, pues no sería lógico; lo que sí podríamos eliminar o sustituir son los elementos adicionales, o incluso accidentales.

Díez Picazo[24] ubica esta confusión que se ha presentado entre las figuras de mandato y representación en la evolución histórica que estas tuvieron a partir del Derecho Romano. Así, en el Derecho Romano no se concebía la posibilidad de que las actuaciones del gestor pudieran producir efectos de manera directa ni en el patrimonio ni en la esfera jurídica del *dominus negotii*, de manera que existieran dos contrataciones: la realizada entre el gestor y el tercero y la transmisión de los efectos de tal contrato que luego el gestor debía realizar al *dominus negotii*.

Es en esta relación entre el *dominus negotii* y el *gestor*, donde se ubica el contrato de mandato, y donde a su vez se encuentra lo que puede denominarse la gestión representativa, ya que si bien no existe representación estrictamente hablando (entiéndase representación directa) es a través de esta modalidad de contratación como se obtienen los efectos de la representación en el sistema romano.

Siendo así, los resultados empíricos de lo que en el derecho moderno se denomina representación se conseguían por medio del mandato, y es por esto que por mucho tiempo, tanto la normativa como la doctrina del mandato han sido *sedes materiae* de los problemas de la gestión representativa. Nos parece que es precisamente allí donde puede decirse que nace esta confusión entre ambas figuras.

En el mismo orden de ideas LABAND ha sostenido que "*nada ha sido tan perjudicial (…) para el verdadero concepto de la representación y para la construcción jurídica de esta institución como la confusión de la representación con el mandato a que dio ocasión el Derecho Romano*"[25].

Algunos autores nacionales ya han considerado la separación entre el mandato y la representación, así, KOZOLCHYK y TORREALBA definen al mandato como el contrato en el que "*una parte, llamada «mandatario», se obliga a realizar uno o más actos jurídicos -generalmente contratos- por cuenta de la otra parte, llamada «mandante*»" [26]

De acuerdo a lo expuesto por KOZOLCHYK y TORREALBA podría afirmarse que la limitación conceptual del mandato civil en el Código Civil costarricense, en cuanto a la exclusión de la figura del mandato no representativo, se deriva de la noción del mandato presente

---

24 Luis, op. cit. en nota 4, pp. 23-38 y 65.
25 DÍEZ-PICAZO, Luis. op.cit. en nota 4, pág. 36.
26 KOZOLCHYK B.-TORREALBA O., op. cit. en nota 1, pág. 316.

en el derecho positivo francés, toda vez que el artículo 1984 del Código Civil francés reza: "*El mandato o procuración es un acto por el cual una persona confiere a otra poder para hacer algo para el mandante y en su nombre. El contrato solo se forma por la aceptación del mandatario*"[27], noción que fue seguida por algunas legislaciones latinoamericanas, como por ejemplo, la boliviana, la argentina y, por lo visto, la nuestra.

En este sentido los autores citados reconocen la existencia del mandato sin representación, ejemplo del cual son los contratos de comisión y agencia.

Esta adecuada determinación conceptual del contrato de mandato ha sido expuesta también por otros autores, quienes han cambiado el eje definitorio del contrato de mandato, reconociendo en la modalidad de *por cuenta ajena* el punto de partida o característica básica de la definición desligada de la modalidad de *en nombre ajeno*.

Así, en algunos textos más recientes se presenta con mayor claridad la naturaleza del contrato de mandato: "*en el mandato el mandatario adquiere la facultad de actuar por cuenta del mandato si bien no necesariamente en su nombre, mientras que en la representación, el representante no resulta en principio obligado a nada, más adquiere, sin embargo, la facultad de obrar por cuenta y en nombre de otro*" [28] [29].

Volviendo al desarrollo nacional en la doctrina del contrato de mandato, resulta imperioso señalar el criterio que ha sido externado por el profesor CERTAD en varias oportunidades, quien ha afirmado que "*de acuerdo a la mejor doctrina, el mandato es un contrato en virtud del cual una persona denominada mandante, encarga a otra, denominada mandatario, la realización por su cuenta, de uno o más actos jurídicos*"[30].

3. Sobre el mandato mercantil como instituto autónomo frente al mandato civil.

Para la delimitación de la mercantilismo del contrato de mandato se han desarrollado diversas posiciones, notándose mayor acuerdo con respecto al criterio según el cual la denominación de comercial con respecto a un contrato de mandato responde a la naturaleza del negocio que constituye el objeto del contrato[31], entendiendo así al mandato mercantil como aquel que tiene por objeto exclusivamente la realización de actos

---

27 Code Civil. http://www.legifance.gouv.fr

28 R. MÉNDEZ-E. VILLALTA, "Acciones sobre el contrato de mandato", 2da Ed., Editorial Bosch, Barcelona, España, 2001, pág. 7.

29 En el mismo sentido ver: AULETTA, Giuseppe-SALANITRO, Niccolò, "Diritto Commerciale", 15ª Edizione, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 2006, pp. 453-459.

30 Gastón, "Crítica a una posición administrativa y jurisdiccional acerca de los actos mercantiles susceptibles de inscripción registral verdaderamente preocupante", en Revista Ivstitia, Nº 123, Año 11, pp. 9-12.

31 Op. cit., pág. 184. En el mismo sentido ver ETCHEVERRY, op. cit. en nota 14, pp. 46-47.

de comercio[32], añadiéndose también para el criterio de algunos estudiosos la condición de comerciante del sujeto que emite el acto o de quien constituye el contrato [33].

La determinación de la naturaleza civil o mercantil de un contrato de mandato implica varias cuestiones trascendentales, derivadas de las distinciones de fondo entre ambas ramas del Derecho Privado.

Hace más de un siglo VIVANTE distinguía una particularidad del mandato mercantil, la cual refiere como la ***natural extensión del mandato comercial***, toda vez que éste "*comprende todos los actos necesarios para la ejecución del negocio principal*"[34], característica que no resulta en lo más mínimo antojadiza, sino que más bien responde precisamente a las necesidades de la actividad comercial, considerando este insigne jurista que esta característica encuentra su asidero y justificación en la confianza y la rapidez que predominan en las relaciones de naturaleza comercial.

Asimismo, a nivel de derecho positivo, una característica que ha acompañado a los contratos de mandato mercantiles es la presunción de onerosidad[35] de los mismos; mientras que el mandato civil, al identificarse más cercano a la noción que nace en el derecho romano basada exclusivamente en la confianza, se reputa generalmente gratuito.

La misma noción de gratuidad del mandato civil, denota que no fue creado para responder a las necesidades del tráfico mercantil. Así, la regulación del mandato civil suele dejar de lado algunos aspectos determinantes del mandato tal y como se presenta en el comercio, aspectos que se encuentran previstos en otras legislaciones distintas a la nuestra, como por ejemplo la noción de irrevocabilidad, las causales de extinción del contrato (en cuanto existen algunas que responden más a la necesidades del tráfico mercantil), la delimitación de los límites de la actuación de mandatario (siendo que la rigidez no resultaría óptima para un mandatario que debe llevar a cabo actos de comercio), entre otros.

Ahora, resta por determinar igualmente si todas estas particularidades son únicamente posibles a partir de la delimitación clara, precisa y diferenciada de un mandato mercantil, incluyéndolo así en nuestro Código de Comercio, o si debiéramos más bien desempolvar un poco el Código Civil ya que al fin y al cabo, en vía supletoria, se terminará aplicando a situaciones mercantiles.

32 ETCHEVERRY, R. A., op. cit. en nota 14, pág. 46.

33 "*La mercantilidad del contrato deriva de distintas circunstancias según las legislaciones, pero se vincula a que el mandatario sea comerciante, en unos casos, y, en particular, a que el objeto del mandato esté constituido por la realización de un acto jurídico comercial*", RODRÍGUEZ AZUERO, S., op. cit. en nota 2, pág. 40. En el mismo sentido ver artículo 244 del Código de Comercio español.

34 Op. cit. en nota 5, pág. 185.

35 En Costa Rica sin embargo, de acuerdo con el artículo 1258 del Código Civil, el mandato no se presume gratuito.

4. Perspectiva del contrato de mandato en el derecho costarricense.

a. Mandato Civil

El legislador costarricense de 1888 reguló únicamente un solo mandato, precisamente el llamado representativo, lo cual no resulta sorpresivo, ya que en aquella época prevalecía con bastante arraigo una confusión entre el mandato y la representación, confusión que lamentablemente no se encuentra completamente extinguida al día de hoy. De manera que dentro de las posibilidades de nuestro legislador de la época, y del desarrollo jurídico de la Costa Rica del siglo XIX, lo ocurrido era no lo más feliz pero sí esperable.

Es así como nuestra legislación civil vigente, y de supletoria aplicación en materia mercantil, prevé exclusivamente el mandato representativo, lo cual se infiere de su normativa general, ya que no existe una norma puntual que así lo defina, distinto a lo que sucede en Francia, por ejemplo, donde su *Code Civil* regula el mandato o procuración [36].

Una particularidad bastante llamativa de nuestra legislación civil es la existencia de cuatro tipos de mandatos o poderes[37] (todos dentro de la concepción del mandato representativo y sin y sin incluir los mandatos judiciales que quedan fuera de nuestra exposición): ***general***, que solo faculta para la realización actos de administración; ***generalísimo[38],*** que incluye también actos de enajenación (pudiendo referirse ambos mandatos a uno, algunos o todos los negocios *del* mandante); ***especial***, otorgado para determinado acto jurídico en particular; y ***especialísimo***, para los actos que la ley exige que sean realizados por el titular del derecho, como la celebración del matrimonio, por ejemplo. División que pareciera haber sido elaboración exclusiva de nuestro legislador del 88, lo cual de suyo ya despierta algunas sospechas acerca de la pureza de esta concepción.

Con respecto a los actos y facultades comprendidas en cada uno de los tipos de mandato apenas citados, la jurisprudencia patria ha seguido el criterio de nuestro ilustre exegeta Don Alberto Brenes Córdoba quien afirma que "*El sistema enumerativo*

---

36 "Le mandat ou procuration est un acte per lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire", Code Civil, Chaptier I: De la nature et de la forme du mandat, Article 1984.

37 Nos parece que hay confusión de nuestro legislador también entre mandato y poder, este último definido, en el párrafo segundo del artículo 1251, como *el instrumento en que se hace constar el mandato*, lo que nos da la idea de que ambos términos no son sinónimos, para luego decirnos, en el artículo 1253 , "En virtud del **mandato o poder** generalísimo…", y de ahì en adelante seguir hablando de "poder generalísimo" en el 1254, "poder general" en el 1255 y "poder especial" en el 1256.

38 Véase BAUDRIT CARRILLO, Diego, "El poder generalísimo", en Revista Ivistitia, Nº 71, Año VI, 1992, pp. 4-5.

de facultades seguido por nuestro estatuto civil, tiene la ventaja de marcar con precisión las atribuciones que cada especie de poder implica, lo que proporciona la simplificación de los actos notariales concernientes al otorgamiento de poderes, pues basta en cada caso con hacer referencia en general, a las atribuciones especificadas en el respectivo artículo del Código Civil" [39]. Sin embargo, esa "especificidad" respecto de las atribuciones del mandatario no pareciera adecuarse a lo que otrora Vivante denominaba ***natural extensión del mandato mercantil***.

b. Mandato mercantil.

Nuestro Código de Comercio no prevé, en su Libro Segundo, una referencia general al contrato de mandato, sin embargo sí lo regula en el Libro Primero de manera seccionada en algunas de sus manifestaciones prácticas, como en la comisión, la factoría, los dependientes o mancebos, y algunas otras referencias aisladas que se hacen de esta figura al través de su articulado. Sin embargo, en vista de que difícilmente nuestro legislador civil del 88, por visionario que fuera, podía haber previsto las necesidades mercantiles del siglo XXI, las normas del mandato civil que vía supletoria se terminan aplicando a estas situaciones mercantiles no responden a las necesidades reales del comercio, ello por una razón básica ¿porqué el legislador civil va a considerar, a la hora de regular institutos jurídicos, las necesidades y posibles conflictos comerciales que es labor relegada el legislador mercantil?

Otro reto que se le presenta el operador mercantil es determinar cuáles normas civiles resultan aplicables al mandato mercantil, ya como regulación supletoria (vía artículo 2 C de C) o por remisión expresa del propio Código de Comercio al Código Civil. Al respecto, el profesor CERTAD ha señalado: "*Así las cosas, a nosotros nos parece que pueden aplicársele al mandato representativo mercantil (artículos 314 a 321 y 369 a 374) sólo las siguientes normas del mandato representativo civil: 1253 y 1255 (en cuanto el Código de Comercio remite expresamente a esos poderes civiles en normas tales como 10 in fine, 93, 98, 235 b) y 314; y 1251 párrafos 1 y 2, 1252, 1257, 1258, 1259, 1260 párrafo 1, 1265, 1266, 1271, 1278 incisos 1º, 2º, 3º, 4º y 8º, 1279, 1280, 1281, 1284, 1285 y 1286, porque las respectivas situaciones por ellos contempladas no están previstas en el Código de Comercio, ni existe prohibición alguna en cuanto a su aplicabilidad*"[40].

Abrimos un paréntesis para aclarar que la aplicación en vía supletoria de las normas que conforman el Capítulo I del Título VII del Libro IV del Código Civil, que, como hemos dicho, regulan exclusivamente el contrato de mandato civil en su modalidad representativa (lo que lo

---

39 Op. cit.en nota 13, pp. 480-481.

40 "El mandato representativo en el derecho privado costarricense", en Revista Acta Académica, U.A.C.A., Nº37, San José, Costa Rica, noviembre 2005, pp. 131 ss.

hace un contrato civil típico) no procedería, en buena técnica jurídica, con respecto al mandato mercantil no representativo –la comisión- (que resulta un contrato típico absolutamente mercantil).

No obstante, no necesariamente porque tales normas resulten aplicables al mandato representativo mercantil –el factor o institor y los dependientes-, ni tampoco porque las otras no lo sean, podríamos considerar que queda resuelta la situación con respecto a la figura del mandato mercantil en nuestro sistema jurídico, ya que resta aún por definir la situación del mandato mercantil sin representación, y la de todas las referencias aisladas al contrato de mandato que se hacen en el Código de Comercio.

Por su parte y con respecto al mandato para determinados actos (especial en el *argot* civil), sí pareciera existir una figura autónoma en nuestra legislación mercantil, a saber, la denominada ***carta-poder***, mencionada en los artículos 98, 146 y 912 del Código de Comercio, mandato representativo previsto en primera instancia para representar a un socio en una asamblea de socios o en la junta de acreedores en un proceso de quiebra, lo cual no obsta para que este contrato pueda utilizarse para otras finalidades distintas como es el caso contemplado para los dependientes en los artículos 369 a 373.

En cuanto al mandato para actuación genérica del mandante (generalísimo en la nomenclatura civilista), el mismo se desprende de las disposiciones reguladoras de la figura del factor, en donde el artículo 314 remite expresamente a los mandatos generalísimos y generales del Código Civil –artículos 1253, 1254 y 1255).

- **Comisión**

La figura del comisionista se encuentra regulada en los artículos 273 a 295 del Código de Comercio. En buena teoría la comisión constituye un mandato no representativo, sin embargo, lamentablemente nuestro Código, en el primer artículo en que se hace referencia a la comisión, distorsiona de entrada esta figura al considerar que "*puede también el comisionista actuar en nombre de su representado, caso en el cual lo obliga (…)".*

Y es que del mismo texto del artículo 273 parcialmente trascrito podemos inferir el motivo de esta imprecisión: es que el legislador, para referirse al comitente (mandante o principal) lo llama ***representado***, a pesar de que hasta el momento no tenía porqué estar pensando en un representado, a no ser que nuestro legislador, al igual que RODRÍGUEZ AZUERO, en el fondo considerara el mandato siempre como representativo. Siendo así, al desarrollarse normativamente la figura de la comisión se tenía en mente la noción de un mandato representativo, y no se pudo más de dejar salir tal credo.

Este error conceptual en el que incurre el legislador mercantil costarricense con respecto a la comisión (que debería llamarse entonces "comisión representativa") pareciera ser una confusión histórica que en más de un siglo no hemos podido superar, toda vez que ya el Código de Comercio del año 1853, en el artículo 65, establecía que "*el comisionista, aunque trate por cuenta ajena, puede obrar en nombre propio*".

En primera instancia preferimos pensar que la frase entre comas en dicha norma no pretendía referirse a la posibilidad de que la actuación del

comisionista fuera por cuenta propia, ya que el sin sentido sería en ese caso abrumador, aún para el contexto. Luego vemos que al establecer que el comisionista puede actuar en nombre propio, evidentemente se abre la posibilidad de que la actuación sea desplegada también en nombre ajeno, instituyendo así una comisión representativa.

Volviendo al Código del 64, un ejemplo de las diversas necesidades que guían la mano del legislador civil y la del mercantil se evidencia en la comisión al referirse a las causas de extinción del contrato; así, en el artículo 295 se establece que el contrato no se entiende rescindido (¿?) por muerte del comitente.

- **Factor.**

Nuestro Código de Comercio, al regular el factor (artículos 314 a 322), a pesar de ser una figura eminentemente mercantil, remite de entrada a la legislación civil, negándole cualquier posibilidad de pureza técnica a este instituto. Al respecto el artículo 314 señala que el factor "*debe estar provisto de un poder general o generalísimo, según lo disponga el poderdante"*, lo cual nos coloca ante la incoherencia de la existencia de un factor que, en aplicación del artículo 1255 C.C. no podría nunca realizar todos los actos necesarios para la ejecución del encargo –la *natural extensión del mandato mercantil*-, sino que vería limitadas sus facultades a las enumeradas por ese ordinal, lo cual resulta contrario a los intereses y necesidades del comercio.

Esta improcedente limitación de las facultades del mandato que ostenta el factor, es novedosa del legislador del 64, toda vez que el Código de Comercio del año 1853, probablemente al no haber nacido a la vida jurídica aún el Código Civil, no contempla tal indeseable mezcla. Así, si bien en el Código del 53 se menciona la existencia de factorías con cláusulas especiales y generales (artículos 121 y 122), no se importan nociones civiles, sino más bien se establece que "*los factores constituidos con cláusulas generales se entienden autorizados para todos los actos que exige la dirección del establecimiento. El propietario que se proponga reducir esas facultades deberá expresar en el poder las restricciones a que haya de sujetarse el factor*"[41], fórmula ésta que preferimos a la actual.

El legislador del 53 pareciera confundir, sin embargo, al sujeto "principal" del contrato de factoría, a saber, el factor o mandante, con el comitente [42], figura que debería reservarse para el contrato de comisión solamente, incluso a nivel semántico. Esta imprecisión es superada por el Código actual, en el cual se hace referencia, a lo largo y ancho del articulado que lo regula al **principal**.

Una particularidad que resulta interesante destacar de la normativa contenida en el Código del 53 radica es que prevé la obligación de indemnizar a la contraparte cuando el contrato de factoría se hubiere fijado por un plazo determinado, y alguna de las partes pusiere término al contrato antes del vencimiento de ese

---

41 Artículo 122, Tipografía e Imprenta Lehmann, San José, Costa Rica, 1913. Artículo 122.

42 Código de Comercio. 1853. Tipografía Lehmann. San José, Costa Rica. 1913. Artículo 124: "*Tratando los factores en los términos que previene el artículo precedente, recaen sobre los comitentes todas las obligaciones que contraen sus factores.*" Lo mismo sucede en los artículos 128 y 129.

plazo (artículo 144); regulación que resultaba también aplicable a los dependientes.

Por otro lado, probablemente bajo la noción de que la factoría suele desenvolverse en una relación de subordinación de índole laboral, siendo que en aquel momento faltaban casi cien años para la existencia de un Código de Trabajo, se establecen causales determinadas de despido para los factores y los dependientes, las cuales giran alrededor de la pérdida de confianza, o el emprendimiento de una negociación por cuenta propia o de un tercero sin la autorización del principal (artículo 146).

En la actualidad a pesar de posibilidad de que determinadas relaciones de factores y dependientes se rijan por la legislación laboral, el Código de Comercio sí menciona las causas de terminación del contrato de factoría. En este sentido, como señalamos en virtud de la comisión, las causales de extinción del contrato de factoría divergen de las previstas en la legislación civil, al excluirse la muerte del principal como causal de extinción de la relación institoria, sustituyéndola por la venta del establecimiento mercantil o industrial (artículo 321).

- **Dependientes.**

Los dependientes (artículos 369 a 374) ostentan un mandato representativo, actúan por cuenta y en nombre ajeno en el desempeño de las operaciones que le hayan sido encargadas por el principal, siendo el límite de sus atribuciones precisamente tales operaciones que le han sido encomendadas.

- **Algunas referencias aisladas sobre la utilización del mandato.**

A lo largo del Código de Comercio se crean algunas situaciones en las cuales se hace referencia al contrato de mandato, sin incluir regulación especial con respecto a la manera en la que funcionará este instituto, como sí ocurre con las figuras hasta ahora mencionadas.

En la regulación que se hace de las sociedades en nombre colectivo, por ejemplo, al referirse a las facultades de quienes ostenten la representación de la misma, el numeral 42 señala que para que los administradores sustituyan su *mandato* es necesario que ello lo autorice de manera expresa la escritura social, lo cual parece confundir la noción de mandato con la de representación orgánica de una sociedad mercantil. Sin embargo, el nacimiento de este error podría ubicarse en la inclusión de este tipo de sociedades dentro de las sociedades mercantiles como personas jurídicas, lográndose así un híbrido bastante peculiar. Así, de no tener estas sociedades personalidad jurídica, como sucede en la mayoría de los países europeos, la representación se ostentaría en virtud de un mandato representativo, pero siendo personas jurídicas con su inscripción registral, la representación nace de la teoría orgánica. De manera que si ya se tomó la determinación de incluir a estas compañías como personas jurídicas dentro de las sociedades mercantiles, respecto de su representación debe procederse como si fuera una persona jurídica y llevar el error a sus efectos últimos.

Igualmente, al regular las sociedades de responsabilidad limitada, el artículo 92 se refiere a la responsabilidad de los gerentes y subgerentes *por desempeñar mal su mandato*, término que no resulta ser el más feliz para este caso. En el mismo sentido, el artículo 93 señala que en la escritura constitutiva debe indicarse "*si las facultades de los gerentes y subgerentes son de apoderado general o generalísmo*", lo cual constituye un yerro de incalculables proyecciones pues, ante todo, respecto de las obligaciones y funciones de los representantes de la sociedad, se aplicarán normas del contrato de mandato y no de la representación, con el agravante de que ni siquiera se trata de normas generales del mandato mercantil, que no existen, sino que representa una intromisión permitida de la legislación civil en una cuestión absolutamente mercantil como lo es la representación de las sociedades mercantiles. A ello debe agregarse que a la luz de tal artículo cabe la posibilidad de que una SRL tenga un gerente con facultades de apoderado general, quien, en virtud de las potestadas conferidas a ese mandato por el CC, no podría entonces realizar más actos que los estipulados por el artículo 1255 del CC.

Luego, a raíz de la muy somera regulación sobre la representación de empresas y sociedades extranjeras y del traspaso de su sede al territorio nacional (artículos 5 inciso d y 226 a 233), se establece que para abrir una sucursal en Costa Rica deberá nombrarse un apoderado generalísimo, lo cual lleva a introducir una vez más la normativa civil de 1888 en aspectos eminentemente mercantiles, habiendo sido tal vez más feliz utilizar las herramientas que ya nos daba nuestra legislación mercantil y requerir para tales casos la existencia de un factor (mandato con representación) a quien se le otorgue también la representación procesal (judicial) de la empresa. En el mismo sentido, en el artículo 232 se hace referencia al otorgamiento de poderes especiales, y si por ello entendemos la figura prevista en el Código Civil de poca utilidad serían tales poderes para el ejercicio del comercio, en virtud de la rigurosa limitación de los actos que podría realizar el mandatario.

El representante de casas extranjeras (artículos 360-366) por su parte, de acuerdo con el Código, actúa siempre por cuenta de las firmas que representa -artículo 363-, de manera que existe un contrato de mandato, el cual podría ser incluso tácito en los términos del artículo 372. Por otro lado, se habla de que el representante de casas extranjeras puede actuar con o sin representación, pudiendo existir entonces un representante sin representación, lo cual de suyo ya despierta dudas, y cabría analizar tal posibilidad siendo que ese mismo artículo se refiere a la actuación del representante en cuanto coloca órdenes de compra o de venta directamente. Ello en virtud de que si su actuación causa efectos directamente en la esfera del principal estaríamos ante una representación directa, existiendo entonces un mandato representativo.

- **Carta-poder.**

La carta-poder (artículos 98, 146 y 912), conjuntamente con las normas que regulan la actividad de los dependientes, podría entenderse como el mandato especial mercantil. Es menester destacar al respecto la incomprensión que se ha hecho latente con respecto a la necesaria independencia de los institutos mercantiles frente a la normativa civil, toda vez que a pesar de tratarse -la *carta-poder*- de una figura estrictamente comercial, se ha intentado aplicarle normas civiles, as cuales definitivamente no le resultan aplicables.

En este sentido pretende alegar que por tratarse de un poder especial cuando sea otorgado para la realización de un acto con efectos registrales deberá otorgarse en escritura pública[43], formalidad prevista por el artículo 1256 del Código Civil.

c Representación orgánica y voluntaria de las sociedades mercantiles.

Si bien la figura representativa de las sociedades de capital no constituye el eje del análisis que hacemos, en virtud de la brevedad del mismo, nos detenemos solamente un momento en este tema, por resultar determinante la diferenciación que debe quedar completamente clara entre la figura del mandato y la de la representación orgánica y voluntaria de las sociedades de capital.

El Código de Comercio costarricense del año 1853, reformado, entre otras leyes, por la Ley de Sociedades Comerciales Nº 8 del 24 de noviembre del año 1909, en los artículos 83 y 84, al referirse a los administradores de las sociedades anónimas, hacía alusión al *mandato de administración*, lo cual es compresible siendo que en el siglo XIX prevalecía cierta confusión con respecto a la representación de las sociedades anónimas, que se pretendió explicar a partir del contrato de mandato.

Sin embargo, en la actualidad, siendo que el Código de Comercio vigente en Costa Rica, siguiendo los pasos de su similar de Honduras de 1950 y de la Ley de Sociedades Comerciales de México de 1932, acogió la teoría del órgano, no resulta procedente referirse al presidente de una s.a. como un mandatario con representación. Lo procedente ahora es explicar brevemente las teorías que se han desarrollado respecto a la actuación de las personas jurídicas o morales, en virtud de las implicaciones de la delimitación conceptual que se haga.

Así, pueden determinarse dos ejes para explicar la actuación de las personas jurídicas, uno de ellos parte de que la asimilación de la persona jurídica a un ser que obra a través de sus órganos, los cuales despliegan su actuación dentro del marco de su competencia. De manera que, siguiendo esta línea orgánica, no podrían ubicarse dos actuaciones o voluntades, sino solamente una, la de la persona jurídica, que resulta externada o manifestada por uno de sus órganos[44]. Es esta la que ha sido denominada teoría del órgano.

En otro orden de ideas se percibe a la persona jurídica como una persona incapaz de obrar por si misma, de manera que requiere de un representante legal para poder actuar jurídicamente (teoría de la representación).

---

43 Dirección Nacional de Notariado. Resolución Nº 2001-995 de las 10:20 horas del 29 de octubre del año 2001.

44 Con respecto a la imposibilidad de que la personalidad de quienes actúen como órganos de la sociedad se entienda subsumida por la del ente social ver BAUDRIT CARRILLO, D., op. cit. en nota 38, pág. 7, quien a su vez concluye que la identificación de dos personas no pareciera tener mayores implicaciones prácticas. Sin embargo señala que la actuación directa del ente social por medio de sus órganos podría implicar la imputación de responsabilidad civil extracontractual directa al ente.

Buscando un punto medio que permita la aplicación de criterios de la representación a la actuación de los *órganos* de las sociedades, se han desarrollado posiciones eclécticas que hablan de la existencia en este campo de una representación orgánica, concepto que nos parece más apropiado.

Por otro lado DIEZ PICAZO[45] ha considerado que en efecto en este campo nos encontramos ante una figura representativa, a pesar de que en algunas legislaciones, como lo hace la misma Ley de Sociedades Anónimas española por ejemplo, se hable de órganos. De esta manera lo que existe es una representación necesaria u orgánica, ubicándola entre la voluntaria y la legal. Así, se entiende que las sociedades necesitan indiscutiblemente de sus órganos (o representantes) para actuar, sin embargo la determinación de los sujetos que tendrán tales facultades así como los límites de las mismas no provienen de la ley, sino de los socios.

Esta modalidad de interpretación, la cual compartimos, no excluye de manera alguna que, en virtud de la libertad contractual y en razón de las necesidades del comercio, las sociedades nombren a su vez representantes adicionales, respecto de los cuales sí podría decirse que lo que existe es una representación voluntaria (un mandato representativo), pudiendo identificarse claramente en estos casos la concurrencia de dos voluntades, la del representado y la de representante.

La extensión de las facultades de representación que ostentan los órganos de las sociedades constituye un punto de gran complejidad, sobre el cual, en el ámbito europeo, se ha concluido, de acuerdo a CERTAD MAROTO que "*la representación se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en el pacto constitutivo (…). De lo anterior se colige que la determinación de la actividad económico-empresarial a desarrollar por la sociedad constituye una mención estatutaria relevante en nuestro Derecho, al constituirse en el límite externo, y al mismo tiempo, máximo del poder orgánico de representación*" [46].

Con respecto a las facultades de los administradores de la sociedad anónima han prevalecido en Costa Rica algunas prácticas incorrectas que han desviado la misma interpretación normativa. En primera instancia, nuestra legislación mercantil partiendo de la hondureña, sigue la teoría de la representación orgánica mencionada con anterioridad, y es en este sentido que el artículo 182 otorga la representación judicial y extrajudicial de la sociedad al presidente de la junta directiva, quien vendrá a ser entonces en sí mismo un órgano de la sociedad -el cuarto órgano-. Dicho artículo faculta a su vez la constitución de apoderados voluntarios de la sociedad, cuyas facultades podrían ser limitadas por acuerdo de socios, limitación que no resulta viable con respecto a las facultades del Presidente [47], tesis esta última que hasta

---

45 L., op. cit. en nota 4, pp. 70-74, y 287-288.

46 Gastón, "Más pinceladas en torno a la representación orgánica (legal) y voluntaria en las sociedades anónimas", en Revista Iustitia, Nº 232-233, San José, Costa Rica, Año 20, abril-mayo 2006,pp. 22 ss.

47 Al respecto ver, CERTAD MAROTO, Gastón, "El órgano representativo de la sociedad anónima (Apuntes sobre la -mal interpretada- "representación" de sociedades anónimas)", en revista Ivstitia, Nº 217-218, pp. 20-26.

hace poco menos de dos años fue adoptada correctamente por nuestra Sala Primera que, en beneficio de nuestro desarrollo jurídico, tuvo la templanza de enderezar en criterio poco feliz e inexacto que había rondado hasta esa fecha por nuestro alto Tribunal [48].

Por otro lado, con respecto a la distribución de facultades entre los órganos de la sociedad, algunos autores han considerado que nos encontramos en un proceso de acercamiento a un modelo oligárquico, en contraste con el modelo democrático, pasando de una concentración del control en la asamblea de socios a un fortalecimiento de las facultades del órgano administrador, que deberá gozar de autonomía para la ejecución de sus facultades frente al órgano deliberativo [49].

En este sentido es harto conocido que el legislador del 64 otorgó a la asamblea de socios de la s.a. una competencia residual (artículo 152 *in fine*), siendo que le corresponderán las facultades que no le hayan sido atribuidas por el legislador o por las partes a otro órgano social. Ahora, esperaríamos que hubiera claridad en cuanto a que sus facultades se extienden hacia el ámbito de las facultades no concedidas a ningún otro órgano, pero de ninguna manera podría arrogarse la asamblea facultades expresamente otorgadas a otros órganos. En este sentido MARTÍNEZ GUTIÉRREZ ha señalado que "*aunque la subordinación del órgano de administración al órgano asambleario implique una evidente dependencia política, uno de los principios configuradotes de las sociedades de capitalistas radica en la atribución en exclusiva al órgano de administración de la competencia para realizar los actos necesarios para la consecución de los fines sociales, no pudiéndose admitir, con carácter general, intromisiones de la Junta en este ámbito competencial*"[50].

Así, el artículo 187 le otorga la facultad al consejo de administración de nombrar gerentes, apoderados, agentes o representantes, ante lo cual podría concluirse que la facultad de concluir contratos de mandato con respecto a la sociedad compete al consejo, no a la asamblea, criterio que lamentablemente no necesariamente es atendido por los registradores del Registro Público. Por otro lado, la jurisprudencia patria ha considerado que tal facultad encuentra su límite en la gratuidad de los actos, de manera que para una realizar una donación, por ejemplo, se requiere de la anuencia y autorización expresa de la asamblea [51].

Sin embargo, si tomamos como postulado que el único límite que conocen las actuaciones del presidente del consejo de administración radica en el objeto social, no pareciera correcto hacer tal distinción con respecto a

---

48 En cuanto al "viejo" criterio véase el voto Nº 1086-F-04 de las 9:15 horas del 24 de diciembre del año 2004 y sobre la nueva y correcta posición véanse los votos Nº 489-F-2005 de las 9:30 horas del 13 de julio del año 2005 y 000489-F-2005 de las 8:50 horas del 8 de setiembre del 2005. Este nuevo criterio de la Sala Primera ha sido seguido por el Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, voto 075-2007 de las 9:10 horas del 27 de febrero del 2007 y por la Sección Segunda, voto 019-2006 de las 15:10 horas del 3 de febrero del 2006.

49 MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel, "La representación orgánica y voluntaria en las sociedades de capital (Delimitación y concurrencia", publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005, pp. 27-31.

50 op. cit. en nota anterior, pág. 30.

51 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Nº 429-F-00.

los negocios gratuitos, ya que en el desarrollo mismo del objeto social, y para el ejercicio del comercio, podría ser necesaria la ejecución de actos gratuitos con miras a la obtención de una ganancia futura relacionada con el fin social perseguido.

d. Inscripción de los contratos de mandato en el Registro Público.

Los poderes (de naturaleza civil) generales y generalísimos, además de ser otorgados en escritura pública, es necesaria su inscripción "en la sección correspondiente del Registro de la Propiedad" (artículo 1251 *in fine C.C.)*, particularmente en el Registro de Personas, a su vez adscrito a la Dirección de Personas Jurídicas, y surtirán efectos respecto de terceros a partir de la fecha de su inscripción –efectos constitutivos del acto de inscripción-[52]. Paralelamente, el artículo 235, inciso c) del Código de Comercio establece la necesaria inscripción, en el Registro Mercantil, de los poderes generales y generalísimos que otorguen los comerciantes, así como la revocación, sustitución, modificación o prórroga de los mismos; y el inciso d), la de los poderes conferidos a los gerentes, administradores y representantes legales de sociedades comerciales, nacionales y extranjeras. En este sentido los contratos de mandato de naturaleza mercantil serán inscritos en el Registro Mercantil, adscrito igualmente a la Dirección de Personas Jurídicas; sin embargo, ante ausencia de norma especial mercantil en cuanto a los efectos de la presentación al Registro para la inscripción de estos mandatos, se aplica la regulación civil –general, artículo 455 C.C.-, por lo que los mandatos mercantiles susceptibles de inscripción surtirán efectos respecto de terceros desde **la fecha de presentación** al Registro y no desde la fecha de inscripción –inscripción con efectos declarativos-, sin que pueda aplicarse a esta materia la excepción puntual que hace el legislador del 1888 con relación a los poderes civiles generales y generalísimos, de acuerdo al citado ordinal 1251[53].

La naturaleza declarativa o constitutiva de la inscripción de los contratos de mandato mercantiles aunque pareciera evidente y sencilla, no ha sido un tema pacífico entre los operadores y los estudiosos del Derecho, y ha sido ampliamente expuesto por el Dr. CERTAD en sendas ocasiones [54].

V. El contrato de mandato en el derecho comparado.

a Italia

La legislación italiana desde el año 1942 logró enderezar de manera bastante provechosa la regulación del contrato de mandato. Así, el artículo 1703 del *Codice Civile* lo define en los siguientes términos: "***Il mandato é il contrato col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto del altra***" [55].

---

52 Código Civil artículos 1251 párrafo tercero, 466 inciso 6; Reglamento del Registro Público Nº 26771-J, artículo 3 inciso b y 23.

53 Código de Comercio artículo 235 incisos c) y d); Código Civil artículo 455; Reglamento del Registro Público Nº 26771-J, artículos 3 inciso b) y 24.

54 G., op. cit. en nota 30.

55 Codice Civile. Capo IX: Del Mandato, Sezione I: Disposizioni generali. Artículo 1703. http://www.studiocentelano.it/codici/cc/IIVtII.htm Fecha de ingreso: 12:26 horas del 30 de abril del año 2006.

Sin entrar en detalle acerca de la figura del mandato en la legislación italiana, se pueden extraer algunas particularidades de la misma que deberíamos tener en cuenta para alguna eventual depuración que queramos hacer con respecto al mandato en Costa Rica. En primera instancia se menciona solamente la figura del mandato general, indicándose que incluye en principio actos de administración, y para que abarque también otras atribuciones debe indicarse así de manera expresa, así que será determinado por las partes la limitación del contenido del mandato, así como los negocios para los cuales se habrá conferido.

Existiendo en Italia una regulación independiente para la representación (*Codice Civile, Capo VI Della Rappresentanza. Articoli 1387-1405*), al establecerse con respecto al mandato la posibilidad de que sea con o sin representación, en el primero de los casos simplemente se remite a los artículos que regulan tal figura, solucionando de esa manera la confusión entre mandato y representación, así como la determinación de la normativa aplicable a cada uno de ellos.

Se prevé también la *natural extensión del mandato mercantil* a la que se refería Vivante, a pesar de que en Italia no existe la dicotomía mandato civil-mandato mercantil, siendo que existe solamente uno. Al respecto, el artículo 1708 establece que "*il mandato comprende non solo gli atti per i quali é stato conferito, ma anche quelli che sono necessari al loro compimento".*

El mandato se presume oneroso, lo que lleva a consecuencias prácticas, como por ejemplo, la necesaria indemnización ante la revocación de un mandato oneroso que haya sido conferido por un tiempo o para un acto determinados, salvo que medie justa causa. Igualmente ante la renuncia del mandatario debe mediar un preaviso adecuado, estableciéndose también la obligación de indemnizar ante una renuncia injustificada, y la obligación de indemnizar la revocación de un mandato en el que se hubiera pactado la irrevocabilidad, salvo justa causa (artículos 1723-1727).

En lo que con a la extinción del mandato respecta se entiende que este no se extingue si el ejercicio de la empresa es continuado (artículo 1722); y si fue conferido en beneficio de terceros o del mandatario, no se extingue por revocación del mandante, ni por su muerte o incapacidad sobrevenida (artículo 1723).

En otro orden de ideas, con respecto a la sustitución del mandato cuando la misma no estuviera autorizada, el mandatario no responde de los actos del sustituto si la sustitución había resultado necesaria por la naturaleza del encargo (artículo 1717). Cuando el mandatario tenga en su custodia bienes del mandante podrá venderlos si ello fuere necesario por urgencia en la conservación de los mismos (artículo 1718), existiendo también una separación entre los bienes del mandatario propiamente dichos y los bienes que están en propiedad del mandatario en virtud de la ejecución del mandato, encontrándose estos últimos protegidos de los acreedores del mandatario.

Lo referente al conflicto de intereses, así como a la contratación consigo mismo -autoentrada-, se regula en el Capítulo VI De la Representación.

b España y Honduras.

Tanto en España como en Honduras se echa de menos una regulación particular referente al mandato mercantil, pues el mandato en sí mismo solamente se regula en los respectivos

Códigos Civiles, los cuales siendo el segundo una copia al carbón del primero[56] se analizarán ambas normativas en un mismo apartado.

El mandato se define como el contrato mediante el cual *"se obliga una persona a prestar un servicio o hacer una cosa por cuenta o por encargo de otra*"[57]. En primera instancia, no se hace referencia a la realización de un acto jurídico, sino a la prestación de un servicio, lo cual podría llevar a confusiones con otras figuras jurídicas como la gestión de negocios, la relación laboral o el arrendamiento de servicios. Con respecto a las primeras dos figuras MÉNDEZ, señala que se diferencian del mandato en virtud de que en la gestión no existe un contrato propiamente dicho, y del contrato laboral en virtud de la autonomía de la voluntad de la que goza el mandatario [58].

Se regula la existencia de dos tipos de mandato, el general, que comprende todos los negocios del mandante, y el especial que comprende solamente un o varios negocios, entendiéndose que el mandato en principio solamente comprende actos de mera administración, siendo necesario mandato expreso para *actos de riguroso dominio.* Igualmente se establece que el mandatario no puede traspasar los límites del mandato, salvo que actúe de manera que se repute más ventajosa para el mandante.

El mandato civil contempla la indemnización en caso de renuncia del mandato, solamente que deja un ámbito muy amplio para ello sin especificar la razón que debe implicar la existencia de la indemnización (C.C. Honduras art. 1915, C.C. España art. 1736). Nos resulta amplia la determinación de que el mandatario deba indemnizar al mandante ante su renuncia si esta le produce daños, ya que establece una responsabilidad objetiva con respecto al mandatario, derivada solamente del acto de renuncia en sí mismo.

Con respecto al ámbito mercantil, en Honduras no existe una regulación expresa del mandato, sino que se menciona de manera disgregada en distintos artículos del Código de Comercio[59].

---

56 Entre el Código Civil de Honduras y el de España existen tres diferencias, una de ellas en virtud de una reforma que se hizo en el año 2003 al artículo 1732 español añadiendo un párrafo que dice: "*El mandato se extinguirá también por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para al caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor*"; luego el artículo 1899 hondureño añadió un párrafo no previsto en el Código español: "*Los pasajes obscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto*."; y por último el artículo 1713 *in fine* español establece que "*La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores*" y el artículo 1892 hondureño, al final de esa frase añade "*y viceversa*".

57 Código Civil de Honduras, Título VII: Del Mandato. Artículo 1888; Código Civil de España, Libro IV, Título IX, Capítulo I: Del Mandato, Artículo 1709.

58 MÉNDEZ, R-VILALTA, E., op. cit. en nota 28, pp. 11-12.

59 Artículos: 23, 152, 209, 219, 220, 222, 370, 468, 469, 470, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 1054, 1316, 1413 y 1588, sin perjuicio de que exista alguno otra de cuya existencia no nos percatamos.

Entre algunas particularidades puede mencionarse que no se prevé la existencia de la carta-poder, sino que la representación de los socios en las asambleas debe hacerse en la manera que así lo establezca el pacto social, y en silencio de este debe ser por escrito (art. 152). Con respecto a la figura del mandato, cabe anotar que sí se denota una diferencia entre ésta y la representación, al establecerse que la representación termina por las causales que determine la ley *y la relación adicional de mandato, prestación de servicios o trabajo,* de acuerdo a las normas que regulen a este contrato, a lo cual cabe nada más aclarar que debe recordarse que la representación no solamente surge por acuerdo de partes, sino que existe también por disposición legal, pudiendo esta última abarcar a la representación orgánica de las sociedades mercantiles, aunque algunos autores consideran a esta última como una figura independiente, tanto de la representación legal como la voluntaria[60].

Se denotan también en el Código de Comercio hondureño algunas imprecisiones con respecto a la representación, como por ejemplo en el artículo 732,en el cual se indica que *el representante actúa en nombre o en interés del representado*, conceptos que no parecieran poder utilizarse como análogos, ya que en un mandato sin representación también se actúa en interés del mandante.

En este Código se retoma el tema del mandato para efectos de los auxiliares de comercio. Así, el factor ostenta un mandato representativo en operaciones concernientes al objeto de la empresa (art. 356); igualmente los dependientes, cuyas actuaciones obligan al principal en la materia de su encargo (art. 368), salvo los dependientes viajeros quienes al estar facultados para transmitir ofertas a lo sumo tendrían un mandato sin representación, aunque inclusive podría no existir tal mandato, sino tan solo una mediación en negociaciones mercantiles.

Respecto de los agentes de comercio se establece en primera instancia que obran por su cuenta y riesgo, en virtud de lo cual no parece poder desprenderse la existencia de un mandato; y más adelante se añade que en determinadas circunstancias podrán actuar en nombre del principal (art. 373), pero si no hay actuación por cuenta ajena, tal representación se derivaría más bien de una gestión de negocios o alguna otra figura distinta al mandato.

La comisión por su parte se percibe como el contrato mediante el cual se actúa por cuenta ajena y en nombre propio (art. 805); sin embargo su redacción resulta un poco confusa al afirmar que por medio de la comisión se desempeñan *mandatos*, entendiendo por tales probablemente encargos.

El Código de Comercio español por su parte, no prevé una regulación general del mandato, sino que el mismo es regulado a partir de los auxiliares de comercio. Sin embargo, el artículo 281, ubicado precisamente entre el articulado referido al contrato de comisión y el referido

---

60 "No obstante debe anotarse que la representación orgánica no puede encuadrarse en ninguno de los dos tipos representativos tradicionalmente previstos en el Derecho Civil, manifestándose, por tanto, como un *tertium genus* entre la representación legal y voluntaria, con las que presenta evidentes semejanzas y diferencias." MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Á., op. cit. en nota 49, p. 79. En el mismo sentido ver DÍEZ PICAZO, quien considera que en la representación que existe con respecto a una persona jurídica media siempre un acto voluntario, como por ejemplo los estatutos sociales, op. cit. en nota 4, pp 285-288.

al factor, pareciera ser un intento de ello, con las limitaciones que tiene el hecho de que se trate de un artículo aislado: "*El comerciante podrá constituir apoderados o mandatarios generales o singulares para que hagan el tráfico en su nombre y por su cuenta en todo o en parte, o para que le auxilien en él*". A partir de este artículo pareciera desprenderse que, a diferencia de la legislación civil, en el ámbito mercantil se tiende a unir los conceptos de mandato y representación. Igualmente en el artículo 292 se menciona la posibilidad de que los comerciantes nombren personas para que actúen por su cuenta y en su nombre, a los cuales denomina más adelante dependientes o mandatarios, quedando plasmada la noción evidentemente representativa a partir de la cual se entiende el contrato de mandato.

Por su parte, el Código español define el contrato de comisión como "el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista"[61]. Luego, en el artículo siguiente -245- pareciera cometerse el mismo error manifiesto en el Código de Comercio costarricense, en cuanto se percibe la existencia de una comisión en nombre propio o ajeno, respecto de lo cual caben dos conclusiones posibles: o se interpreta de manera conjunta este artículo con los artículos 281 y 292 mencionados con anterioridad para concluir que en España el mandato mercantil es siempre representativo, o partimos de que realmente la intensión del legislador fue permitir la existencia de mandatos mercantiles representativos y sin representación, pero confunde el término comisión con el de mandato mercantil. Entendiendo de esta manera que en España "comisión" viene a ser el *nomen iuris* que el legislador le asigna al mandato mercantil, el cual podrá ser representativo o no representativo, quedando así al descubierto la figura de la comisión, a la cual al robarle el nombre sustrajimos también la normativa especial referida a ella.

Algunas de las particularidades previstas con respecto a la comisión, no necesariamente achacables al mandato general, radican por ejemplo en lo que se indica con respecto a las obligaciones del comitente, siendo que éste responde por los daños ocasionados en caso de que no cumpla con el encargo, por la malicia o abandono del encargo así como por no seguir las instrucciones del mandante, o por operaciones hechas sin la autorización de este último a un precio más elevado que el de la plaza. No encontrándose autorizado el comisionista para delegar el encargo sin la anuencia del mandante, pero si podrá tener dependientes.

Con respecto a la remuneración del contrato sin embargo se hace referencia a un "premio de comisión", cuando en realidad lo que gana el comisionista es una comisión, resultando en alguna medida peligrosa la denominación de premio que se le da.

Por otro lado se extrae del mencionado artículo 244 que el Código de Comercio español determina la mercantilidad del mandato –comisión- en virtud de los actos para los cuales se haya suscrito el contrato y de la naturaleza de comerciante del comisionista o del comitente, condiciones no excluyentes entre si.

La figura del factor (artículo 281 a 292) se asemeja a la costarricense, de manera que éste ostenta un mandato representativo. Se hace también un mal uso de ciertos términos, en cuanto al referirse al mandante, o en todo caso principal en el contrato de factoría, se le denomina "comitente".

En el caso de los dependientes y mancebos se prevé la obligatoriedad de cancelar una indemnización ante la terminación unilateral del contrato (art. 299), pudiéndose dar término al contrato con el otorgamiento de un preaviso de un mes a la contraparte. Con respecto a los dependientes igualmente se prevén causales particulares por las cuales tanto los dependientes como el principal podrán dar por terminado válidamente el contrato sin incurrir en responsabilidad (artículos 300 y 301), como por ejemplo, el no haber recibido el pago o sueldo convenido en el caso del dependiente, y el abuso de confianza como causal en beneficio del principal.

c. Chile.

La legislación chilena prevé la existencia tanto de un mandato civil como de uno mercantil; sin embargo, en la exposición de motivos del Código de Comercio se establece la relación de especialidad que se vislumbra entre ambas figuras, bajo la noción de que el mandato civil es el instituto en sus rasgos más genéricos, existiendo algunas variaciones específicas en el campo mercantil. En este sentido la exposición de motivos explica que "*felizmente los principios del mandato común se encuentran sabiamente expuestos en el Código Civil, y supuesta la existencia de tan precisos antecedentes, el verdadero trabajo de la redacción del Proyecto ha consistido en la clasificación de las materias que debían entrar en la composición en el Título VI, en la ampliación y modificación de esos principios de acuerdo con las necesidades peculiares del comercio y en la agregación de ciertas reglas relativas a la administración del comisionista en general, al derecho de retensión que se le concede para asegurar el pago de su salario, anticipación, interés y costo, y a la fijación de las obligaciones especiales que se imponen a los comisionistas para comprar, vender o realizar en su propio nombre el transporte de mercaderías*"[62].

Es menester señalar que echamos de menos en el Código de Comercio de este país una regulación general del mandato mercantil, pues mientras el artículo 233 define tal contrato, el artículo 234 menciona los tipos de mandatos mercantiles, para establecer luego una regulación segregada del mandato en razón de los tipos particulares previstos.

Así ese mandato común al que se hace referencia presenta algunas características de importancia: existe el mandato especial, referido a uno o varios negocios, y el mandato general, referido a todos los negocios del mandante [63] [64], confiriéndose exclusivamente facultades de administración[65], salvo que expresamente se indique lo contrario. También se incluye la obligación del mandatario de *ceñirse rigurosamente* a los términos del

61 España. Código de Comercio. Código de Comercio. 1885. Artículo 244.
62 Código de Comercio. Exposición de Motivos. http://www.colegioabogados.org/normas
63 El concepto de mandante se confunde con el de comitente (Código Civil. Artículo 2116), siendo figuras distintas que solamente coinciden en caso del mandato mercantil sin representación denominado comisión.
64 Código de Comercio. Artículo 2130. http://www.colegioabogados.org/normas
65 Código de Comercio. Artículo 2132. http://www.colegioabogados.org/normas

mandato, lo cual eventualmente tendría sentido en el campo comercial siempre y cuando se conserve la noción de la *natural extensión del mandato mercantil*.

Por otro lado, se establecen varias normas puntuales con respecto a las facultades de disposición que pueden otorgarse, como por ejemplo, que el poder especial para vender comprende la facultad de recibir el precio, que la facultad de vender no comprende la de hipotecar ni viceversa como tampoco la facultad de transigir comprende la de comprometer y viceversa.

Con respecto a la terminación del mandato no se prevé la existencia de una indemnización ante la revocación o renuncia, ni el justo aviso que debería darse en estos casos; tampoco se menciona la irrevocabilidad del mandato, todos estos temas de gran importancia.

El artículo 233 del Código de Comercio define el mandato mercantil como "*un contrato por el cual una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio a otra que se obliga a administrarlos gratuitamente o mediante una retribución y a dar cuenta de su desempeño*". En primera instancia debemos considerar que la noción de administrar negocios pareciera no ser la más indicada para describir un contrato de mandato, ya que pareciera restringirse un poco su campo de acción, lo que no sucede cuando partimos de que el contrato de mandato es un contrato por el cual una persona se obliga a cumplir uno o más actos jurídicos por cuenta de otra persona.

El sistema implementado en Chile dista bastante del utilizado en Costa Rica, y para estos efectos en las demás legislaciones analizadas anteriormente. Se parte de la existencia de tres tipos de mandatos mercantiles, a saber, la comisión, el mandato de los factores y dependientes y la correduría. Asimismo, se perciben cuatro tipos de comisiones: para comprar, para vender, para transporte por tierra, mares, ríos o canales navegables, y para ejecutar operaciones de banco.

Pareciera confundirse un poco la naturaleza de la relación entre el comisionista y el comitente, ya que se establece que el primero recibe siempre un salario por su gestión, término de índole laboral, resultando más conveniente considerar que lo que percibe el comisionista es, como lo indica precisamente el nombre del contrato, una comisión. Incluso algunos autores como GIUSEPPE AULETTA han considerado que la figura misma de la comisión excluye de suyo la existencia de una relación laboral, como si podría ocurrir en el caso del factor y de los dependientes[66].

Por otro lado, al igual que nuestro legislador, el chileno rompe los límites conceptuales de

---

66 Al respecto ver AULETTA, G-SALANITRO, N., op. cit., pág. 454 "Se il mandante è un imprenditore commerciale, il mandatario può essere definito un suo ausiliario: però -a diferenza degli institori (n.43), dei procuratori e dei commessi (n.44)- egli è un ausiliario autonomo, perché non è vincolato da un rapporto di lavoro subordinato".

la comisión, estableciendo que la posibilidad de que la comisión se ejecute con o sin representación (C de C art. 254).

Se denota igualmente la misma rigurosidad con respecto a la comisión mercantil, en cuanto se establece la obligación del comisionista de "*sujetarse estrictamente en el desempeño de la comisión a las órdenes o instrucciones que hubiere recibido del comitente" (*C de C art. 268[67]*)*, pareciéndonos más adecuado, por tratarse de materia mercantil, indicar, como se hace en Italia, que el mandato se entiende conferido no solo para los actos para los cuales fue otorgado sino para aquellos que resultan necesarios para el cumplimiento del mandato (Italia, art. 1708).

La regulación del mandato mercantil en Chile pretende ser demasiado exhaustiva, lo cual regularmente implica diversas complicaciones: en primera instancia resulta desfasada por los cambios en la realidad del comercio con gran rapidez, y luego al tratar de preverlo todo, necesariamente quedan al descubierto vacíos que luego resultan de difícil integración.

Solamente se prevé la indemnización por rescisión del mandato con ocasión de los factores y dependientes y cuando el mandato se hubiere pactado a término fijo (C de C art. 332), respecto de los cuales se entiende que ejercen un mandato representativo.

d. Francia

En Francia el mandato se encuentra regulado por la legislación civil, en los artículos 1984 a 2030 del *Code Civil*. El artículo 1984 establece que el mandato "*ou procuration est un acte per lequel une personne donne a une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom*".

En primera instancia salta a la vista, como se había mencionado con anterioridad, que el sistema francés limita el mandato a su modalidad representativa, de lo cual se deriva la consecuente confusión entre ambas figuras, las cuales no deben entenderse indisolublemente ligadas. Así, por ejemplo, nótese cómo se identifican los conceptos de mandato y procuración, cuando mas bien este último ha sido entendido en buena teoría como el negocio unilateral por medio del cual se confiere a otro facultades de representación[68]. Igualmente la noción de mandato no se circunscribe a la realización de actos jurídicos, sino que se extiende, como expone el artículo supracitado, a un *hacer cualquier cosa*, lo cual podría traer confusiones con otras figuras como el arrendamiento de servicios y la gestión de negocios ajenos, sólo por mencionar algunos.

Siguiendo ahora la misma línea de todas las legislaciones analizadas -salvo la particular regulación prevista en el Código Civil

---

67 En el mismo sentido ver artículos 291 y 305 con respecto a las obligaciones del comisionista para vender y para comprar respectivamente.

68 Al respecto ver AULETTA G, SALANITRO N., op. cit. en nota 29, pág. 454: "Al mandato, si può aggiungere la procura, che invece è un negozio unilaterale, perché è constituito dalla dichiarazione di volontà del solo mandante."

costarricense- existen dos tipos de mandato, especial, conferido para uno o varios negocios, y general conferido para todos los negocios, comprendiendo este facultades solo de administración, de manera que para enajenar o hipotecar devendrá necesario mandato expreso (CC art. 1987 y 1988).

La legislación mercantil no establece una noción general del mandato sino que se hace referencia a este contrato a partir de la regulación de los auxiliares de comercio, en el Título III del Código de Comercio, en los Capítulos I a IV, particularmente con relación a los agentes comerciales. Se evidencia en materia mercantil la misma confusión entre las figuras de la representación y el mandato. Con respecto al contrato de comisión el artículo 132-1 establece que "*Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant. Les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom d'un commettant sont déterminés par le titre XIII du livre III du code civil*".

De manera que, al igual que nuestro legislador, el francés entiende la posibilidad de una comisión con o sin representación, lo cual desnaturaliza el instituto mismo de la comisión. Sin embargo a partir del segundo párrafo del citado artículo 132-1, pareciera extraerse que la regulación prevista en el Código de Comercio, al menos con respecto al comisionista, se refiere exclusivamente a la comisión no representativa, siendo que cuando se ostenten facultades de representación la normativa aplicable será la regulación que el Código Civil contempla con respecto al contrato de mandato.

En todo caso el articulado referido a la comisión exalta cinco aspectos puntuales, a saber, (i) la existencia de un crédito preferente a favor del comisionista con respecto a los bienes objeto del contrato; (ii) si el comisionista tiene a su cargo el transporte por mar o por tierra de la mercadería, debe inscribir en su libro del diario la naturaleza y la cantidad de la mercadería; (iii) el comisionista responde por los daños y pérdidas de la mercadería; (iv) el comisionista responde por la entrega en tiempo de la mercadería y (v) responde también por el comisionista intermediario que recibe la mercadería.

Luego, se prevé la figura del agente comercial como un mandatario que, como profesional independiente, se compromete de manera permanente a negociar y eventualmente a concertar contratos de venta, compra, alquiler o prestación de servicios en nombre y por cuenta de productores, empresarios, comerciantes u otros agentes comerciales (Artículo 134-1). Como rasgo distintivo de la regulación de los agentes se establece la obligación de que la relación entre el agente y el mandante debe regirse por el principio de lealtad y por el deber de información recíproca (134-4).

Como en Italia se regula la existencia de un preaviso ante la revocación del mandante o la renuncia del agente, sin embargo el preaviso se concibe únicamente en los casos en que el contrato sea por tiempo indefinido, que podría relacionarse analógicamente con la referencia al mandato irrevocable en el Código Civil italiano, y se instituye en términos mucho más rigurosos con respecto al plazo. En este sentido el preaviso deberá ser de un mes por el primer año de contrato, dos meses por el segundo año ya comenzado y de tres meses por el tercer año comenzado y los que sigan a partir de allí. Dichos plazos corresponden a un mínimo, pudiendo únicamente ampliarse por acuerdo de partes, siempre y cuando el plazo de preaviso previsto para el mandante no sea más corto

que el previsto para el agente, pudiendo ser en tal caso más corto el plazo del agente por no referirse la ley a tal extremo (art. 134-11).

La indemnización solamente se prevé en beneficio del mandatario (agente), pero no habiendo prohibición expresa al respecto, igualmente podría entenderse válida la determinación de una indemnización a favor del mandante.

6. Necesaria modernización del contrato de mandato.

Luego de este trayecto sumario a través de los vaivenes de la teoría y la regulación normativa desarrolladas en torno al contrato de mandato, parece desprenderse por su propio peso la afirmación de que en efecto ha existido una lamentable confusión, tanto a nivel doctrinal como de derecho positivo, con respecto a esta figura con la representación, lo que no justifica las insuficiencias presentes en la normativa costarricense ni mucho menos la carencia de un desarrollo doctrinal adecuado, sino que a lo sumo vendría a ser una mera explicación o recuento histórico de un error.

En primer lugar debe divorciarse de manera definitiva el mandato de la representación, logrando con ello que se logre entender finalmente que se trata en efecto de figuras distintas, las cuales pueden encontrarse o no ligadas entre sí en un caso concreto. Para esta tarea sería de gran ayuda que nuestra legislación comercial diera un pequeño espacio a la figura de la representación propiamente dicha, como felizmente se hizo en la legislación italiana, lo cual permite la gran ventaja de que ante un mandato representativo, simplemente se remita al operador a las normas de la representación, figura cuya trascendencia en el desarrollo del comercio ya de suyo justifica que se le de un tratamiento independiente.

Evidentemente si pudiéramos elegir libremente el rumbo de nuestro país, no podríamos dejar de lado la evidente necesidad de que se desarrolle esta temática, como muchas otras más, también a nivel de doctrina. Cuando el ordenamiento jurídico contiene fallas de la envergadura de las señaladas y el desarrollo jurídico simplemente las permite, esas fallas no tardan en incorporarse al imaginario colectivo, y con ello se limitan de manera radical las posibilidades de avance y desarrollo, y es que ¿cuáles si no estas son las reales limitaciones al comercio que debemos apresurarnos a eliminar?, ¿qué más daño se le puede hacer a un país y a su desarrollo económico que negarle las herramientas jurídicas necesarias para crecer y expandirse?

Volviendo a nuestro tema de análisis, a raíz de esta breve pincelada con respecto al contrato de mandato, podemos arribar a varias conclusiones. En primera instancia, definitivamente Costa Rica necesita modernizar la figura del mandato como la prevé el actual derecho positivo, pues existen demasiados vacíos e imprecisiones que deben ser tratadas de frontalmente.

Ahora; podrían considerarse dos perspectivas posibles para afrontar la tarea de modernización del contrato de mandato: partiendo de la conservación del sistema dual de regulación del derecho privado (Código Civil y Código de Comercio), debería depurarse en este último cuerpo de leyes la figura del mandato como la prevé el Código Civil, incluyendo la pluralidad de mandatos que en el comercio existen.

La experiencia extranjera pareciera arribar a la conclusión de que la existencia de un mandato general y uno especial es suficiente. Así, cuando se quieran dar a una persona facultades de disposición con respecto a nuestros bienes, bastará con indicarlo así, lo cual garantiza además la ventaja de que el mandante tenga una noción de la amplitud de las facultades que le está entregando a un tercero, igualmente para el otorgamiento de actos que requieran un mandato específico como el matrimonio, bastará con indicarlo expresamente en el texto del contrato.

No cabe duda de que el instituto del mandato, desde los usos prácticos entre el *dominus negoti* y el gestor, ha sido utilizado para el comercio, regulándose más adelante en los proceso de codificación en los Códigos Civiles por el carácter de general y supletorio que ha tenido el Derecho Civil, y por considerarlo a fin de cuentas la norma general frente a los Códigos de Comercio que contienen las normas especiales. Así, es precisamente en el comercio en donde vemos cotidianamente diversas formas de utilizar el contrato de mandato, con y sin representación.

Siendo entonces que es el comercio el que para su normal y efectivo desarrollo requiere de la figura del mandato, necesariamente nuestro Código de Comercio debe tener una sección o apartado (tal vez en el Libro Segundo) en el cual se regule tan importante figura, en lugar de la fragmentada regulación que existe hasta la fecha.

Entre las cuestiones de deberán ser reguladas en el Código de Comercio, debe tenerse presente que existen causales de extinción del contrato de mandato eminentemente mercantiles, como por ejemplo la venta del establecimiento comercial e industrial; que existe también toda una serie de situaciones ante la revocación del mandato por el mandante o la renuncia del mandatario y las diversas modalidades de indemnización que pueden mediar ante tales situaciones que nuestra legislación hoy simplemente no contempla; no existe tampoco una protección de los acreedores del mandatario sin facultades de representación con respecto a los bienes que éste adquiera por motivo del mandato, etc.

Como estas, al retomar algunas particularidades ya previstas desde décadas atrás en otras legislaciones, existen muchas situaciones que deben regularse, y deben regularse con miras a los problemas sociales típicos, los cuales precisamente tienen lugar en el comercio, así que la modernización del contrato de mandato debe de hacerse dentro de la perspectiva de comercialización del derecho privado.

En otro orden de ideas, como segunda opción, de unificarse la normativa civil y la comercial, en primera instancia se haría evidente la comercialización del derecho privado con respecto al contrato de mandato, ya que al regularse en este texto uniforme, si se elabora su redacción de una manera lógica, el resultado debería ser un noción genérica del mandato, como lo necesita la práctica comercial. Con este remedio muy probablemente la noción “civilista” del mandato quedaría relegadas únicamente a los “ísimos” (mandato generalísimo y mandato especialísimo) tan curiosos de nuestra legislación que solamente guardan alguna eventual utilidad en el ámbito civil, utilidad que ha surgido simplemente de la costumbre y no de la necesidad en la existencia de tales contratos.

Así, podrían unirse ambos “ísimos” en un solo mandato, que se podría denominar tal vez “mandato personal”, *nomen iuris* completamente antojadizo que utilizamos a manera de ejemplo, en el cual deberán especificarse con claridad las facultades otorgadas, sin poder éstas extenderse a más de lo dispuesto en el contrato. De manera que si un sujeto quiere autorizar a alguien para que disponga de sus bienes o de su estado civil, en buena hora que se le exija aclarar de manera expresa las potestades que realmente desea otorgar.

No obstante, debe tomarse en cuenta que tal limitación responde a necesidades eminentemente civiles y no comerciales, siendo que tal rigurosidad no pareciera ser la modalidad más feliz de regular un contrato de mandato que nazca para ser utilizado por operadores del comercio. En cuyo caso cabría incluso la posibilidad de que en virtud de la *natural extensión del mandato mercantil,* la cual hemos reiterado a lo largo de la presente disertación, un mandatario general pueda entenderse para realizar los actos de disposición que se deriven del giro comercial de los actos jurídicos o negocios encomendados.

LOS CONTRATOS DE REMOLQUE Y SALVAMENTO. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES

Javier Madrigal Navarro.

En tierra, la persona que se apresura a salvar la propiedad de otra persona de un peligro es un voluntario que no tiene derecho a ninguna recompensa. La persona que salva una vida en tierra es tratada de manera similar, aunque la mayoría de legislaciones imponen el deber de auxiliar a las personas que lo necesiten cuando las condiciones del salvamento no signifiquen un riesgo para la persona que ofrece dicho salvamento.

En el mar la persona que salva la propiedad recibe una recompensa por rendir servicios con la debida prontitud. Históricamente, el salvamento de vidas fue recompensado moralmente, pues se entendía que este se consideraba un deber moral más que un deber del cual se recibiera a cambio una contraprestación material. Por esa causa se concibe como una tentación natural salvar primero la propiedad, y luego de ello, mirar alrededor por sobrevivientes que pudieran requerir de auxilio[1].

Durante mucho tiempo en la historia del Comercio Internacional, estos institutos jurídicos han sido ya ampliamente desarrollados y discutidos, y su tratamiento en Costa Rica ha sido casi nulo debido al pobre desarrollo del mercado naviero que existe en nuestro país, pero de gran importancia para el mercado nuestro, ya que la vía marítima es la más utilizada para el movimiento de mercancías, no sólo a nivel nacional, sino también internacional, que además forma parte de un derecho antiquísimo, actual y de constante evolución y dinamismo. Y siendo que en el tiempo presente estamos viviendo una cadena de eventos económicos muy importantes, que a nivel mundial influyen directamente en la homogenización del comercio, creo que es preciso tratar con sumo cuidado el tema de los contratos de salvamento y de remolque, pues tarde o temprano deberá tomarse en consideración para la legislación comercial de Costa Rica.

I. El contrato de remolque.

En la técnica de la navegación marítima se habla de remolque para hacer referencia a la operación consistente en el desplazamiento de un buque o más ampliamente, de un cuerpo flotante, mediante la tracción ejercida por otro buque. La expresión contrato de remolque es utilizada para hacer referencia a cualquier supuesto en el que un buque se obliga, mediante un precio, a proporcionar a otro la fuerza de tracción que necesita para su desplazamiento, bien por carecer de ella, por ser insuficiente o por no estar en condiciones de utilizarla[2].

---

1 GILMORE (Grant) y BLACK (Charles L.), **The Law of Admiralty**, The Foundation Press, Inc., Mineola, New York, 1975, p.532.

2 MENENDEZ MENENDEZ (Aurelio), **El contrato de Remolque,** Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1964, p.p. 15, 33.

Nótese que esta concepción se dio a partir de la invención de buques cuya fuerza motriz provenía de un motor a vapor, pues para los buques de vela era imposible realizar un remolque en las mejores condiciones.

A. Concepto.

El contrato de remolque es el contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a arrastrar un objeto flotante perteneciente a la otra. Es un contrato en el que a cambio de un precio, cierto o pendiente de determinar, una embarcación presta un servicio de tracción o empuje a otra en condiciones ordinarias de navegación, sin que el barco ni la ejecución de la ayuda puedan concretarse en una situación de peligro.

González Lebrero nos dice que: "*El contrato de remolque consiste en aquél en virtud del cual una parte, el armador del buque remolcador, se obliga frente a la otra parte, el armador del buque remolcado, mediante el pago de un precio, a aplicar su fuerza motriz bajo las órdenes de este último, a fin de facilitar, complementar o llevar a cabo las operaciones de atraque, desatraque o movimiento del buque respectivo, dentro de un puerto o buque respectivo*"[3].

Diezmiers lo define como: "*… la tracción que, mediante un precio convenido, un buque suministra a otro, para su maniobra, asistencia o salvamento. Cuando el arrastre no se efectúa por un buque remolcador, sino desde la orilla, la operación se llama "sirga*"[4].
Este tipo de contrato no se encuentra regulado en los Códigos de vieja data, ya que tomó auge con la navegación a vapor, pues el velero no puede actuar como remolcador[5] por carecer de la fuerza propia necesaria y porque su marcha no es coordinable con los movimientos del barco remolcado.

Los tipos de remolques varían según la finalidad de la operación que realizan: maniobra, transporte o asistencia.

El Código de Comercio de Panamá se refiere al contrato de remolque de la siguiente manera:

"***Artículo 1493****. El remolcador no tendrá derecho a remuneración por el auxilio o salvamento del buque que remolca o su cargamento, a no ser que haya prestado servicios extraordinarios que no pueden ser considerados como cumplimiento del contrato de remolque*".

Para el Dr. Lushington, citado por Chorley-Giles, "*el servicio de remolque puede describirse como el empleo de un buque para facilitar el viaje de otro, cuando no se requiere nada más que la aceleración de su marcha*"[6].

B. Importancia.

Este contrato es importante para el remolque de lanchones de carga, barcazas y otras estructuras flotantes sin motor propio. Se

---

3 GONZALEZ LEBRERO (Rodolfo A.), **Manual de Derecho de la Navegación**, Ediciones desalma, Buenos Aires, 1966, p.271.

4 DIEZMIERS (Alberto), **Principios de Derecho Marítimo**, Ubrena, Ciencias Políticas, Buenos Aires, 1951, p. 279.

5 Entendemos por remolcador *"aquélla embarcación que sirve para remolcar o llevar una embarcación u otra cosa sobre el agua, tirando de ella por medio de un cabo o cuerda"*.En ese sentido ver PÉREZ VARGAS (Víctor), **Vocabulario de Derecho Marítimo**, Versión preliminar para ser usada en el curso de Contratación Comercial Internacional del Posgrado en Derecho Comercial, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2006, p. 417.

6 LUSHINGTON, citado por CHORLEY-GILES, **Derecho Marítimo**, Bosch-Casa Editorial Urgel, Barcelona, 1962, p. 322.

dice que lo que aquí hay es un contrato de transporte pues se piensa que el buque con su motor propio lo que hace es transportar la barcaza de un punto a otro.

Es importante también en el caso de los buques varados; a éste caso se le estima como una especie de salvamento[7]. La importancia se advierte en el uso que se le da para atracar en ciertos muelles.

C. Naturaleza Jurídica del Remolque.

En cuanto a su naturaleza jurídica se dice que es variable. En primer lugar, si se trata de arrastrar una construcción flotante o inerte, entonces se le ve como un contrato de transporte. En segundo lugar se le puede ver como un arrendamiento de obra, si el navío remolcado continúa bajo la dirección de su propio capitán. En tercer lugar, se ve como un arrendamiento de servicio si coloca el navío transportado bajo la dirección del navío remolcador.

Sobre el particular nos dice George Ripert:

"*El remolque es una operación material que puede ser ejecutada en virtud de un contrato estipulado entre dos buques. Tal contrato es usual, pero bajo un nombre único designa dos contratos bien diferentes:*

1. Un buque puede emplear un remolcador para entrar o salir del puerto, atracar en muelle o cambiar de dique. En este caso el remolcador proporciona al navío la fuerza motriz que necesita temporalmente. El remolcador está bajo las órdenes del buque remolcado. Hay locación de servicios o de obras, según los casos.

2. Chatas que no tienen propulsión propia son remolcadas y a menudo se forma un tren de remolque. Es éste caso es el remolcador quien tiene la dirección de las generaciones, aún cuando la chata remolcada tenga cierta dirección y también personal a bordo. El contrato se asemeja mucho en éste caso al contrato de transporte. El remolcador toma a su cargo las chatas y debe conducirlas a su destino"[8].

Las primeras aportaciones doctrinales en el estudio del contrato de remolque muestran una especial preocupación por su naturaleza jurídica y constituyen un notable esfuerzo en favor de la concepción unitaria. Entre las distintas concepciones más recientes del contrato de remolque tenemos:

1. El remolque como contrato de transporte.

Es la que cuenta con mayor aceptación en la doctrina. Esta orientación, inspirada en gran medida en una noción mecánica de transporte, no hace más que potenciar la significación que tiene el desplazamiento del buque mediante la tracción ejercida por el remolcador. Supone una simplificación de la estructura causal del transporte de cosas, pues hace consistir su contenido en el simple desplazamiento de la cosa de un lugar a otro. Sin embargo, sobre esta posición se discute que se ha apreciado incorrectamente el contenido del contrato, pues se ha dicho que en el transporte de cosas la obligación fundamental del porteador consiste en efecto, en el traslado de la cosa de un lugar a otro, pero ese traslado presupone la entrega de la misma, es decir, que el porteador

---

7 Más adelante trataremos las diferencias más significativas de estos dos institutos jurídicos.

8 RIPERT (George), **Compendio de Derecho Marítimo**, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, p.p. 301-302.

no sólo desplaza, sino que lleva las cosas y por tanto, no cabe concebir como contrato de transporte aquellos supuestos de remolque (como el remolque-maniobra en la entrada de los puertos) en los que falta con toda claridad la entrega de los elementos remolcados al remolcador.

2. El remolque como contrato de fletamento.

Es la posición que considera que el remolque como fletamento se identifica con el transporte marítimo y a su vez, como un contrato de utilización del buque distinto del transporte, caracterizado porque en él, el fletante se obliga, y sólo se obliga a realizar uno o varios viajes predeterminados (fletamento por viaje) o los que señale el fletador en el plazo de duración del contrato (fletamento por tiempo). No obstante, no es fácil entender como el remolque con finalidad de transporte puede ser subsumido en el fletamento, porque en este caso es obvio que el remolcador no sólo se obliga a navegar, sino también a transportar. Por ello, debemos convenir que el remolcador no sólo asume simplemente una empresa de navegación, sino una empresa de transporte en sentido estricto, con toda la trascendencia que esto tiene en orden a las obligaciones de las partes y especialmente al régimen de responsabilidad aplicable al contrato de remolque.

3. El remolque como contrato de obra.

Esta posición acepta la presencia de los elementos del contrato de transporte en el remolque, pero se detiene en la pura consideración de la prestación de hacer como prestación de resultado para llegar a aquella conclusión de que se trata de un contrato de obra. De este modo se llega a un encuadramiento unitario de los distintos supuestos del remolque, pero se desestiman las diferencias prácticas entre unos u otros tipos de remolque, y especialmente se debilita la significación jurídica que ofrece la existencia o no de una relación de detentación entre el remolcador y los elementos remolcados, como ingrediente que lógicamente tiene que operar en la determinación de la naturaleza del contrato y que incide decisivamente en el régimen de responsabilidad de las partes.

4. El remolque como arrendamiento de servicios.

Buscando los beneficiosos efectos que siguen en orden al riesgo de la operación, se ha dicho que el negocio concluido corresponde a un contrato de arrendamiento de servicios, perfilando el sentido de esta calificación con la cláusula por virtud de la cual se entiende que el remolcador sólo proporciona al remolcado su fuerza motriz, y que por tanto, el capitán y el personal a bordo del remolcador quedan bajo su dirección, en calidad de auxiliares durante toda la operación.

D. Responsabilidad por los daños.

El navío remolcador será responsable por los daños que cause al navío remolcado, salvo si se trata de daños involuntarios e incluso podría pactarse la cláusula de no responsabilidad en caso de que se cause un daño. Para Ripert hay que distinguir: "*En el primer caso estando el remolcador a las órdenes del navío remolcado, incurriría en responsabilidad solamente si incurre en culpa y esta culpa debe ser establecida. En el segundo caso, se puede admitir una responsabilidad contractual del remolcador*"[9].

---

9 RIPERT (George), **Op. cit.,** p. 302.

Malvagni apunta lo siguiente: "*En el remolque-transporte, en el cual la dirección del convoy pertenece al remolcador y el remolcado carece de medios de propulsión, a nuestro juicio la responsabilidad de aquel por los daños que sufra el remolcado, será exigida por la disposición fundamental del artículo 909 del Código de Comercio. Es decir, que para eximirse de responsabilidad deberá probar cerca de las tres excepciones de fuerza mayor, vicio propio de la cosa o culpa del cargador*"[10]. Agrega más adelante: "*El remolcador deberá probar la culpa del remolcado, no porque se trata de una acción delictual o cuasidelictual, sino porque la obligación contractual del último de no dañar al primero es una obligación de medios y no de resultado, y que consiste en usar la debida diligencia para que tal hecho no ocurra. La prueba del remolcador debe consistir precisamente en que el remolcador debe consistir precisamente en que el remolcado no usó de esta debida diligencia*"[11].

Sobre el inicio del contrato de remolque existen posiciones encontradas. Algunos sostienen que el contrato comienza en el momento en que se enlazan los cabos y termina cuando se desenlazan.

Otros sostienen que el contrato se inicia cuando el remolcador emprende el viaje hacia el remolcado y termina cuando el remolcador se desliga completamente del remolcado.

Finalmente otro grupo sostiene que el contrato comienza cuando el remolcador está en condición de recibir instrucciones del navío remolcado.

E. Efectos.

Entre los efectos del contrato del remolque se distingue:

1. Obligaciones del remolcador.

El armador del buque remolcador debe proveer un buque en estado de navegabilidad, equipado y tripulado convenientemente y apto por su potencia y maniobrabilidad para el cumplimiento del servicio para el cual ha sido contratado; además, esa provisión debe llevarse a cabo en el lugar y tiempo convenidos y obedecer las instrucciones que emita el armador (normalmente el capitán) del buque remolcado[12].

En otras palabras, el buque remolcador tiene la obligación de efectuar el remolque y estar en condiciones de navegabilidad y muy especialmente, tener la potencia necesaria para cumplir con el servicio a que se ha comprometido.

Debe revisar los cabos de remolque antes de iniciar el viaje; durante el mismo debe prestarle todos los cuidados destinados a su seguridad, y en el puerto de destino debe entregar el buque remolcado en las mimas condiciones en que lo recibió. Es buen advertir que cuando se trata de varias embarcaciones las que se van a remolcar, la formación del respectivo tren convoy le corresponde al buque remolcador. Como vemos, es importantísima la condición de navegabilidad del buque remolcador.

---

10 MALVAGNI (Atilio), **Derecho Marítimo (Contratos de transporte por agua)**, Roque De Palma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 851 y 852. Es evidente que de lo que aquí nos habla Malvagni es de lo estipulado en el artículo 702 del Código Civil, sobre la situación eximente de responsabilidad originada por **el hecho del acreedor, la fuerza mayor o el caso fortuito**.

11 Ídem, p. 302.

12 GONZALEZ LEBRERO (Rodolfo A.), **Op. cit.,** p.271.

2. Obligaciones del remolcado:

El buque remolcado debe dar la información necesaria sobre la carga que contiene y además tiene la obligación de dar las instrucciones para que el remolque sea realizado de la mejor manera posible y debe ir indicando al remolcador las circunstancias del viaje, pero en especial debe obedecer las órdenes del buque remolcador. Además, al decir de González Lebrero: "*la obligación del buque remolcado consiste en pagar el precio de los servicios y emitir con claridad y precisión las órdenes pertinentes*"[13].

F. Tipos de remolque.

Entre los principales tipos de remolque señalados por la doctrina tenemos:

1. Remolque marítimo

Contrato en el que a cambio de un precio, cierto o pendiente de determinar, una embarcación presta un servicio de tracción o empuje a otra en condiciones ordinarias de navegación, sin que el barco ni la ejecución de la ayuda puedan concretarse en una situación de peligro.

2. Remolque de fortuna.

Es el remolque concertado en el mar entre dos embarcaciones sin precisión en el precio y las condiciones del servicio. Es un tipo de remolque en el que no intervienen profesionales del remolque, sino embarcaciones de cualquier tipo y este debe haber sido solicitado por el buque que se encuentra en el mar en una situación anómala no peligrosa.

3. Remolque de servicio.

Es el remolque que se ofrece en tierra y es un servicio que lo presta el servicio portuario como servicio público. Suele estar gestionado por empresas privadas previa aprobación de la concesión por parte de la autoridad portuaria.

II. El contrato de salvamento.

El derecho marítimo, desde tiempos pasados, se ha convertido en una especialísima rama del Derecho completamente autónoma. Esta aseveración se hace particularmente porque forman parte de éste, figuras muy ajenas al resto de las demás ramificaciones del Derecho, aún del mismo Derecho comercial, del cual forma parte importante.

Con base en la característica "***inseguridad de la navegación marítima***" es que se originan catástrofes que dan lugar en el derecho marítimo a instituciones como lo son el salvamento y el remolque, todas propias y únicas dentro del Derecho Marítimo. En la navegación por mar, desarrollada extensamente dada la necesidad del hombre a no limitarse al comercio posible únicamente por vía terrestre, el salvamento, también conocido como auxilio o asistencia, constituye una figura especial, visto antes como una cuestión de honor y luego como una idea de solidaridad que debe prevalecer cuando un navío o las personas y las cosas embarcadas en él precisen de ayuda.

Hoy día ese concepto ha evolucionado por el avance de la tecnología y el mejoramiento en la capacitación e idoneidad de los tripulantes, que han contribuido a reducir ese riesgo en

13 GONZALEZ LEBRERO (Rodolfo A.), **Op. cit.,** p.271.

la navegación marítima. La introducción del buque de vapor en ésta ha constituido un adelanto en cuestiones de salvamento ya que lo posibilita, sin exponerse tanto el salvador como antes ocurría.

El salvamento de personas, ya sea mar adentro o cerca de la costa siempre se consideró una obligación moral, y por ello las leyes de todos los países del mundo que algo regulen sobre el Derecho Marítimo obligan a sus ciudadanos a prestar auxilio a las personas que se encuentren en peligro en el mar, sin recibir por ello remuneración material alguna y sufriendo castigo en caso de incumplimiento de este deber moral.

No obstante, **el salvamento de bienes** (buques, mercancías, etc.) no constituye una obligación moral ni tan siquiera legal. Por ello, el que salva estos bienes tiene derecho a percibir una remuneración. Pero ¿cuándo existe realmente un salvamento? En muchos casos es muy difícil determinar si una ayuda prestada a un buque en el mar constituye o no un salvamento.

La Convención de Bruselas no define la diferencia entre salvamento o auxilio y sólo se limita a señalar que la prestación de un auxilio o salvamento con resultado útil tiene derecho a premio. Y ese premio o remuneración sino ha sido fijada con anterioridad será establecida por los árbitros o tribunales ante quienes se somete el caso concreto, quienes tendrán en cuenta las circunstancias de dificultad y peligro que son las que finalmente determinaran el monto del premio.

Cuando el salvamento de un buque no puede hacerse por sus propios medios, el Capitán es quien solicita el salvamento de parte de otros buques por medio de un mensaje radial u otro medio cualquiera, y recibe normalmente, en plazo corto, la asistencia de uno o varios buques que le ofrecen su colaboración. En algunos casos, sin que el Capitán pida ayuda, algunos barcos se la ofrecen cuando observan que el primero está en peligro; pero mientras el Capitán rechace la asistencia que le proponen, aún cuando le sean prestados, no existe derecho a ningún tipo de remuneración.

Veamos el siguiente ejemplo para ilustrar la situación: Un buque se encuentra en el mar con un incendio a bordo que la tripulación está tratando de extinguir por sus propios medios. Se acerca a su lado un buque remolcador de salvamento preparado especialmente para brindar el servicio contra incendios. Este remolcador le ofrece ayuda, pero el Capitán del buque la rechaza. Aún cuando el remolcador colabore en la extinción del incendio arrojando agua, por ejemplo, contra el costado del buque incendiado, no tendrá derecho a remuneración alguna. Pero si el Capitán, viendo que es incapaz de apagar el incendio, solicita la ayuda del remolcador, este cumpliendo con su asistencia sí tendrá derecho a una remuneración.

Como vemos, cuando el Capitán solicita o acepta un salvamento concreto, de hecho, ha realizado un contrato de salvamento que puede ser escrito pero que generalmente es un acuerdo oral en donde no se detallan las condiciones contractuales. Es importante par los efectos del

presente trabajo, tener en consideración algunos detalles importantes del ejemplo anterior que serán descritos más adelante.

A. Concepto de Salvamento y algunas de sus consideraciones.

Entonces, en términos generales podemos definir salvamento (o asistencia) como todo auxilio prestado a un buque o a los restos náufragos de una aventura marítima, en peligro[14].

Es necesario decir que el salvamento implica una ayuda prestada a un buque en peligro, ayuda ésta que puede ser desde remolcarlo hasta una labor tan delicada como lo es la desvarada de un navío encallado y un peligro para el que presta este tipo de auxilio. Otro punto que debe aclararse es si es necesario que sea un buque el que preste el salvamento y que la ayuda sea motriz o si puede el salvamento ser incluso intelectual por parte de una persona.

Según lo explica Guillermo Cabanellas, "*salvamento marítimo es el deber humano y jurídico de contribuir en la medida de las posibilidades, y sin que los riesgos propios sean grandes, el auxilio de tripulantes y pasajeros en peligro de zozobrar, abandonados a elementos extremos de seguridad (botes balsas), refugiados en parajes inhospitalarios o deshabitados, o en otro trance de riesgo grande para su vida o subsistencia*"[15].

Tal como lo mencionamos antes, concuerda dicha definición con el hecho que dentro del vocabulario, "*asistencia*" y "*salvamento*" son términos próximos, aunque mayor angustia presente la situación cuando de salvar se trata, sobretodo si una vida se encuentra de por medio. E inclusive nuestra legislación penal prevé el tipo de responsabilidad en que se recae por omitir prestarle el auxilio necesario según las circunstancias y cuando pueda hacerlo sin riesgo personal, cuando una persone falte a este deber.

Sin embargo, y para los efectos que pretendemos, esta definición es correcta en cuanto a que determina que el objeto del salvamento puede comprenderlo el buque, la carga y las personas en éste. A pesar de ello, este autor considera también como salvamento el auxilio prestado a pasajeros y tripulantes abandonados en parajes solitarios o deshabitados, lo que sería más bien un rescate de náufragos y no un salvamento, ya que cuando éste se da con respecto a personas se limita a la ayuda prestada a los pasajeros o la dotación de la nave antes o durante el siniestro.

Se considera que el salvamento es la prestación de una actividad dirigida a sacar un buque, personas o cosas de una situación de peligro en que la que se encuentren, ya sea en el mar o en aguas interiores. Esta enunciación incluye que el salvamento puede darse en aguas fluviales o interiores y podría interpretarse que también incluye la posibilidad de que el mismo sea prestado por personas y no por embarcaciones.

Existe un convenio internacional, conocido como el Convenio de Bruselas, al que están adheridos numerosos países, el cual regula

---

14 GONZALEZ LEBRERO (Rodolfo A.), **Op. cit.,** p.307

15 CABANELLAS (Guillermo), **Diccionario de Derecho Usual**, Tomo IV, Editorial Omeba, Buenos Aires, 1968, p. 13.

las condiciones por las que deben regirse las operaciones de auxilio y salvamento. En dicho Convenio concurren cuatro situaciones importantes a tomar en cuenta con respecto al auxilio de seres humanos en situaciones difíciles de navegación. Estas son:

1.- En general es obligatorio el auxilio de personas, y el capitán de un buque que ha recibido las correspondientes señales de socorro, debe dirigirse sin demora a su encuentro para salvar las personas que se hallen a su bordo[16].

2.- También concurre la obligación de auxiliar a las personas que están a bordo de un buque que ha sufrido un abordaje, debiendo permanecer a su lado el otro buque, en el tanto eso no implique aumentar el escenario riesgoso[17].

3.- Todo capitán está obligado a prestar asistencia a toda persona, aún siendo enemiga, que esté en el mar en peligro para su buque, tripulación y pasajeros[18].

4.- El salvamento de personas no da derecho a percibir remuneración alguna. No obstante, los salvadores de vidas humanas que han participado en los servicios llevados a cabo con motivo de un accidente que ha dado lugar a una asistencia o a un salvamento, tienen derecho a recibir una porción equitativa de la remuneración otorgada a los salvadores del buque y de la carga[19].

Existen dos aspectos muy interesantes que se han planteado en la doctrina del Derecho Marítimo.

En primer lugar muchos maritimistas han concordado en opinar que incluso el salvamento puede darse por actividad intelectual de una persona en el planeamiento de una estrategia para ejecutar el salvamento físicamente.

En segundo lugar también se ha discutido que el sujeto salvador puede ser una corporación o una agencia pública. Siempre que no sea una obligación derivada de su cargo, ya sea un miembro de esta tripulación o una entidad estatal que se dedica al rescate como son los guardacostas, ya que si estos lo realizan no están obligados a recibir ningún tipo de recompensa por los esfuerzos extraordinarios que presten durante una emergencia en la nave que podría desencadenar en un salvamento de la misma.

Salvamento, entonces, sería toda la ayuda, ya sea material o incluso de índole intelectual prestada, ya sea por una nave u otra persona, encaminada a socorrer a un buque, su carga y a personas dentro de ese buque, incluyendo aquí a la tripulación y los pasajeros, de un peligro que se cierne sobre ellos.

Hay que destacar que el acto no debe implicar un peligro mayor para el buque salvador, y si genera para sí el derecho a recibir remuneración, esta será proporcional al esfuerzo realizado, al resultado alcanzado y el peligro afrontado[20].

El salvamento se convierte de deber humano a derecho económico una vez que se preste la ayuda al buque o al personal en peligro, particularmente cuando el salvamento de que se trata ha producido un resultado útil, requisito

---

16 **Regla 10º** del Capítulo V de la **Convención Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar de Londres de 1948**.

17 **Artículo 8º** de la Convención Internacional de Bruselas de 1910 sobre Abordajes.

18 **Artículo 11º** de la Convención Internacional de Bruselas de 1910 sobre Asistencia y Salvamento.

19 **Artículo 9º** de la Convención Internacional de Bruselas de 1910 sobre Asistencia y Salvamento.

20 GONZALEZ (Primo E.); **El salvamento de naves en la legislación marítima panameña**, Universidad de Panamá, 1991, p. 15.

en muchas legislaciones para que proceda una exigencia económica por el salvamento.

B. Tipos de salvamento.

Podemos clasificar el salvamento de acuerdo a la orden que se obedece al realizarlo en obligatorio, facultativo y contractual.

1. Salvamento Obligatorio.

Es toda ayuda prestada ya sea por un buque u otro medio físico a una nave en peligro y que se origina sobre la base de una mandato expreso por parte de las autoridades competentes, como por ejemplo lo sería un tribunal de puerto o una capitanía de puerto o aquél dispuesto por una disposición legal, tomando en cuenta que la obligatoriedad pueda originarse tanto en puerto como en alta mar. Esta se basa en un deber de tipo humanitario y es irrenunciable para el capitán del navío salvador cuyo cumplimiento genera una responsabilidad de tipo penal, como lo mencionamos anteriormente, legal y doctrinaria cuando esta no sea prevista por las leyes de un país.

2. Salvamento Facultativo o Espontáneo.

Este tipo de salvamento se da cuando es prestado por voluntad propia del salvador sin que esté obligado a ello por ningún deber legal, ya sea espontáneamente o a requerimiento del navío que se halla en peligro de zozobrar, pero nunca en contra de este. Se distingue del salvamento obligatorio porque es este no se requiere el consentimiento del buque salvado, en cambio, en el facultativo no surtirán los efectos del mismo, si no hay consentimiento de la nave salvada.

3. Salvamento Contractual.

Las urgencias marítimas son las que originan la necesidad de tener formatos estándares de contratos. Así, en el salvamento que se origina del acuerdo entre el representante de la nave en peligro y el capitán o armador de la nave salvadora, ya sea por escrito, por radiotelefonía, radiotelegrafía o cualquier otro medio de comunicación, es de tipo contractual y actualmente se acepta que se lleve a cabo por los "**LLOYD STANDARD AGREEMENT OF SALVAGE"** o **"LOF"**, que son un tipo de contrato escrito estandarizado, que son utilizados en general por aquellos buques que se dedican a prestar estos servicios.

Entonces el buque salvador queda obligado a remunerar y el salvador queda obligado a proporcionar o suministrar de su propio esfuerzo en las labores de salvamento, sujeto a cláusula de que **"*sino salva, no hay paga*"**, lo cual es lo característico en el contrato de salvamento (auque dicha cláusula admite un sin fin de interpretaciones). Esto se da para no sobrecargar al dueño del buque en peligro, de gastos, en caso de que no se salve la nave en peligro. Resulta evidente pues, que sería un cobro a contingencia, la cual sería que lo que se persigue salvar sea salvado.

Otras clasificaciones del contrato de salvamento se realizan **solo y con respecto al precio**, remuneración o premio[21] a pagara por el auxilio brindado. Por ejemplo:

1. Contrato a precio fijo.

Este precio se pacta con independencia de que el salvamento se realice con éxito o no. Salvo

21 PINACHO BOLAÑO (Javier), **Tráfico Marítimo**, Fondo Editorial de Ingeniería Naval, 1978, p. 308.

casos muy particulares, es muy difícil fijar a priori una remuneración justa y razonable, por lo que este tipo de contrato apenas se utiliza en la práctica.

2. Contrato a porcentaje fijo del valor de lo salvado.

Tampoco se utiliza mucho esta modalidad de contrato por la dificultad que encierra determinar, a priori, el porcentaje. La determinación del valor de lo salvado no ofrece dificultad ya que se somete al arbitraje de especialistas.

3. Contrato "no cure, no pay".

Es el tipo de contrato más utilizado a nivel mundial. Como lo indica su nombre, "*sino hay salvamento no hay pago*".

Al llegar a la escena de un contrato de salvamento, muchos salvadores profesionales le plantean al armador un contrato de este tipo. Al firmarse dicho contrato, el armador por lo general acepta alguna clase de arbitraje vinculante, el cual conseguirá que se determine con relativa rapidez el monto apropiado del precio por el salvamento. El armador, así mismo, reconoce que los servicios suministrados serán la base de un reclamo de remuneración por salvamento y que el salvador tendrá derecho a retención del buque por el monto del reclamo. A pesar de la existencia de un contrato de salvamento "No cure, no pay", y a falta de un contrato de remolque, para reclamar la recompensa el salvamento debe ser totalmente voluntario y exitoso, tal y como lo veremos más adelante.
La principal diferencia entre un salvamento con o sin un acuerdo de "*No cure, no pay*", es que sin el acuerdo el armador no estará obligado a presentar un arbitraje vinculante para determinar el monto de la recompensa. Si el armador no esta de acuerdo con el monto de la recompensa entonces el salvador necesitará presentar el caso ante un tribunal a fin de que le paguen.

Es condición imprescindible que el salvamento se haya realizado con éxito para que exista el derecho al pago. Este pago puede señalarse a priori, o bien se deja sin señalar para que sea fijado por los árbitros que designen las partes contratantes, pues es así como se hace con frecuencia. Normalmente suele utilizarse el Comité de Arbitraje de Lloyd's, el cual es un tribunal altamente especializado para el tratamiento de estos asuntos.

Debemos tener claro que aunque se fije una cifra por el servicio, si el salvamento no tiene éxito, no se cobrará por el servicio. Además tal cifra puede ser impugnada por el hecho de que es muy difícil tanto por parte del armador o del Capitán del buque siniestrado como de parte del armador, señalar una cifra justa y razonable en momentos de peligro en que influyen factores psicológicos propios de quienes viven el percance en ultramar.

Puede darse también la situación de que el salvamento tenga un éxito parcial. En este caso puede fijarse un porcentaje límite también muy difícil de señalar a priori.

Es por esta razón que algunos autores señalan que en el caso más frecuente se firma el contrato sin señalar ninguna de estas cifras, dejando al criterio de Lloyd's la fijación del premio así como la cifra que el armador debe depositar como garantía de pago del servicio[22].

---

22 PINACHO BOLAÑO (Javier), **Op. cit.,** p. 309.

Sino se efectúa el depósito, el salvador tiene derecho de retención sobre el buque.

Debido a que cada situación de salvamento es diferente, se hace extremadamente difícil establecer un monto para las recompensas debidas al auxilio. Donde no exista un contrato "*No cure, no pay*" que requiera arbitraje, un tribunal marítimo establecerá el monto de la recompensa después de que el salvador presente la demanda contra el armador o su embarcación tal y como lo dijimos anteriormente.

Un dato interesantísimo al respecto, es que los Estados Unidos es miembro de la Convención sobre Salvamento del año de 1989, conocido como "SALCON '89". Esta convención intenta estandarizar u homogenizar el derecho de salvamento. SALCON '89 incluye diez razonamientos diferentes que deben ser reconocidos a fin de que un tribunal arbitral determine el monto debido de la recompensa por el hecho del salvamento. Al monto máximo de la recompensa se le pone un tope que será el valor post-salvamento de la embarcación. Estos diez criterios a tomar muy en cuenta en cada fallo son los siguientes:

- El valor salvado de la embarcación y otras propiedades en ella;
- La pericia y los esfuerzos de los salvadores para prevenir o minimizar daños al medio ambiente;
- El grado de éxito obtenido por el salvador;
- La naturaleza y el grado de peligro;
- La pericia y esfuerzos de los salvadores para rescatar la embarcación, otras propiedades y las vidas humanas si las hubieran;
- El tiempo utilizado, los gastos y las pérdidas sufridas por los salvadores;
- El riesgo de responsabilidad y otros riesgos corridos por los salvadores o sus equipos;
- La prontitud de los servicios prestados;
- La disponibilidad y uso de las embarcaciones u otro quipo previsto para las operaciones de salvamento;

El estado de buena disposición y eficiencia del equipo del salvador y del valor mismo.

Algunas veces sucede que un salvador rescata exitosamente una embarcación y luego se entera que se trata de una pérdida total o que su valor post-salvamento no es suficiente para cubrir una recompensa de salvamento considerable.

En los casos de pérdida total (sin éxito), el salvador no tiene ninguna recompensa. Sin embargo, el salvador tendrá derecho a una recompensa "de compensación especial", la cual es una nueva forma de recompensa adoptada por la SALCON '89. Esto tiene como objetivo fundamental el de fomentar a los salvadores, aún en casos donde el rescate de la embarcación fue imposible, para que así continúen esforzándose todo lo posible a fin de minimizar el daño al medio ambiente por lo hidrocarburos. Ello cubre un pago por gastos varios, y un monto adecuado al equipo y personal utilizado en la operación de salvamento.

C. Elementos esenciales del salvamento.

Entre los elementos esenciales que deben concurrir para que se de la figura del salvamento están:

1. El peligro.

El peligro en el contrato de salvamento es un elemento importantísimo en la formación de la relación jurídica de las partes.

No califica como salvamento una situación en la cual el peligro no sea de magnitud y que represente un riesgo extremo para el buque. Se ha dicho que no se considera salvamento si el peligro no es de tal magnitud que amerite la intervención de un tercero[23].

El peligro tiene que ser real desde el punto de vista objetivo y debe amenazar la pérdida o graves daños al barco y demás bienes de a bordo. González Lebrero lo dice con las siguientes palabras: "*No es indispensable que el peligro sea inminente o absoluto: es suficiente que sea posible, pero debe ser real y sensible, vale decir, efectivo e idóneo para producir la destrucción de los bienes expuestos a él. La situación de peligro no debe ser imaginada sino resultar de una apreciación razonable, si bien será una cuestión de hecho que deberá resolverse según las circunstancias particulares de cada caso*"[24]. El peligro debe ser actual y no una mera expectativa causada por la naturaleza o por actos humanos. Sin embargo, la doctrina ha incluido las situaciones en que, aunque el peligro no es inmediato, es razón justa de preocupación.

2. La ayuda voluntaria.

Cualquiera que sea la motivación que impulse al asistente o al salvador a prestar su ayuda (sea por el interés a una remuneración o por el sentido de solidaridad humana), ésta debe ser voluntaria, no en el sentido de que debe basarse en la libre determinación de quien toma la decisión, sino en que no debe reconocer una obligación legal o contractual preexistente de proceder de tal manera. En otras palabras: quien asiste o salva bienes no debe estar obligado a ello con anterioridad al acto por vínculo legal o convencional alguno[25].

La ayuda podría ser de asesoramiento o instrucción al responsable de la embarcación en peligro, sin que necesariamente se plasmara en un acto de ayuda material, es el caso de lo que se considera en Derecho Marítimo como "*socorro potencial*".

El requisito que dice que un servicio de salvamento sea "voluntario" no deberá ser exagerado. La voluntariedad sólo exige que no exista una obligación contractual preexistente entre el salvador y la embarcación en peligro. Si el remolcador tiene un contrato para realizar un trabajo, éste no puede presentar un reclamo por salvamento. En otra excepción están los salvadores obligados -por estatutos o leyes- a prestar auxilio tales como los guardacostas, la policía y los bomberos. Estos no pueden pedir ningún reclamo a remuneración por el salvamento, debido a que sus servicios no son considerados voluntarios.

3. Resultado útil

En la Convención de Bruselas de 1910 sobre asistencia y salvamento se determina que "*no se debe remuneración alguna si el auxilio prestado no produce un resultado útil*".

---

23 Sentencia del **Tribunal Marítimo de Panamá** del 22 de Enero de 1988 en el caso PAMAR vs. M. N. SIETEMARES.
24 GONZALEZ LEBRERO (Rodolfo A.), **Op. cit.,** p. 310.
25 Ídem, p.310.

Esto quiere decir que no hay salvamento sino hay resultado favorable. Aunque se haya dado el peligro y se haya brindado el buque de ayuda, si no hay una derivación ventajosa no existirá el salvamento. Ha de producirse ese resultado útil, aunque sea parcial. No vale con la sola acción del salvamento. Podríamos contemplar (en relación con lo que más adelante se tratará) una excepción al resultado útil: el caso de la amenaza al medio ambiente.

Las simples tentativas no son suficientes pero sí lo son los esfuerzos que de cualquier manera han contribuido al éxito final, aunque este haya sido logrado por otras personas, siempre que exista una relación causal entre los servicios de unos y otros y no se haya abandonado aquellos esfuerzos[26].

No es necesario que el salvador se dedique al comercio o que sea un remolcador/salvador profesional. Los navieros de paso conocidos como salvadores de casualidad, también tienen derecho a presentar reclamación de recompensa por salvamento cuando han obtenido un resultado útil. La única diferencia está en el tamaño de sus recompensas, visto que los salvadores profesionales tradicionalmente tienen derecho a recibir un incentivo en su recompensa por la inversión de tiempo y dinero que hacen al adquirir y mantener sus equipos de auxilio, por mantener la vigilancia por radio y por estar listos en casos de emergencia para ayudar otras embarcaciones en peligro. Esa recompensa más generosa para los profesionales es un incentivo, una plusvalía del servicio prestado para que los salvadores profesionales se mantengan proporcionando este servicio público necesario.

4. No puede darse contra la voluntad del salvado.

El salvamento no puede ser impuesto al titular de la embarcación auxiliada contra su voluntad. Y no tendrán derecho a percibir remuneración alguna las personas que hayan tomado parte en las operaciones de socorro a pesar de la prohibición expresa y razonable del buque a socorrer.

Este aspecto es conocido también como "*conformidad del capitán del buque en peligro*"[27], y lo que quiere decir es que, cualquiera sea el estado y la situación del buque, hallándose el capitán a bordo conserva su plena autoridad y nadie puede sin su expreso consentimiento prestar asistencia o salvamento ni entrar en aquél bajo cualquier pretexto.

En la Convención de Bruselas de 1910 sobre asistencia y salvamento se niega el derecho al salario cuando los servicios se han llevado a cabo a pesar de la prohibición expresa y razonable del capitán del buque auxiliado (artículo 3); o sea, que el rechazo debe manifestarse y al mismo tiempo dicho rechazo debe ser resultado de un razonamiento aceptable y crítico frente a la situación del caso concreto.

D. Remuneración y Gastos de salvamento.

Como lo hemos dicho anteriormente, los gastos de salvamento no se deben a la voluntad del armador o de sus empleados, sino a la de terceras personas que efectúan gastos para salvar el buque o algún elemento del mismo, incluso contra la voluntad del armador.

---

26 GONZALEZ LEBRERO (Rodolfo A.), **Op. cit.,** p.312.
27 GONZALEZ LEBRERO (Rodolfo A.), **Op. cit.,** p.312

Se considera como gastos de salvamento la remuneración a que tiene derecho el salvador.

Como ejemplo podemos suponer que un buque, al correr una tormenta, pierde los botes salvavidas que son recuperados por otro buque y devueltos al armador. La remuneración que se debe dar al salvador constituye un gasto de salvamento.

Tienen derecho a percibir remuneración, tanto el titular del barco asistente como su tripulación y personas ajenas a ella que hayan participado en las tareas de auxilio. La costumbre marítima en esos casos divide la remuneración en dos tercios del valor (descontados los gastos, daños y perjuicios) para la tripulación y personas ajenas que hayan colaborado; el tercio restante es para el titular del barco salvador.

La remuneración siempre corre a cargo del titular del barco salvado. Existe también un derecho de retención de bienes por parte del salvador, a no ser que se preste aval o exista póliza de seguro que garantice el cobro del salvamento.

E. Sobre la jurisdicción en estos casos.

La doctrina señala con gran vehemencia la importancia de crear una jurisdicción especial. Esta jurisdicción debe ser llevada por Juzgados Marítimos Permanentes y por un Tribunal Marítimo Central.

Es de notar que esta Jurisdicción puede ser de carácter administrativo pero sus órganos deben formar parte de los Tribunales Judiciales Estatales.

La acción ante un Juzgado Marítimo persigue obtener la remuneración a través de por ejemplo, un embargo administrativo de la embarcación y de otros bienes y es importantísimo tener en cuenta aspectos relativos a la Lex Mercatoria Internacional, y según la doctrina, para asegurar un rápido accionar de los Juzgados Marítimos, por tratarse de materia comercial, y por ende dinámica y cambiante, no precisa la presencia de abogados ni de procuradores estatales, salvo en casos muy complejos o donde confluyan intereses económicos estatales.

F. Sobre las diferencias y similitudes de dichos contratos.

A pesar del desconocimiento que de dichos institutos jurídicos existe en nuestro país, éste no es un mal que sólo se presenta en Costa Rica. Cada año muchos armadores[28] y algunos aseguradores, de todos los lugares del mundo, descubren que existe una importante diferencia entre el remolque por contrato y el salvamento.

Y lo interesante del caso, es que se dan cuenta de tal diferencia por el costo que implica uno u otro contrato, y tal diferencia en muchos casos puede ser enorme.

---

28 Entiéndase por armador *"aquélla persona bajo cuyo nombre y responsabilidad directa gira la expedición o la gestión de la explotación de un buque, tanto náutica como comercial…es la persona física o jurídica que es titular del ejercicio de la navegación de un buque, vale decir, la que lo haga navegar por cuenta y riesgo propio, aunque el buque sea ajeno. Armar un buque significa",* En ese sentido ver PÉREZ VARGAS (Víctor), **Op. cit.,** p. 372.

El costo por un servicio de remolque se basa en la mayoría de los casos por las tarifas horarias de la compañía de remolque, y dicha suma puede ser insignificante si se compara con la recompensa que se pide a cambio por un salvamento, las cuales a menudo se basan en la afirmación del salvador que alega tener derecho a una buena y generosa recompensa por rescatar la propiedad del daño a consecuencia del riesgo de los mares; inclusive, muchos salvadores basan su solicitud en un porcentaje del valor de la nave salvada, la cual puede oscilar entre el uno por ciento y el total del valor de la nave salvada.

Con el siguiente ejemplo veremos que existe una diferencia notable entre el costo de un remolque marítimo y un salvamento marítimo. Resulta que tenemos un yate de $150.000, el cual es resueltamente varado por su propietario porque este no puede encontrar la fuente de una fuga. Si se llamara a un remolcador y este acordara asistir a la embarcación basándose en una tarifa horaria y luego reparara la fuga y se retirara en cuatro o cinco horas, y luego facturara por su trabajo sobre la tarifa horaria, el costo sería de unos seiscientos u ochocientos dólares. Si en otro caso similar el remolcador marítimo llega y ve una embarcación en peligro porque el clima empeora o porque la embarcación varada se encuentra cerca de un canal, y provee sus servicios sin un acuerdo contractual previo con el armador, este remolcador puede exigir y recibir una recompensa por concepto de salvamento por $30.000 por hacer básicamente el mismo trabajo.

Para simplificar la vida en el mar, varias compañías profesionales de remolque y salvamento marítimo adoptan pólizas no escritas que definen qué situaciones y riesgos consideran que presentaran situaciones de salvamento a diferencia de simples trabajos de remolque. Por ejemplo, muchas compañías consideran simples trabajos de remolque en buen clima o trabajos de “varada ligera”, que requieren sólo un bote remolcador, como los trabajos de remolque sencillo y luego envían a los armadores las facturas por remolque.

Pero por otro lado, muchas compañías consideran cualquier trabajo que requiera más de un bote remolcador (como en las llamadas varadas pesadas o un trabajo realizado en circunstancias de peligro, como en la niebla, en bajíos o durante una tormenta) como un trabajo de salvamento marítimo y le enviarán por ese servicio una factura de recompensa por salvamento. Otras compañías de remolque y salvamento no adoptan las pólizas mencionadas, y salvo pacto en contrario con el armador, estas considerarán todo trabajo que implique el más mínimo peligro real o potencial como un trabajo de salvamento marítimo[29].

Conclusiones.

Esperamos que este trabajo haya podido aclarar las diferencias entre el contrato de remolque marítimo y el salvamento marítimo. Debido a que las embarcaciones de recreo están sujetas a las mismas leyes que los grandes transoceánicos, el armador de una embarcación de recreo deberá ser igual de

29 En ese sentido ver WHITE (Stephen F.), **Entendamos la diferencia entre Remolque y Salvamento**, publicado en la revista Boats, traducción libre por Carlos Yepez Rivas, p. 3.

astuto que un Capitán de alta mar al momento de elegir soluciones cuando su embarcación se encuentra expuesta al peligro marítimo. Los salvadores marítimos aún deberán ser considerados como los "*buenos samaritanos-servidores del mar*". Ellos ofrecen un servicio inestimable y necesario. Sus servicios ofrecidos voluntariamente sólo son mal entendidos por armadores que no comprenden la diferencia entre aceptar los servicios de un salvador y emplear a un contratista por hora. La única forma de impedir sorpresas y confusión y de estarse completamente seguro de que va a recibir una factura por los servicios prestados a diferencia de una factura por recompensa por salvamento, es tener un acuerdo por escrito con el contratista de servicios marítimos antes de que empiece su trabajo. Si se ha firmado un acuerdo por servicios pagados por hora, entonces podrá llevar la cuenta de los gastos de dichos servicios a medida que se realizan y no deberá porqué temer recibir de improviso una factura de proporciones considerables por recompensas por salvamento calculada basándose en un porcentaje del valor de su embarcación. De esta manera se evitarán malas noticias en cuanto al cobro por servicios prestados en virtud de uno u otro contrato y se tendrá como bien cobrado el trabajo realizado por estos "*servidores del mar*".



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 35254