



4

NUMERO

CIUDAD
UNIVERSITARIA
RODRIGO
FACIO

1992

HERMENEUTICA

REVISTA ESTUDIANTIL DE CIENCIAS JURIDICAS
FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Hermenéutica agradece profundamente a las siguientes personas
e instituciones que colaboraron con la presente edición:

Prof. Gonzalo Castellón Vargas
Prof. Luis Baudrit Carrillo
Prof. Ricardo Hilje
Prof. Hugo Alfonso Muñoz
Prof. José Enrique Rojas Franco
Prof. Carlos Rivera Bianchini
Prof. Mario Houed Vega
Prof. Rolando Soto
Prof. Marielos Soto Gamboa
Prof. Rodolfo Saborío Valverde
Prof. Hernando París
Prof. Odilón Méndez Ramírez
Prof. Víctor Pérez Vargas
Carlos González
Tatiana Salgado
Pilar Cortés
Alvaro Montoya
Ana de Salgado
Presidencia de la República
Uri Weinstock
Pamela Sittenfeld
Gustavo Céspedes
Juan Aguilar

Victoria Rodríguez, Directora Biblioteca Facultad de Derecho
Jorge Enrique Romero, Decano Facultad de Derecho
Rodolfo González, Jefe Relaciones Públicas BNCR

Presentación

La vida humana siempre está guiada por ilusiones y esperanzas. Ellas determinan el rumbo por seguir y nos dan el aliento necesario para, algún día, concretarlas y que sean una realidad.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica ha sido cuna de ambiciosas ideas. Un ejemplo de ellas es aquel proyecto de una revista que contuviera las mejores investigaciones de los estudiantes, totalmente preparada y dirigida por futuros juristas. Conocedores de la imperiosa necesidad que teníamos de un medio a través del cual expresar nuestras inquietudes intelectuales, hemos reiniciado la tarea de compilar esas manifestaciones.

Con el orgullo y la satisfacción que significa ver culminada esta ilusión, presentamos ante la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y al público en general, la cuarta edición de nuestra revista estudiantil. Hemos pretendido que sea este un número ágil, que refleje el cambio de los tiempos. Pero sobre todo, que sea una pequeña puerta que abra para el estudiante una salida hacia el campo de la investigación y la reflexión. Nuestro objetivo es, sin duda alguna, brindar un estímulo a la crítica y al pensamiento; que sea este el primer eslabón de una cadena de conocimientos frescos y renovados; el renacimiento, aunque modesto e incipiente, de una doctrina jurídica nacional.

*Por ese motivo, la Revista ha adoptado un nuevo nombre. Apartir de este momento el nombre **Hermenéutica** representará este cúmulo de esperanzas y deseos de mejora. El Derecho no es materia inerte arrastrada por el inexorable paso del tiempo. Inevitablemente debe responder a las necesidades de una sociedad en eterna evolución. Un Derecho que quizás muere cada día y vuelve a nacer de sus propias cenizas sin que nos percatemos de ello; lo que requiere una actitud positiva hacia el cambio, hacia la autocrítica, hacia la autosuperación...*

*La palabra **hermenéutica** tiene esa connotación de contacto permanente del Derecho con la realidad a la cual transforma y, a su vez es modificado por ella. Significa un constante interpretar de lo jurídico a lo fáctico, de lo fáctico a lo jurídico. **Hermenéutica**, precisamente, es el método para la interpretación de textos; es dogmática jurídica y labor doctrinal. De algún modo es también una penetración de lo hermético a fin de examinarlo bajo la mejor luz técnica.*

*La labor de traer a la vida a **Hermenéutica** no ha sido sencilla. Ha requerido el empeño y dedicación de muchas personas, a quienes es imperativo agradecer su valiosa e incompensable ayuda. En tal sentido, deseamos expresar nuestra gratitud a la **Asociación de Estudiantes de Derecho**, especialmente a su presidente, **Jorge Ballester**, quien siempre nos brindó su confianza y apoyo. Le damos las gracias también a nuestro gran amigo y colaborador, **Saúl Araya Matarrita**, sin cuya diligencia y consejo, que fueron más allá de una relación contractual, **Hermenéutica** no estaría hoy en manos del lector. Asimismo hacemos extensivo el agradecimiento al **Comité de Información y Crítica** y a su presidente, **Rodrigo ("Chéster") Zelaya**. No podríamos jamás olvidar a los miembros del **Comité Selector de la Revista**, trabajadores silenciosos cuya tarea, además de ardua, es anónima. Por último, es imprescindible dar las gracias a Dios por permitirnos culminar un sueño, para empezar a forjar muchos más...*

*En sus manos está, estimable lector, el cuarto número de la revista de los estudiantes de Derecho. **Hermenéutica** se ofrece a usted como lo que es: un pequeño gran esfuerzo. No es ni pretende ser más que eso. Sabemos que **Hermenéutica** merece observaciones y comentarios. Si los genera, ¡enhorabuena! De la crítica consciente y bien encaminada podremos aprender muchísimo para presentarle a usted, en los siguientes números, las innovaciones necesarias y los cambios requeridos. Si ese despertar se lograra, el pequeño esfuerzo, indudablemente, habrá valido la pena.*

Esperamos que esta nueva edición llene algunas de las expectativas que el estudiante sienta, de cara a la necesaria proyección de la Facultad de Derecho hacia nuestra sociedad. Deseamos que su aparición motive a estudiantes y profesora difícil tarea de la investigación seria y responsable. Si logramos contar con ese apoyo, que es sencillamente vital, estamos seguros de que la revista, ahora con su flamante nombre, estará aquí para quedarse. Es una responsabilidad que el respeto por nuestra disciplina nos asigna a todos.

Ana Karina Zeledón
DIRECTORA

Rigoberto Vega Arias
SUBDIRECTOR

Indice

	Página
• CERTAD, Gastón. <i>El billete de banco: ¿título valor o papel moneda?</i>	1
• CHAVARRIA, Manuel E. <i>Las normas constitucionales programáticas</i>	7
• HERNANDEZ, Rafael; LIZANO, Rodolfo. <i>Actualidad y crisis de los cuasicontratos en el derecho de las obligaciones</i>	23
• VILLAVICENCIO, Leonardo. <i>La causa en el negocio jurídico</i>	37
• CHARPANTIER, Luis. <i>El veto al presupuesto</i>	45
• BRENES, José Roberto ; VILLALOBOS, Junny. <i>Créditos privilegiados especiales y prelación de créditos</i>	57
• ARAYA, Saúl. <i>Resolución, rescisión y nulidad</i>	75
• LIZANO, Paula; MOYA, Ana Cristina. <i>La mujer en el contexto sociojurídico romano con referencia a los derechos humanos</i>	87

El billete de banco: ¿título-valor o papel moneda? *

Prof. Gastón Certad Maroto

Catedrático de la Universidad de Costa Rica

SUMARIO:

1. Calificación normativa del billete de banco como título-valor en nuestro Código de Comercio — 2. El principio de "libertad de emisión" de los títulos valores — 3. Títulos valores "legalmente típicos, socialmente típicos y atípicos" — 4. Irrelevancia de la calificación normativa que le atribuye a un documento la condición de título-valor — 5. Las funciones monetarias — 6. Concepto de moneda — 7. Tipos de moneda — 8. Las actividades financieras — 9. Naturaleza jurídica del billete de banco.

1. Calificación normativa del billete de banco como título-valor en nuestro Código de Comercio

El artículo 685 de nuestro Código de Comercio establece que "los títulos de la deuda pública, billetes de banco, acciones de sociedades, obligaciones, bonos o cédulas hipotecarias, se registrarán por disposiciones especiales referentes a esos títulos valores, pero en todo lo que expresamente no dispongan esas leyes, reglamentos y otros capítulos de este Código, regirá lo prescrito en el presente título" (el destacado es nuestro). En forma muy clara, entonces, nuestro legislador califica al billete de banco como título-valor.

2. El principio de "libertad de emisión" de los títulos-valores

De nuestra vigente legislación se trasluce, en forma implícita, el reconocimiento de la denominada "libertad de emisión" de los títulos -valores. Los artículos 58 de la Ley Orgánica del Banco Central, N° 1552 de 23 de abril de 1953 y sus reformas, y 9 de la Ley de la Moneda, N° 1367 de 19 de octubre de 1951 y sus reformas, establecen limitaciones a la libertad de emisión de aquellos títulos -valores emitidos por cualquier persona, que tengan como condición o garantía su convertibilidad en dinero por parte del Banco Central de Costa Rica y conlleven el pago de una suma de dinero.

Estas disposiciones se inspiran en la necesidad de evitar que se creen, más allá del control efectuado por el Estado a través de la legislación, al regular los requisitos esenciales de determinados títulos-valores típicos, otros documentos que contengan la obligación de pagar una suma de dinero, los cuales por su fácil circulación, pueden hacerle competencia al papel

(*) El anterior artículo fue escrito antes de las reformas al Código de Comercio (artículo 685), operadas por la Ley Reguladora del Mercado de Valores, N° 7201 de 10 de octubre de 1990. Dicha reforma consistió en excluir al billete de banco de la enumeración de los títulos valores contenida en esa norma.

moneda de curso legal (he aquí la razón por la que está prohibida, por ejemplo, la emisión de letras de cambio y pagarés al portador).

Estas dos disposiciones, sin embargo, contienen un implícito valor permisivo, porque de la circunstancia de que el legislador haya sentido la necesidad de fijar el requisito de la tipicidad en materia de títulos que se caractericen por su convertibilidad en dinero a cargo del instituto emisor (y por ahí también, indirectamente, por su ley de circulación -al portador-) y por su contenido (pago de una suma de dinero), se resume que, respecto a todos los demás, existe libertad de emisión (1). La verdad es que este reconocimiento implícito no era estrictamente necesario, en cuanto nuestro Código de Comercio introdujo la regulación de los títulos-valores como un fenómeno que hace excepción al principio de causalidad de las obligaciones, como hipótesis general y no como suma de hipótesis típicas. A esta conclusión se llega considerando el contenido del artículo 674 del Código de Comercio y el principio, dictado en tema de contratos (aplicable también a los actos unilaterales inter-vivos de contenido patrimonial), según el cual, el contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes (artículo 1022 del Código Civil), normas que sirven de fundamento en esta materia al principio de la autonomía privada, que señorea a lo largo y a lo ancho de nuestro ordenamiento jurídico privado.

Como corolario de todo lo anterior se obtiene que la naturaleza de título-valor a un determinado documento no le es dada por el legislador (como sí sucede, por ejemplo, con el título ejecutivo), de donde un documento será título-valor —lo diga expresamente, no lo diga del todo, o ex professo lo niegue el legislador— por contener esos principios y características que adornan esta especial clase de documentos mercantiles. O lo que es lo mismo: la letra de cambio es título-valor no porque el legislador la considere tal al regularla en el Libro III del Código de Comercio, sino porque en ella convergen los principios de incorporación —con sus efectos de literalidad y autonomía—, de legitimación cartular y de circulación que, según la mejor y última doctrina, caracterizan a esta clase de papeles comerciales. Del mismo modo, si no es el legislador quien le atribuye a través de una norma jurídica, a un título, la naturaleza de título-valor, tampoco puede este quitársela al que por esencia la tiene (2). En pocas palabras: totalmente irrelevante e inócua resulta la norma que pretenda tanto conferirle a un documento la naturaleza de título-valor que intrínsecamente no tiene, como quitársela a otro que de por sí la ostenta.

En síntesis, nuestro ordenamiento jurídico no sólo reconoce implícitamente la libertad de emisión de los títulos-valores, sino reconoce también una incondicionada autonomía individual en la creación de documentos circulatorios sujetos a la disciplina general contenida en el Título I del Libro III de nuestro Código de Comercio, así como la total impotencia del legislador para conferirle o quitarle a un documento la naturaleza de título-valor.

3. *Títulos-valores "legalmente típicos, socialmente típicos y atípicos"*

Inspirado en el reconocimiento de la libertad de emisión de los títulos-valores, PELLIZI nos hace la distinción entre documentos *"legalmente típicos, socialmente típicos y atípicos"*. (3).

Los títulos valores legalmente típicos son aquellos que, presentando los principios y características de esa clase de documentos, están expresamente previstos por el legislador, mediante una disciplina normativa determinada que, naturalmente, no excluye la concurrencia de la disciplina general (verbigracia, la letra de cambio). Esas normas generales, amén de integrar las eventuales lagunas de la disciplina particular, pueden tener un valor interpretativo de esta última en aquellos aspectos que coinciden con la normativa propia de todos los títulos-valores.

Los títulos valores socialmente típicos son aquellos que, conteniendo los principios y características propias de esa clase de documentos, no son contemplados por el legislador pero encuentran en la práctica tal difusión, que son considerados comúnmente como títulos-valores (como por ejemplo, en nuestro medio, el certificado de depósito bancario).

Por último, los títulos-valores atípicos son aquellos que, reuniendo principios y características propias de su especie, por un lado, no corresponden a un esquema normativo particular previsto por el legislador y, por el otro, no encuentran en la práctica una difusión que permita reconocerles una tipicidad social (verbigracia, en Italia, la libreta de ahorros al portador).

Y es precisamente para estas dos últimas categorías de títulos-valores legalmente atípicos que la existencia de una verdadera normativa general en la materia adquiere toda su importancia, porque permite que le apliquemos también a aquellas figuras no expresamente previstas por la ley, la disciplina de los títulos-valores.

4. *Irrelevancia de la calificación normativa que le atribuye a un documento la condición de título-valor*

Como ya hemos dicho líneas atrás, en materia de títulos-valores no hay reserva de ley. El principio de libertad de emisión de los títulos-valores, que implícitamente nuestro ordenamiento jurídico declara conjuntamente con el principio contractual de la autonomía privada, que lógicamente se extiende a los actos unilaterales inter-vivos de contenido patrimonial (como la emisión de un título-valor, artículo 667 del Código de Comercio) nos demuestran que no es función legislativa el calificar a un documento como título-valor (ni tampoco negarle tal condición a uno que de por sí la tiene). Los principios y características que integran esta clase especial de documentos mercantiles son intrínsecos al documento mismo y surgen del uso que el documento tiene como respuesta a las necesidades de acelerar la transmisión de créditos, estimular la circulación

de los mismos y brindarle seguridad a las transacciones mercantiles.

Claro que como algunos autores reconocen, en sustancia, el billete de banco no difiere mucho de una letra de cambio emitida por una institución de crédito que, valiéndose de su crédito, asegura formalmente pagarla a la vista. Semejantes letras, en realidad de verdad, circularían en forma muy similar a los billetes de banco (4). Pero no puede desconocerse que entre esa letra y el billete de banco existen muchas diferencias que se resumen en el hecho de que la cambial es un título a la orden por disposición de ley (artículo 693 del Código de Comercio), mientras el billete de banco es un documento al portador; de que la letra puede ser emitida por cualquier persona, pública o privada, mientras el billete de banco es emitido, en cifras redondas y respetando las formas establecidas por la ley (artículos 12 a 17 de la Ley de la Moneda), sólo por el Banco Central de Costa Rica (artículos 57 de la Ley Orgánica del Banco Central y 11 de la Ley de la Moneda); de que la cambial puede generar intereses (artículo 731 del Código de Comercio), mientras ello no puede suceder con el billete de banco; de que la letra prescribe transcurridos cuatro años de la fecha de su vencimiento, o de su emisión si es a la vista, (artículo 795 del Código de Comercio), mientras el billete de banco es imprescriptible; de que la letra en caso de extravío, sustracción, desaparición o deterioro es reponible (artículos 708 y 709 del Código de Comercio), mientras el billete de banco sólo lo es en el caso de deterioro, y así sucesivamente (5).

Todo esto nos hace concluir que, a pesar de lo dicho por el artículo 685 del Código de Comercio, el billete de banco no es un título valor.

5. Las funciones monetarias

El análisis de las funciones desarrolladas por la moneda evidencia que ella es consecuencia, o más bien producto, de una precisa evolución social e institucional. Dentro de este contexto, la moneda absuelve dos funciones fundamentales y dos secundarias. Las dos primeras definen la característica que la moneda presenta de colocarse como instrumento de "intermediación en el cambio" y de "acumulación de poder adquisitivo". Las otras dos (que lógicamente se derivan de las primeras) distinguen la moneda como instrumento de "medida de los precios" (es decir, usando la terminología de WALRAS, como "numerario") y de "pagos diferidos".

La función de "intermediaria en el cambio" es la función monetaria fundamental. Todos somos conscientes, vivimos inmersos en una economía basada en aspectos monetarios, que la división del acto de intercambio de mercadería contra mercadería en dos operaciones separadas de intercambio de mercadería contra moneda y de moneda contra mercadería, le facilita a la persona la adquisición de bienes y servicios y, correlativamente, la transmisión de aquellos bienes y aquellos servicios que ellas mismas ofrecen; favorece además la división del trabajo y le permite a cada uno dedicarse a la producción de aquellos bienes y servicios respecto de los cuales él tiene una mayor habilidad manual, mejores conocimientos o, simplemente, mayores facilidades mecánicas o físicas.

Porque generalmente las operaciones de compra y de venta de moneda no son contemporáneas, surge repentinamente la tendencia de custodiar una cierta cantidad de moneda con vista a oportunidades y necesidades futuras (6). He aquí la función monetaria de acumulación de poder adquisitivo, que naturalmente está unida a la función de intermediación en el cambio.

La función de medir los precios consiste en medir los valores de una o más mercaderías en un determinado momento, función que no debe confundirse con aquella dirigida a confrontar el valor de una mercadería (o de un conjunto de mercaderías) en momentos distintos, pues esta última función implica el concepto de índice general de precios y los problemas relativos a la construcción y al uso de tales índices, materia que adquiere relevancia en los períodos de inflación económica. La función de la moneda como instrumento para pagos diferidos está más estrechamente ligada a la función de conservación y acumulación de valor.

En síntesis, la moneda es expresión genuina de la socialidad: su evolución acompaña y expresa el desarrollo y aumento de las relaciones sociales, su intervención facilita el conjunto de relaciones de intercambio, referidas a bienes y servicios, entre los componentes de la colectividad social y facilita la división del trabajo y la organización de la producción. Al mismo tiempo, ella permite colocar y mantener en su adecuada posición todos los bienes y servicios utilizados por los individuos y por la colectividad para el desarrollo de sus actividades en todos sus campos (7).

6. Definición de moneda

Haciendo énfasis en la función monetaria más importante, se dice que moneda es "cualquier cosa que funciona generalmente como intermediaria en el cambio" (8), de donde se desprende que la utilidad única o principal de la moneda consiste en su idoneidad para funcionar como instrumento para facilitar el intercambio y obtener otros bienes; esto es, la moneda debe estar circundada por la confianza popular de que ella es y será siempre aceptada; al decir de NEWLIN, si los miembros de una colectividad creen que la moneda será generalmente aceptada, ella lo será; de otro modo, no lo será. Es entonces la colectividad la que decide cuál debe ser el instrumento escogido como moneda. Cuando dicho instrumento decaiga o falte, cuando la norma jurídica que regule la moneda no exista o desaparezca, la colectividad regresará a la permuta, signo de disolución de un nivel de progreso logrado en el tiempo (9).

7. Tipos de moneda

Resulta bastante fácil percatarse de que en el mercado monetario actual existe un conjunto de medios de pago aceptados espontáneamente (circulación fiduciaria) (10) y otro cuya aceptación es impuesta por la ley (circulación legal o forzosa) (11). En esta última categoría encontramos los billetes de banco y las monedas de curso legal, emitidos y acuñados por el Banco Central de Costa Rica, como instituto emisor, por disposición de ley (art. 57, Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica y arts. 4, 8 y 15 de la Ley de la Moneda). Se incluyen en la primera categoría los "depósitos bancarios" (en cuenta corriente), es decir, las deudas que los bancos del Estado (12) tienen ante quienes han depositado en ellos billetes de banco, monedas u otros valores líquidos (como cheques o billetes de lotería premiados). De estos depósitos los acreedores disponen mediante cheques, pero en realidad el depósito bancario, que es traspasado de un sujeto a otro en la medida correspondiente al pago que debe efectuarse, es lo que constituye el medio utilizado para extinguir el débito del depositante.

Para algunos autores, el concepto de moneda comprende los denominados títulos-valores de inversión o participación (según nomenclatura que tiene su origen en el "Uniform Commercial Code" de los Estados Unidos de América), tales como los títulos de la deuda pública y las obligaciones emitidas por otras personas de derecho público y por las sociedades anónimas. Estos títulos, si bien usualmente no son aceptados como medios de pago, pueden fácil y rápidamente convertirse en billetes de banco (moneda legal) a través de la Bolsa Nacional de Valores S.A., principalmente. También se suele incluir, dentro de este amplio concepto de moneda, las letras de cambio y los pagarés librados por operadores comerciales privados, que son aceptados como tales en la medida en que el librador reciba la confianza por parte de otros operadores económicos, empresas o bancos (13).

Otra importante distinción que usualmente se hace es la de "moneda real" y "moneda nominal": la primera noción está referida al poder de adquisición de la moneda, o sea la cantidad de bienes o servicios que la unidad monetaria puede adquirir. La moneda nominal indica simplemente la "unidad monetaria", cuyo valor varía, grosso modo, en medida inversa a la variación del nivel general de precios.

8. Las actividades financieras

La moneda (oro, billetes de banco y monedas de curso legal o forzoso), los depósitos bancarios en cuenta corriente o de ahorros, los títulos de la deuda pública y de otras personas públicas y privadas emitidos a corto, mediano y largo plazo, etc., constituyen las denominadas "actividades financieras" de los distintos sujetos económicos pertenecientes a los diversos sectores de la economía. Estas actividades tienen una doble característica: la liquidez (con fundamento en la cual son clasificadas), en el sentido de que una actividad financiera es considerada tanto más líquida cuando más rápidamente pueda convertirse en medio de pago o cuanto menores sean los costos de conversión y el riesgo de pérdidas en la cuenta de capital, para obtener su inmovilización. En otras palabras, "liquidez" es la capacidad inmediata de gasto que cada una de las actividades financieras tiene. Así, mientras los billetes de banco y la moneda presentan el grado más elevado de liquidez (y por ello no generan intereses), los restantes instrumentos de pago arriba mencionados tienen un grado cada vez menor de liquidez.

La segunda característica de las actividades financieras es el "rendimiento" en el sentido en que algunas actividades financieras como la moneda (strictu sensu) no generan intereses, mientras otras sí los producen (14).

9. Naturaleza jurídica del billete de banco: el billete de banco como tipo de moneda, como papel moneda.

El término billete es utilizado en el lenguaje jurídico para designar distintas figuras de acuerdo con las calificaciones que lo acompañan (billetes de banco, billetes a la orden o al portador como los cheques, las letras de cambio y los pagarés; billetes de ingreso a espectáculos públicos, billetes de transporte, etc.). En casi todos los países la circulación metálica o fiduciaria ha ido desapareciendo.

El denominado "billete fiduciario" tiene libertad de circulación —en la medida en que puede ser rechazado como pago— y convertibilidad en oro. El denominado "billete de curso legal" no tiene libertad de circulación —pues, por disposición de ley, debe ser aceptado como pago—, pero quien se presenta al banco emisor con uno de estos billetes, que constituye un crédito frente a él, no puede recibir a cambio otros billetes sino oro; él resulta moneda, en las relaciones frente a terceros, quienes, precisamente, pueden liquidar válidamente con billetes, obligaciones anteriores, y resulta título convertible en moneda, en las relaciones entre el poseedor y la banca emisora. El denominado "billete de curso forzoso" pierde ambas características de la circulación fiduciaria. En él encontramos el curso legal extendido a la banca emisora, que no tiene la obligación de convertir en oro el billete que se le presenta. El "papel moneda" que así resulta, no sólo no debe convertirse en oro; debe ser además aceptado como pago. Lo que significa que es verdadera moneda, como cualquier mercancía, de papel o de metal, teniendo por ley poder incondicionado de liberar de las obligaciones a quien la ofrece en pago (15).

Con el fin de evitar los inconvenientes de la moneda metálica (16) se recurre a una moneda inmaterial que tenga un mínimo costo y surja espontáneamente del movimiento de los negocios, a cuyo desarrollo contribuye, facilitando la circulación y aumentando su velocidad; esa moneda inmaterial está representada hoy en todos los países por el billete de banco, que circula gracias al poder liberador que a él le reconoce el Estado. El billete de banco, en un régimen monetario sano es,

en su esencia, una obligación con la cual el instituto emisor se obliga a pagar en oro y a la vista el importe indicado sobre el billete mismo, a la persona que lo solicite, en cualquier momento. El billete de banco es, por lo tanto, una moneda fiduciaria que es emitida en medida superior a la reserva y que circula y es aceptado por el público gracias a la confianza que tiene en el banco autorizado para la emisión (17).

Los billetes de banco son, entonces, títulos que contienen la promesa de pago de una suma de dinero por parte de un banquero. Cuando la aceptación de estos billetes es impuesta por la ley como medio de pago, la circulación de los mismos se transforma de fiduciaria en forzosa (o legal, de curso legal). Con estos billetes, el Estado adquiere un poderoso instrumento para ensanchar o restringir la circulación de los signos monetarios, según las necesidades públicas del momento (18).

Siendo la emisión de papel-moneda una función estatal en nuestro país, ejercida exclusivamente por el Banco Central de Costa Rica (artículos 57 Ley Orgánica del Banco Central y 11 Ley de la Moneda), el billete de banco no puede calificarse como título-valor dada su convertibilidad en oro (19). En sustancia, es la ley que, atribuyéndole función de papel-moneda, lo convierte en instrumento de intercambio y de pago, integrándolo así a la más amplia categoría del llamado papel-valor, es decir, aquel papel al que el ordenamiento jurídico le asigna de imperio, objetivamente y de modo necesario y suficiente, un efecto jurídico sustancial: el efecto de sustituir la moneda metálica que es acuñada por el Estado, también en forma exclusiva a través del Banco Central de Costa Rica, con fundamento en el ordenamiento jurídico monetario (arts. 57 de la Ley Orgánica del Banco Central y 20 de la Ley de la Moneda).

La moneda (billetes de banco y moneda) encuentra tutela en el artículo 364 del Código Penal que, como objeto de crédito público, sanciona su falsificación y alteración.

Según algunos autores (20) permanecen, sin embargo, en el billete de banco las características formales de los títulos-valores (21): a su circulación se le aplicará, en caso de adquisición de buena fe de un billete robado o extraviado, el principio según el cual quien ha adquirido de buena fe la posesión de un título-valor de conformidad con las normas que regulan su circulación, no está sujeto a su reivindicación, principio que se trasluce en nuestro ordenamiento jurídico mediante el artículo 743 del Código de Comercio; y en lo que toca a la responsabilidad de quien, ignorando la falsedad del billete, lo gasta, no hay manera de hipotizar una garantía de evicción porque quien paga con un billete falso, no paga (22), habiendo entregado un pedazo de papel sin valor; de donde su responsabilidad hacia su directo contrayente deriva del hecho de que ha incumplido su obligación, cualquiera que esta sea. Con fundamento en el mismo criterio se reconoce que la simple indicación del propio nombre o del propio sello sobre un billete de banco no es fuente de ninguna obligación ni principal ni secundaria, constituyendo tan solo un signo de reconocimiento del billete mismo a los efectos de su proveniencia.

Visto lo anterior, debemos concluir que el billete de banco no es título-valor sino papel moneda y decir con CERNUSCHI que *"le papier monnaie ...n'est pas un papier de credit"* (23).

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) MARTORANO, Federico. "Lineamenti generali dei titoli di credito e titoli cambiari". Morano Editore, Napoli, 1979. pp. 70-71
- (2) No puede el legislador, por ejemplo, por mera disposición normativa quitarle (tal y como lo intenta en el artículo 715 in fine del Código de Comercio) la naturaleza de títulos-valores —que indiscutiblemente tienen— a las obligaciones en serie y al portador emitidas por las sociedades anónimas, cuando se emiten con violación de los requisitos que esa misma norma establece; muy a pesar del legislador, ellas seguirán, no obstante la contravención, siendo títulos-valores.
- (3) PELLIZZI, Giovanni Luigi. "Principi di diritto cartolare", Bologna, 1967, pp. 146-147.
- (4) CABIATI, Attilio - CHESSA, Federico. "BIGLITTO DI BANCA", *Novissimo Digesto Italiano*, II, U.T.E.T., Torino, 1968. p. 411
- (5) ASCARELLI, Tulio. "Obbligazioni pecuniarie", En *Commentario al Codice Civile*, diretto da Scialoja e Branca, Roma, 1959, p. 53, nota 3.
- (6) Cada persona recibe su renta de acuerdo con un determinado ritmo (diario, semanal, mensual, a destajo), pero los gastos se realizan día con día. Esto causa una demanda de moneda basada en "el motivo de las transacciones"; otra cuota de la demanda de moneda es la destinada a enfrentar aquellos pagos imprevistos o imperiosos, basándose en "el motivo precaucional"; por último, algunas personas demandan moneda por "motivos de especulación".
- (7) STAMMATI, Gaetano, "Moneda", *Enciclopedia del Diritto*, XXVI, Giuffrè Ed. Milano, 1976, p. 748.
- (8) NEWLIN, P. "Theory of money", Oxford, 1962, p. 14.
- (9) Cuando el desorden invade el cuerpo social, las mismas funciones monetarias desaparecen y los sistemas monetarios se despedazan; pero aun en tales condiciones, si bien fatigosa y limitadamente, una mercadería entre las muchas logra siempre alcanzar una función monetaria y expresar la exigencia espiritual, más que económica, de un consorcio humano y de un comercio humano que deben ser restablecidos.
- (10) CHESSA, Federico. "Circolazione fiduciaria", *Novissimo Digesto Italiano*, III, U.T.E.T., Torino, 1959, pp. 251-252
- (11) CABIATI, Attilio, "Corso forzoso", *Novissimo Digesto Italiano*, IV, U.T.E.T., Torino, 1968, p. 911 y ss.
- (12) De conformidad con los artículos 59 y 76 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional sólo los bancos del Es-

- tado podrán recibir depósitos en efectivo y tener Secciones de Ahorro.
- (13) No es fácil darse cuenta de que en medio de estas distinciones se coloca otro concepto, que constituye un nuevo y distinto "fundamentum divisionis": el de "liquidez", esto es, la capacidad inmediata de gasto que cada uno de los instrumentos de pago tenga.
 - (14) Estas dos características de la actividad financiera son verdaderamente importantes para entender las escogencias de los operadores económicos, quienes, por una serie de motivos que no es del caso entrar a analizar aquí, son inducidos a mantener un cierto monto de actividades líquidas, aunque infructíferas, y deben decidir cuáles otras actividades no inmediatamente líquidas preferir para sus propias inversiones, sobre la base del mayor o menor interés que ellas generan y del mayor o menor riesgo que ellas presentan.
 - (15) PAPI, Giuseppe Ugo, "Moneta", *Novissimo Digesto Italiano*, X, Turín, 1968, p. 862
 - (16) a) La extracción, elaboración y acuñado del metal; b) su deterioro y continua reintegración; c) el control necesario para evitar las alteraciones y las falsificaciones monetarias; y ch) la pérdida del interés sobre el capital correspondiente a la entidad de la masa monetaria puesta en circulación, según CABIATI y CHESSA (*op. cit.* p. 140) hacen de la moneda un instrumento de circulación muy costoso.
 - (17) CABIATI - CHESSA, *op. cit.*, pp.: 410 y 411. La emisión de billetes de banco es un derecho exclusivo, en nuestro país, del Banco Central de Costa Rica (artículos 57, Ley Orgánica del Banco Central y 11, Ley de la Moneda).
 - (18) MOLLE, Giacomo. "I titoli di credito bancari", Giuffrè Ed., Milano, 1972, p. 47.
 - (19) ASCARELLI, Tullio, *op. cit.* p. 54; MOLLE, Giacomo, *op. cit.* p. 50; SALANDRA, Vittorio, "Manuale di Diritto Commercial", II, 1948, p. 235.
 - (20) ASCARELLI, *op. cit.*, p. 45, nota 1; MOLLE, G. *op. cit.* p. 51.
 - (21) Lo que no le confiere tal condición, como sucede con las contraseñas, documentos de legitimación y títulos impropios a los cuales, sin ser títulos-valores, se les aplica las normas que regulan la legitimación (activa y pasiva) cartular y las leyes de circulación. Ver CERTAD, Gastón, "Contraseñas, documentos de legitimación, títulos impropios", *Revista Acta Académica*, San José, Costa Rica, U.A.C.A., mayo, 1989, N° 4, p. 103.
 - (22) ASCARELLI, T., *op. cit.*, p. 53, nota 3; GRECO, Paolo, "Corso di diritto commerciale", G. Giappichelli Ed., Torino, 1944, p. 181; MOLLE G., *op. cit.*, p. 51.
 - (23) "Anatomie de la monnaie", Guillaumin Ed. París, 1886, pp. 24-25.

Las normas constitucionales programáticas

Manuel Enrique Chavarría Estrada

SUMARIO

Introducción – Capítulo I: Cuestiones generales de las normas programáticas en la teoría del derecho constitucional. – Sección I: Formulación constitucional de las decisiones políticas fundamentales – Sección II: Constitucionalismo y normas programáticas – Capítulo II: Naturaleza y función jurídica de las normas programáticas – Sección I: Naturaleza jurídica de las disposiciones constitucionales. – Sección II: Alcances jurídico-políticos de las normas programáticas. – Conclusión.

INTRODUCCION

Durante los primeros años del segundo período de post-guerra, aparece dentro del Derecho Constitucional el concepto de "norma programática". El mismo surgió por la ampliación de pensamiento en la corriente constitucionalista, cuya carga valorativa se ensanchó de la libertad, a la igualdad real de las personas.

En un principio, dicho concepto trae la inquietud de analizarlo detenidamente con rigurosidad. Por eso, es que aquí pretendemos contestar a las más elementales preguntas: ¿por qué son normas, y por qué son programáticas, este tipo de disposiciones? El cuestionamiento de dichos aspectos tiene relevancia en cuanto constituye la base de una "teoría" de las normas programáticas.

De ahí que no solamente ubiquemos el tema dentro de la Teoría del Constitucionalismo, para explicar su necesidad dentro de una Constitución, sino que pretendamos darle un alcance general a su explicación dentro de tal marco de estudio, en cuanto manifieste las decisiones políticas fundamentales que asume un conglomerado social en determinado momento histórico.

Por otro lado, nos dedicaremos a estudiar el carácter estrictamente normativo de dichas disposiciones, es decir, su juridicidad, eficacia y efectividad. Por lo tanto, destinairemos nuestros esfuerzos a explicar en un primer capítulo la perspectiva de "programa" de dichas disposiciones, tanto en un sentido jurídico-positivo como en un sentido político. Mientras que en el segundo capítulo estudiaremos la utilización jurídica de las normas para encauzar aquel "programa".

Partimos del supuesto de que las llamadas "normas programáticas" en un criterio político y jurídico, son un medio técnico de regular la vida humana en sociedad con base en determinados y concretos valores y rumbos, los que a su vez, determinan el valor práctico o juridicidad de las mismas.

CAPITULO I

CUESTIONES GENERALES DE LAS NORMAS PROGRAMATICAS EN LA TEORIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Bajo la intención de estos apuntes, no es ocioso dedicar unas líneas a captar el significado de las normas programáticas constitucionales en la vida socio-estatal, para lo cual requerimos enmarcarlas dentro de la Teoría del Derecho Constitucional (en los temas de la Constitución y del Constitucionalismo contemporáneo), es decir, esbozaremos una idea del por qué de su existencia, que nos será útil para comprender los aspectos dogmático y político de las mismas.

De ahí que, antes de entrar en materia, se hace necesario dar una noción sobre tal tipo de normas, sin pretender adelantarnos en la sistematización del presente trabajo. Por lo tanto, tomemos en cuenta que en las constituciones, *"se contienen disposiciones que se pueden llamar preceptivas, porque generan derechos y obligaciones; disposiciones organizativas porque dan el arreglo de instituciones constitucionales; y disposiciones programáticas, que establecen simplemente directivas de acción para los poderes constituidos"* (1).

SECCION I

FORMULACION CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES POLITICAS FUNDAMENTALES

Partiremos de la idea de que la Constitución, es, por sí misma, un programa que, resultante del binomio autoridad-individuo/poder-libertad, establece los fundamentos jurídicos para la coexistencia humana. Por una parte, ordena y organiza al Estado, y por otra, con un sentido más amplio, sienta los fundamentos para la organización social, ya sea reconociendo o introduciendo actividades económicas, culturales, políticas. De lo que derivamos que, independiente de un criterio jurídico-positivo, sociológico o lógico, la Constitución siempre se presenta como "un plan" por desarrollar, en tal marco existe el concepto de norma programática, pudiendo identificarla en la masa del texto escrito.

I. LA CONSTITUCION: PROGRAMA SOCIAL-ESTATAL

Cuando decimos que el Derecho regula la convivencia, no decimos sino que es un instrumento para las relaciones interindividuales y sociales. Por lo tanto, su desarrollo es un complejo sistema de normas que parten de un mismo conjunto de principios rectores de la sociedad. Dentro de éstos, aparece la norma jurídica fundamental, la norma primaria y fuente de todo el resto del ordenamiento: la Constitución.

"A través de las múltiples transformaciones que ha sufrido la noción de Constitución se ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden. Como quiera que se defina, la Constitución es siempre fundamento del Estado, la base del orden jurídico que se pretende conocer. Lo que se entiende siempre y ante todo por Constitución -y la noción coincide en este sentido con la forma del Estado- es que la Constitución constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución ... La Constitución es, pues, la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la colectividad estatal, es el asiento fundamental del orden estatal" (2).

A este concepto, de inclinación jurídico-positiva, debemos agregar que la Constitución pretende formar los principios esenciales sobre los cuales se regula la coexistencia humana, en cuanto a la necesidad de los mismos, por requerirse siempre una autoridad y un poder que garanticen esa convivencia de individuos y libertades.

Y es que todo ordenamiento constitucional se perfila como un proyecto por realizar, un plan por aplicar, un programa. De esta manera, entendemos junto con el jurista mexicano Ignacio Burgoa, que:

"... todo ordenamiento constitucional, tiene, grosso modo, dos objetivos primordiales: organizar políticamente al Estado mediante el establecimiento de su forma y de su régimen de gobierno, y señalarle sus metas en los diferentes aspectos vitales de su elemento humano, que es el pueblo o nación. En el primer caso, la Constitución es meramente política y en el segundo caso, es social, en cuanto a que, respectivamente, fija las normas y principios básicos de la estructura organizativa del Estado y marca los fines diversos de la entidad estatal. En consecuencia, éstos y el derecho fundamental del Estado se encuentran inextricablemente unidos, en el sentido de que la Constitución los proclama como postulados teleológicos que se recogen en sus preceptos, sirviendo al mismo tiempo como medio normativo para que, por su aplicación, el poder público estatal los alcanzará" (3).

Concebida así la Constitución, es decir, como un programa o plan para la convivencia de los individuos, podemos afirmar que la misma es un programa jurídico-político y socio-estatal. Si el derecho positivo conoce una forma constitucional especial distinta a la forma legal, nada se opone a que se pueda decir que esa forma sea empleada para ciertas normas que no entran en la Constitución en un sentido puramente jurídico o estricto, para las normas que regulan no la creación de las demás normas o fuentes normativas, sino más bien su contenido. En otras palabras, más que un instrumento procedimental, la Constitución es un mecanismo para señalar principios, direcciones y límites para el contenido de normas futuras.

La Constitución a más de ser una mera técnica de organización política, establece prioridades axiológicas que el constituyente ha plasmado junto con fines y objetivos (orientación política) que son de igual observancia para la actividad de todos sus destinatarios.

Aparece aquí el concepto de decisiones fundamentales que *"son los principios básicos declarados o proclamados por la Constitución, expresando los postulados ideológicos-normativos que denotan condensadamente los objetivos mismos de los factores reales de poder ... el señalamiento de la decisiones fundamentales en cada Constitución conduce a la fijación de sus normas básicas y de las que no tienen ese carácter. Las primeras son precisamente las que involucran tales decisiones, declarando los principios totales de índole política, económica, social o religiosa que expresan. Las segundas son disposiciones del ordenamiento que desarrollan dichos principios estableciendo sus contornos preceptivos"* (4). Respectivamente, es que Carl Schmitt ha llamado la Constitución misma y las leyes constitucionales. Por nuestra parte, debemos observar que las segundas expresan normas que ya de por sí lo desarrollan.

La Constitución plantea un orden, un sistema, que sirve al desarrollo ulterior de la organización política, pues la orienta. Las normas que la componen indican la toma de esa decisión, y es aquí, en este punto, donde toma fuerza el carácter de programa que tiene la Constitución y sus respectivas normas, aunque es de advertir, se hace un reparto que, jurídicamente, se expresa en términos de mayor fuerza vinculante para el destinatario. Cabe mencionar, consecuentemente, con la doctrina argentina que:

"Todo 'programa' normativo constitucional es un plan o proyecto establecido por el constituyente relativo a la conducta futura de sus destinatarios ... una norma programática es un plan de acción a ser cumplido por los encargados de poner en funcionamiento la Constitución" (5).

Insistamos en que la Constitución, en un sentido jurídico-positivo y en un sentido político, es un proyecto o programa. En el primer caso, lo es por cuanto contempla el desarrollo ulterior de las demás normas; en el segundo caso, lo es por cuanto implica la toma de directrices cuyos principios orienten y permitan la cohabitación humana geográfica e históricamente dada. Siendo así, la normativización de tales decisiones nos señala su orientación general, y más concretamente un propósito de mantener o transformar el estatus de la sociedad a la que se refiere. Es este el contenido constitucional al cual se hayan tejidas sus disposiciones, el cual ha sido denominado por la doctrina como *"fórmula política"*, advirtiendo que explica, además, la dimensión en que se ubica la Constitución y las normas programáticas, que aquí nos interesan.

A este respecto, para sintetizar lo hasta aquí expuesto, Lucas Verdú enseña que:

"... Interesa precisar la fórmula política de la Constitución, que para nosotros consiste en la expresión ideológica, jurídicamente organizada en una estructura social.

Son ingredientes de dicha fórmula política:

-Un techo ideológico: demoliberal, fascista, socialista, comunista, etcétera, que inspira a todo el ordenamiento jurídico.

-Una organización jurídico-política: parlamentaria, convencional, presidencialista, soviética, unitaria, regional, federal.

-Una estructura social: capitalista, neocapitalista, socializada, colectivizada, subdesarrollada, semidesarrollada, desarrollada, supradesarrollada" (6).

Determina tal esquema, la idea del carácter planificador que le hemos dado a la Constitución para demostrar con ello que, como veremos, las normas programáticas no son las únicas disposiciones que orientan la vida socio-estatal por ciertos principios aceptados y roles asignados a los destinatarios del ordenamiento en general. Sucintamente, la Constitución es por se un "programa" y sus disposiciones son la formalización del mismo, con diferencias jurídicas de preceptividad.

II. SOBRE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

El constituyente, al transcribir en un texto las prioridades axiológicas y las decisiones políticas fundamentales, reparte el contenido del programa constitucional en una serie de disposiciones que esquematizan al "todo" de la Constitución. Esas disposiciones, en cuanto al objeto que contemplan, varían por la generalidad o por la particularidad del mismo. Es aquí donde aparece la teoría de las normas programáticas esbozada por el profesor italiano Venzo Crisafulli.

Nos dice el citado jurista que la Constitución es un verdadero y propio programa de acción, cuyo objeto primordial es la disciplina de las relaciones sociales, y más en general del ordenamiento de la sociedad estadual o Estado. Este programa

que forma parte integral de la Constitución se traduce en una serie de principios constitucionales que se desarrollan coherentemente en direcciones determinadas. De acuerdo con la amplitud del contenido aparecen disposiciones particulares y disposiciones-principio, y dentro de éstas las programáticas, aunque la Constitución escrita puede no expresar ciertos principios sino contenerlos tácitamente de un modo interpretativo en una o varias disposiciones. Las decisiones fundamentales y valores que componen el "programa" total de la Constitución pueden expresarse y ubicarse según varias hipótesis, que dicho autor explica del siguiente modo:

"Resumiendo las diversas hipótesis posibles en abstracto en lo que concierne a las relaciones entre principios generales y normas particulares, puede ocurrir:

a) Que los principios generales no se hallen formulados explícitamente, sino que sean inferibles a través de normas subordinadas del ordenamiento que las presupone;

b) Que los principios generales hayan sido formulados en disposiciones constitucionales y que ya hayan dado lugar al establecimiento de un cierto número de normas subordinadas (sin importar que la formulación del principio general haya precedido o seguido a la producción de las normas subordinadas mismas).

c) Que los principios generales estén formulados en disposiciones constitucionales sin traducirse todavía en ningún hecho normativo dependiente o subordinado, vale decir, sin que hayan sido producidos las normas subordinadas que cada uno de los principios generales contiene potencialmente; y aquí pueden presentarse dos hipótesis:

1º Que se trate de principios que disciplinen fundamentalmente y de modo inmediato ciertas materias, o bien;

2º Que se trate de principios que disciplinen solamente una actividad futura de los órganos estatales ... respecto de determinadas materias" (7).

De lo citado, podemos concluir lo siguiente:

1.- La Constitución es un programa de decisiones políticas y valores.

2.- No obstante, el reparto del mismo en varias disposiciones determina principios generales actuales (a y b) o programáticos (c), frente a disposiciones particulares o de no-principios;

3. El "programa total" de la Constitución se desarrolla por disposiciones constitucionales o de inferior rango de manera inmediata, o por disposiciones que determinan un desarrollo futuro o "programático", sean un mandato de inmediato de acatamiento (1º) o un mandato de mediano alcance (2º o "programáticas" en sentido estricto);

4. En puridad de principios, las normas programáticas son la expresión normativa de ciertos objetivos políticos (parte del programa total, y no los únicos) fijados por el constituyente, cuyo cumplimiento se encomienda a los órganos estatales en su ulterior actividad, que se distinguen de las disposiciones programáticas del tipo 1º en que estas ordenan un acto normativo de órgano competente del Estado en cuanto a un principio fundamental.

5. Las disposiciones de principio expresan definiciones, proposiciones generales, orientaciones y criterios de norma; esto es, que expresan los principios generales del ordenamiento jurídico, y del ordenamiento constitucional en primer lugar, en vocablos tradicionales. Cabe recordar entonces que al decir de a), b) y c) de la cita inmediata anterior, nos referimos a que las disposiciones de principio pueden tomar significado de enunciados, preámbulos, definiciones y afirmaciones constitucionales, que conforman el sistema constitucional pero que vinculan con más fuerza jurídica las normas-principio. Al estudiar el aspecto normativo de las disposiciones-principio programáticas detallaremos sus alcances jurídico-políticos (función).

Por último, debemos establecer que el concepto de norma programática constitucional surge del reparto sistemático en las disposiciones (principios y particularidades) de los valores y decisiones políticas que hace el constituyente, bajo la discriminante de la actualidad e inmediatez de su ejecución (o correlativamente a futuro y mediatez), del programa total de ordenamiento. Observemos que el término norma programática está utilizado en el sentido amplio del tipo c) descrito por Criasulli, mas advertimos que el objeto de nuestro estudio se refiere al concepto restringido.

Queda claro, que la norma programática tiene un sentido lógico de ser dentro del ordenamiento constitucional, independientemente del contenido del principio (valor y decisión política) que históricamente le corresponda. Es parte de un instrumento de organización social y más concretamente de una técnica constitucional.

SECCION II

CONSTITUCIONALISMO Y NORMAS PROGRAMATICAS

El concepto de norma programática, es sabido, proviene de la doctrina italiana de la segunda post-guerra de nuestro siglo. Como concepto su creación es reciente, y no nos lleve, entonces, a confusión con la formulación anterior de las normas

dichas; es decir, el concepto no creó tal clase de norma constitucional o disposición sino que vino a convertirla en objeto de estudio, con lo que queremos sentar que la utilización de disposiciones programáticas o directivas no es tan reciente como su concepto.

Una vez que descubrimos la razón de ser de las disposiciones programáticas en la técnica constituyente, conviene discutir sobre las mismas en relación con el movimiento constitucional contemporáneo y los postulados que abarca.

I. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Retomemos la idea del párrafo transanterior en términos de la doctrina, la que afirma:

"... conviene ante todo precisar que las constituciones contemporáneas en materia de declaraciones de principio no forman singularidad excepcional, pues como lo ha hecho presente el profesor Crisafulli, declaraciones de principios ha habido siempre, desde el comienzo del llamado constitucionalismo moderno, sean en forma de declaraciones de derecho, sin contar que toda Constitución, cualquiera que sea su valor político, se estructura siempre, implícitamente, sobre la base de ciertos principios generales que forman como su sustrato filosófico-político y que, por lo mismo, hay que considerar siempre presentes (...)

Queda claro que ni las declaraciones de principios ni los enunciados programáticos son acontecimientos insólitos en la historia constitucional de los diversos pueblos y una elemental reflexión conducirá también a la conclusión de que, aun sin tales declaraciones o enunciados explícitos, toda Constitución lleva la impronta o sello de una o muchas concepciones filosófico-políticas imperantes en un determinado tiempo y lugar.

Naturalmente el contenido de las declaraciones de principios, enunciados programáticos y postulados de filosofía política, ha variado con el transcurso del tiempo y frente a las concepciones típicamente liberales e individualistas de los siglos XVIII y XIX, en las constituciones del siglo XX las concepciones igualitarias y sociales son las que prevalecen aunque muchas veces se combinan con las anteriores" (8).

El constitucionalismo moderno clásico nos enseñó que la razón impone que la libertad individual debe ser limitada, tanto como el poder debe ser controlado, para que la sociedad sea tal, y mantenga su vigencia en el sentido de coexistir seguros los bienes jurídicos y los derechos humanos. Sin embargo, las condiciones en que se desarrolló el capitalismo liberal durante el siglo pasado hicieron dudar de la efectividad de los enunciados constitucionales de origen clásico del siglo XVIII. De este modo, el constitucionalismo se reorienta paulatinamente en sus postulados, por tesis más igualitarias en las condiciones reales en que se devuelven los sujetos en la sociedad.

Los movimientos sociales de la segunda mitad del siglo pasado, y de la primera de la actual centuria, plantean exigencias de una mayor seguridad económica y justicia social, manifestándose, aunque de modo retardado, en el constitucionalismo contemporáneo. Aparecen nuevos conceptos en la teoría del constitucionalismo, con el pensamiento constitucionalista social, el cual *"es un movimiento jurídico-intelectual que tiene por fin elevar a la categoría suprallegal, es decir, a incorporar en las constituciones de los estados, explícitas declaraciones y garantías de los derechos sociales, así como los derechos de familia, los derechos culturales y los derechos económicos" (9).* *"Estos nuevos derechos fundamentales se diferencian esencialmente de los recogidos por el antiguo catálogo liberal. No están destinados a garantizar la libertad frente al Estado y la protección contra el Estado, sino que son pretensiones del individuo o del grupo colectivo ante el Estado. El Estado tiene, primero, que actuar para satisfacer estos derechos fundamentales" (10).*

De modo que se ensancha el horizonte del "programa constitucional total" (según definimos) con nuevas disposiciones-principios y varía el contenido de las programáticas.

II. LA REORIENTACION CONSTITUCIONAL EN EL CONTENIDO DE LAS NORMAS PROGRAMATICAS

Si en efecto las nuevas concepciones constitucionales han ensanchado el contenido de las disposiciones programáticas, se ha debido a la "re-programación" de las prioridades axiológicas y de las decisiones políticas fundamentales (orientación y programa políticos). Las ideas que promovieron tal giro influenciaron, además, tres temas importantes del derecho constitucional, a saber: a) los elementos de la Constitución; b) el concepto de Constitución; c) el binomio poder-libertad (rol del Estado).

En orden al primer punto, las constituciones de la mayor parte del mundo —socialistas, capitalistas o de economía mixta, países ricos y subdesarrollados— han añadido a los elementos orgánicos y dogmático de la Constitución, una dimensión programática que se convierte en verdaderos proyectos socioeconómicos. Los autores han entendido que el contenido programático de las nuevas constituciones rebasa el modelo clásico, por cuanto las partes orgánicas y dogmática son insuficientes para estimar el sentido de las mismas, porque debe no solo estructurar y organizar los poderes supremos, sino que debe garantizar los derechos del hombre, en general, al lado de los derechos políticos y se entiende así porque se le imprime una dimensión material a la Constitución, al lado de la dimensión formal o formalizada, para que garantice las condiciones del desarrollo individual o grupal en la sociedad, especialmente en las relaciones entre los individuos y distintos grupos, además del Estado en el campo socioeconómico (11). En otras palabras, el modelo constitucional no se concibe únicamente político

(en el sentido de la organización estatal) como se entendía por el liberalismo, sino que se introducen conceptos como la igualdad real en lo económico y sus garantías.

En lo relativo al segundo aspecto, en estrecho contacto con el explicado recién, sinteticemos diciendo que se le concibe como un "programa" de acción económica para el Estado. Aparece el concepto de Estado social de derecho en virtud de los principios que se consagran (derechos económicos, culturales, de seguridad social, etc.) y de orden público económico. (No nos parece pertinente ahondar en estos puntos pues escapan a nuestro objeto de estudio). La Constitución es el instrumento jurídico que declara una orientación política que garantiza proyectos de bienestar social, de equilibrio económico, de protección frente a los riesgos sociales, al desempleo, a la explotación de la mano de obra, etc. En otras palabras, se matiza extensivamente la Constitución adicionando la actividad económico-social del Estado (12).

Poniendo término, en relación con el tercer tema (binomio libertad-poder y rol del Estado), al variar la concepción clásica del derecho constitucional, se ha ampliado la esfera de acción del Estado hacia el contenido de las libertades públicas, de modo que los derechos individuales han encontrado en los derechos sociales y económicos fuertes competidores, pues *"el Estado no puede contentarse con dejar hacer, sino que debe intervenir para proteger a los más débiles y modificar en su favor el reparto de la renta nacional que resulte de la libre empresa. Se pasa así de la concepción del Estado débil e inactivo a ... Estado-providencia o Estado de bienestar"* (13). Al decir en términos más técnicos: un Estado social de derecho, pues si bien se restringen las libertades clásicas, no se elimina su contenido.

De esta manera, es conveniente afirmar que el giro en el binomio se ha dado sin perder de vista que el derecho constitucional ha de encargarse del equilibrio entre las libertades (de los ciudadanos entre sí como particulares o como particulares y autoridades) asegurando las condiciones reales para las mismas, evitando abusos ilegítimos de unos frente a otros (tutela la co-existencia).

CAPITULO II NATURALEZA Y FUNCION JURIDICA DE LAS NORMAS PROGRAMATICAS

¿Qué son las normas programáticas? ¿Cuál es su alcance normativo? ¿Son simples declaraciones o disposiciones revestidas de coercitividad? ¿Tienen función normativa? Estas han sido las principales cuestiones que la doctrina ha debatido sobre las normas programáticas en sentido estricto, con el propósito de desentrañar la "esencia" y la "eficacia" que se les pueda atribuir (14).

Dentro de nuestro estudio, dedicaremos el capítulo presente a dilucidar tales aspectos de las normas programáticas, de modo que concluyamos en sus características jurídicas, en cuanto al juicio valorativo, los sujetos destinatarios, el objeto y el vínculo que resulten de analizar dichas disposiciones partiendo del concepto de norma, de norma constitucional y su función dentro del ordenamiento jurídico general. En otras palabras, construiremos el concepto de "norma programática", a la vez que reconoceremos las que se hallen insertas en nuestra Constitución Política actual, identificándolas por su "forma", es decir, por la redacción utilizada por el constituyente.

SECCION I NATURALEZA JURIDICA DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

Para entender con claridad la naturaleza jurídica de las llamadas disposiciones normativas programáticas es menester elaborar un razonamiento que parta de evaluar el carácter normativo de los enunciados constitucionales, de manera que ubiquemos en dicho cuadro las normas (si determinamos que lo son) estrictamente programáticas.

Antes de iniciar, debemos advertir que a lo largo de la disertación analizaremos los subtemas del capítulo presente bajo tópicos muy generales que nos guían, mas no limitan, el objeto que en ellos estudiaremos. Además, tomemos en cuenta la naturaleza misma de la Constitución, que como norma primaria establece un mandato general, lo que ha entendido Bidart Campos al decir que:

"La Constitución hace un reparto supremo ... en cuanto es el mandamiento general superior. En ese reparto total ... hay numerosos repartos ... Al conjunto de estos repartos lo denominamos "el reparto" de la Constitución. Así: el reparto total desglosado en diversos repartos, adjudica la competencia al congreso, al poder ejecutivo, al poder judicial, adjudica a los hombres la potencia de usar y disponer de su libertad, de su trabajo, de su propiedad, de su expresión, etc., de constituir asociaciones, de efectuar peticiones a las autoridades, de disponer de garantías para protegerse, etc. El reparto de la Constitución—adjudicando potencia e impotencia—es efectuado por un repartidor que es el autor de la constitución: el constituyente. Este reparto supone un mandamiento: algo que se manda como debido. Cuando se manda algo, lo mandado implica un deber ser ... tal cual se manda. Eso que se manda necesita ser obedecido. Por eso, el reparto de la Constitución requiere ulteriores repartos que se efectivicen a tenor suyo. O sea,

mandamientos y órdenes que, obedeciendo al deber ser real de la Constitución, le den aplicación y cumplimiento. Así, el congreso debe de hacer lo que según el reparto ... deba y pueda hacer; lo mismo el poder ejecutivo y los jueces; igualmente los hombres en los repartos que protagonizan con las autoridades y entre sí—sean repartos autoritarios o repartos autónomos.

... el reparto de la constitución no se basta a sí mismo, porque al necesitar obediencia, necesita repartos subsiguientes y subordinados que, escalonándose jerárquicamente, le vayan dando cumplimiento y aplicación ... " (15).

Queda establecido que, jurídicamente, la Constitución distribuye los roles a los destinatarios, según las decisiones políticas y las prioridades axiológicas y, por ende, el de su naturaleza y el de sus disposiciones es la "competencia". Por último, no olvidemos que las constituciones poseen enunciaciones no normativas, obedeciendo a la categoría de las disposiciones según el reparto dado por el constituyente y el interés de su efectividad. Esto lo muestra la gradación de las mismas en cuanto a su valor jurídico o de coerción, explicable además por la referencia que hacen a una misma ideología política y los intereses que en ella ponen las fuerzas políticas, que a su vez se encuentran jerarquizadas.

I. DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Una norma jurídica es la unidad elemental del ordenamiento jurídico, en cuanto canon que valora un determinado comportamiento del individuo en sociedad. Un juicio valorativo es jurídico en tanto el sistema mismo le garantice la posibilidad de ser un valor práctico en su eficiencia, es decir, de ser efectivizado. La juridicidad de la norma se refleja en la medida en que entra *"a ser parte de un cierto ordenamiento, adquiere un cierto valor práctico que consiste en la posibilidad de ser directa o indirectamente realizada, aún coactivamente. Ahora bien, se entiende por sí mismo que una norma para ser susceptible de resultar jurídica debe tener un contenido tal que se preste a ser prevista de aquel valor práctico que un ordenamiento asegura a sus propias normas. Existe, pues, un límite lógico y natural a la posibilidad de que en un ordenamiento una norma asuma el valor de jurídica; ese es dado por la condición de que la norma, por lo que ella expresa, sea susceptible de recibir el valor en que consiste la juridicidad"* (16).

De modo que normas morales y afirmaciones o principios morales o filosóficos tienen innata inidoneidad para asumir tal carácter. La última idea resulta interesante para este estudio, en virtud de que con base en la misma determinaremos la juridicidad de las distintas disposiciones constitucionales. En primer término, las disposiciones constitucionales serán normas entendidas jurídicamente, según que el reparto constitucional les atribuya valor práctico, o garantías que sean los medios que posibiliten directa o indirectamente su efectivización, los cuales serán requisitos de la juridicidad de aquéllas cuando su contenido sea de objeto amplio en las materias que enuncia, puesto que la Constitución es la base de un programa total, para lo cual requiere su ulterior desarrollo. Las normas son disposiciones, preceptos, ordenaciones de la vida social; no es la orden en sentido sico-físico, sino la descripción de un mandato u ordenación. Todas las normas escritas describen algo que ha de actuarse u omitirse, describen un reparto proyectado. La captación lógica de estos repartos que suponen otros tantos mandamientos, se formulan en normas *"que significan competencias, deberes, derechos, etc. Detrás de la norma descriptiva del reparto propuesto está la voluntad del repartidor que manda u ordena lo que se debe hacer, omitir, permitir, etc."* (17). De manera que acorde con el interés en el reparto, se atribuye a las disposiciones distintos grados de juridicidad que arrancan con la enunciación constitucional misma.

En síntesis, la juridicidad de una disposición se encuentra en grados distintos de factibilidad de realización de su contenido, variando desde su ausencia hasta una directa obligación (coercible).

II. DE LAS CATEGORIAS DE DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

Las decisiones políticas fundametales se formulan en el ordenamiento jurídico, y en el caso de la Constitución, en enunciados cuyo carácter normativo varía según el valor práctico que se persigue con ellos. Dentro de las disposiciones con valor operativo, se emplean "formas" expresivas de los principios generales catalogables en normas-principios y normas particulares. Deriva de aquel valor operativo el entendido de la naturaleza jurídica de una disposición. Una disposición es jurídica en tanto el ordenamiento haga factible su directa o indirecta efectividad del contenido que expresa.

Al insertar los fines y los objetivos derivados de las decisiones políticas adoptadas para la vida socio-estatal, así como de las prioridades axiológicas, el constituyente utiliza una técnica de redacción que nos permite clasificar las disposiciones en cuanto a su valor jurídico. Distingamos, en primera instancia, entre las cláusulas normativas y análogas no normativas, es decir, entre aquellas que expresan juicios de valor de deber-hacer, deber-no hacer y poder-hacer, y las que expresan juicios de valor sin proyección jurídica en cuanto a intención de llevar a la práctica el contenido político que la sustenta.

Por lo tanto, podemos distinguir las distintas categorías de las disposiciones constitucionales en general, según su valor jurídico práctico (naturaleza jurídica), con la doctrina que afirma:

"... las normas constitucionales tienen la función de competencia, porque atribuyen o niegan ... a los órganos estatales la realización de ciertos actos o la regulación de ciertas materias ... Hay casos ... en que el constituyente adopta una terminología que no tiene valor jurídico; o que las palabras utilizadas ... no implican nada que se configure como derecho u obligación relativa a una prestación: "el trabajo debe ser protegido por la sociedad", "incumbe a

la comunidad", "es deber de la colectividad", "la sociedad favorecerá", "la sociedad debe velar o debe estimular" ... Se trata de verdaderas abstracciones, que no llegan a asumir la función de normas de conducta ni de normas de organización, por cuanto no aparecen destinadas a los concretos órganos del Estado ni a otorgar precisos derechos subjetivos a los particulares, no pudiendo ni debiendo ser confundidas con las llamadas normas programáticas ..." (18).

Sin embargo, no debemos caer en el error que si alguna disposición no expresa atribución de competencia, carece totalmente de relevancia jurídica. Por ejemplo, consideremos el preámbulo, que *"es una declaración general de propósito que antecede al texto de la Constitución y que formando parte en ella sirve de guía, de orientación e interpretación de su contenido"* (19), de manera que aunque el texto propio de la Constitución es el único capaz de ser fuente de poderes y deberes, el preámbulo sirve de fuente de interpretación en caso de dudas con carácter restrictivo, pues enuncia.

Considerando otros ejemplos que nos sirvan para ir distinguiendo las normas programáticas dentro de la masa escrita de la Constitución a , tenemos el caso de las afirmaciones políticas, y las definiciones constitucionales. Las primeras "no tienen carácter estricto normativo ... son particularmente interesantes para la interpretación constitucional en la medida que ...coadyuva a precisar la ideología política concreta" (20). Afirmaciones como "Estado social", "república democrática", "monarquía social representativa", etc. que pueden encontrarse en los diversos textos constitucionales, son útiles en tanto identifican el techo ideológico de la fórmula política de la Constitución (21).

"Las definiciones constitucionales tienen cierta semejanza con las afirmaciones políticas e incluso van frecuentemente unidas a ellas ... (pero) poseen ciertos efectos jurídicos, pues vinculan al intérprete ... se refieren a la organización del Estado ... y por eso debe aplicarse inmediatamente porque en la parte orgánica normalmente no existen normas programáticas" (22); son afirmaciones, por ejemplo, nuestro artículo 1º de la Constitución actual. Finalmente, no olvidemos el caso de cláusulas análogas a disposiciones de principios normativos, que por su redacción no tienen valor jurídico alguno; aparentan ser normas pero no lo son.

Nos resta mencionar la categoría de las disposiciones que nos interesa: las normas constitucionales, cuyo concepto hemos delimitado en el aparte anterior, indicando que su naturaleza es de competencia, *"vale decir que facultan crear normas obligatorias o ejercer las facultades por ellas dispuestas"* (23). Múltiples clasificaciones pueden hacerse de ellas, con base en criterios distintos, a saber:

1. Bajo el aspecto de la naturaleza jurídica:

"... se observan las disposiciones que se pueden definir estrictamente como obligatorias o preceptivas, hacen surgir de manera inmediata, derechos y obligaciones en aquellos a los cuales se dirigen, y... se presentan ... como accionables ... no faltan jamás otras que son especialmente organizativas o institutivas ... que crean las diversas instituciones constitucionales ... su composición y atribuciones, pero sin precisar reglas de conducta para los ciudadanos. Finalmente, todas las Constituciones suelen contener, en medida más o menos amplia, disposiciones directivas o programáticas las cuales establecen simplemente las directivas de acción ..." (24).

2. Conforme el modelo constitucional:

"... organizativas, en cuanto se refieren a las competencias y organismos que deben cumplir funciones del Estado; preceptivas en cuanto se refieren a los principios, límites y garantías que dan protección a la actividad de los administrados; y programáticas, en cuanto envuelven ciertas directivas orientadas a los gobernantes políticos ..." (25).

3. Con base en tres pares de criterios:

*"Por su inmediata aplicabilidad: normas operativas y normas no-operativas.
Por su inmediata o próximo destino: normas de conducta y normas de organización.
Por su disponibilidad: normas imperativas y normas facultativas o discrecionales".* (26)

4. Con base en el contenido tenemos: normas-principios y normas particulares (27).

Los criterios no son excluyentes, sino más bien integrativos. Lo interesante es establecer que todos los criterios dejan entrever distintos grados de juridicidad de las normas constitucionales, sea que tengan un deber o un poder de inmediata observancia, sea que dejen a discreción de los destinatarios el ejercicio de ciertas competencias, sea que requieran una normativa inferior para tener valor práctico-directo o que no lo requieran, por ejemplo. No obstante, al repartir esos deberes y poderes, se impone a los destinatarios una regla por observar independientemente de que su efectividad sea directa o diferida. Por ende, no son solo normas las que procuran la efectividad de su contenido de manera inmediata y directa so pena de sanción del ordenamiento.

III. ¿SON NORMAS LAS PROGRAMATICAS?

La doctrina divide su criterio en cuanto a la importancia del carácter normativo de las disposiciones programáticas.

De una parte se sostiene que son normas impropias, y por otro que son normas jurídicas enteramente tales. En el primer sentido, se sostiene que son normas impropias porque no están revestidas de coercitividad y que no pueden hacerse cumplir por la fuerza ni llevarse ante el órgano jurisdiccional como sí en los casos de normas que otorgan derechos individuales (28). Se sostiene, además, que las normas constitucionales no son obligatorias, dada su naturaleza de normas de competencia, carece de sanción su incumplimiento, y pueden únicamente declarar la inconstitucionalidad o remover el obstáculo que impide el ejercicio de un derecho; por consiguiente, toda norma de competencia no prescribe sanción y si hay tal dentro de una Constitución escrita, no tiene el carácter de norma de competencia (29).

Ante tal posición se levanta el criterio contrapuesto siguiente:

"Ni el criterio de la incompleteza puede ser aplicado en orden a la sanción, la cual depende de la conexión normativa; es decir, del hecho de que toda norma, para que sea tal, debe en alguna forma relacionarse con otras, idóneas a garantizar su acatamiento. Bajo tal aspecto es indudable que todas las disposiciones constitucionales están revestidas de garantía. Así, verbigracia, las invitaciones que a menudo tiene la Constitución, respecto de ciertos órganos estatales para que cumplan determinadas actividades, implican en el peor de los casos una prohibición para actuar en modo contrario a la invitación o directiva ... por tanto, se traducen en verdaderas normas, garantizadas aun respecto de la competencia del legislador común, el cual si bien es cierto no está obligado a realizar, desde el punto de vista jurídico, aquello que la Constitución estatuye y recomienda (al menos en ciertas hipótesis), en todo caso está inhibido para emanar leyes contrarias a estas normas (a las directivas contenidas en ellas)" (30).

De manera que debemos reconocer que la juridicidad de una norma se encuentra en el valor práctico que el ordenamiento le otorgue, sin importar su inmediatez o mediatez efectiva. Se concilian ambos criterios en que reconocen implícitamente las graduaciones entre las distintas normas en cuanto a su juridicidad. Recordemos que la coercitividad de la norma es un grado que la misma puede tener en lo relativo a desarrollar u operar su contenido, y que las normas jurídicas no se traducen únicamente en prescripciones obligatorias o preceptivas. Por de pronto, las normas programáticas son, como su nombre lo indica, "normas", pero como no puede ser de otro modo, son "normas jurídicas" ... las normas programáticas son normas jurídicas, pues de lo contrario serían o normas políticas o sociales o éticas y no servirían para expresar el sentido constitucional (31).

De modo que las normas programáticas son, desde su sanción, normas jurídicas con validez plena. En cuanto a validez, no admiten graduaciones ni el criterio de validez a medias, pues una norma jurídica vale o no vale; no obstante, la juridicidad entendida con PERASI, sí tolera distintas graduaciones y se explica ello en que son aspectos distintos de la norma: su valor práctico, y su validez dentro del ordenamiento. Las disposiciones contenidas en la Constitución son normativas, independientemente del grado de coercibilidad o del hecho de que sea posible extraer, de las mismas proposiciones, directivas o recomendaciones hacia determinada dirección político-estatal.

Es preciso dilucidar el carácter normativo de la validez de una norma programática, cual es el sentido normativo del "programa", porque toda norma programática es una norma (sujeto) que funciona como programa (predicado). *"Las normas pueden ser: o prescripciones o imperativos o permisiones o autorizaciones. A su vez las prescripciones y autorizaciones implican permisiones, porque lo que está permitido también lo es porque está prescrito y autorizado. Un programa constitucional es una autorización con límites. En cuanto programa, la norma es una autorización y en cuanto tal, es una permisión. Es decir, como autorización el programa es normativamente una permisión, en cuanto tiene límites es normativamente una prescripción (de no hacer o prohibición). Ambos caracteres normativos son la validez de las normas programáticas de su sanción" (32).*

En este punto conviene recordar que la naturaleza jurídica de las normas programáticas es ser norma de competencia y norma-principio. En el sentido de normas-principios, corresponden a la categoría de principios generales puramente programáticos en contraposición con los principios generales actuales, resultantes ambos de la esquematización del orden constitucional que forma un sistema de normas generales y particulares referidas a un mismo proyecto político (33). Una idea sintética sobre el carácter normativo de la validez y la naturaleza jurídica de las normas programáticas, nos la da la doctrina española, en los términos siguientes:

"Las normas programáticas se caracterizan porque no regulan desde el principio e inmediatamente las relaciones y situaciones a que se refieren, sino que ordenan comportamientos públicos destinados a su vez a incidir sobre tales materias; establecen lo que los gobernantes deberán o podrán hacer (y viceversa lo que no podrán hacer) respecto a determinados objetos" (34).

Evoca, además, el valor operativo de dichas normas, el cual se ha entendido de manera mediata o diferida, según veremos más adelante, puesto que los juicios de valor son deducibles de este tipo de normas (posibilidad mediata de un hacer) por el modo de formulación que al respecto adopta el constituyente. La constituyente utiliza dos formulaciones para las normas programáticas: por un lado hay disposiciones que establecen expresamente que se necesita de un acto normativo de un órgano del Estado, y por otro, hay disposiciones que no pueden ser aplicadas sin la intervención del Estado, debido a que la generalidad de la formulación constitucional hace necesaria su reglamentación, pues de lo contrario el reclamo de los particulares no podría ser satisfecho. Pero hay casos en los cuales si bien la Constitución no expresa con claridad la necesidad de un acto normativo, tampoco puede sostenerse que dicha necesidad surge tácitamente, sino que se dirige a una posibilidad

futura que los órganos del Estado tienen en cuanto a su actividad en determinadas materias.

"Aprovecha observar a este respecto que existen en la Constitución también diversas normas a los principios programáticos, de los que nos estamos ocupando, que presentan, empero, análoga característica, de no poder desarrollar prácticamente su eficacia mientras no hayan intervenido leyes ulteriores que la pongan en condiciones de recibir efectiva aplicación ... Pero se trata en estos casos de los principios programáticos, en sentido estricto (35), la necesidad de una ulterior normación para su concreta aplicabilidad a las materias a las cuales se refiere, deriva propiamente de su naturaleza de preceptos dirigidos solamente a los órganos..." (36).

Parece conveniente, en este punto, establecer ciertas reglas que permiten identificar las normas programáticas en el texto de la Constitución que, a la vez, recoge los requisitos de una buena técnica de redacción de dichas disposiciones, para que las mismas no queden como simples aspiraciones (desde luego el desarrollo de los contenidos de las normas programáticas, aunque bien enunciados, dependen de las condiciones económicas, sociales y políticas de la sociedad y del Estado en un momento histórico determinado): a) dirigirse a un sujeto determinado o determinable (al Estado, al órgano ejecutivo o al legislativo); b) relevancia jurídica del objeto; c) contenido general determinado, no vago ni impreciso.

La formulación del artículo que ha de expresar una norma programática o directiva, debe vincular de algún modo a un sujeto determinado del ordenamiento, a través de expresiones verbales no meramente declarativas o aspirativas. Expresiones como el "Estado vela" o "promueve" de alguna manera podría decirse lo vinculan, sin embargo no implican prestación alguna en favor de nadie. Caben en este ejemplo las expresiones como "la sociedad cuida, favorece, promueve o promoverá" cuya indeterminación subjetiva hace de la misma una simple declaración moral. En otras palabras, las normas programáticas son tales si crean competencias para un determinado sujeto del ordenamiento.

En este aspecto, nuestro constituyente adoptó una técnica adecuada para la redacción de las normas programáticas. Nuestras disposiciones normativas programáticas (artículos 50, 56, 57, 59, 63, 64, 65, 67, 72, 74, 80, 81, 82, 83, 89) fijan competencias para el Estado en cuanto a posibilidades de actuación en ciertas materias, y a un compromiso diferido en su futuro comportamiento frente a la sociedad en relación con materias de contenido social y económico. Si bien las normas programáticas tienen de por sí el dilema de su mediatez operativa, nuestras normas respectivas se ajustan al propósito que tiene en el Estado contemporáneo la presencia de dichas estipulaciones. Implícitamente en ellas se le autoriza a intervenir (poder-hacer), en ciertas materias, en el ejercicio de las funciones administrativas y legislativas.

Resumiendo, las llamadas normas programáticas son normas jurídicas cuyos cánones de valoración de conductas en cuanto a contenidos de las mismas, tienen un respaldo o garantía de operatividad o valor práctico, en cuanto permitan o prohíban futuras actividades de los órganos del Estado, independientemente de que su observancia no implique la posibilidad de exigencia coercitiva o coactiva de su enunciado.

SECCION II

ALCANCES JURIDICO-POLITICOS DE LAS NORMAS PROGRAMATICAS

Nos encargaremos de estudiar el problema de la eficacia y de la efectividad de las disposiciones normativas programáticas, derivado del valor práctico (juridicidad) y del rol político que en la vida socio-estatal poseen. De esta manera, lograremos ubicar en pleno la función normativa, y dar una breve reseña de la función política que tienen en cuanto normas-principio conformadoras de un "programa" constitucional.

I. FUNCION NORMATIVA

La función normativa de la Constitución y sus disposiciones se refiere al problema de la eficacia de las normas, es decir, si son todas ellas traducibles en verdaderas normas jurídicas, o si, por el contrario, es necesario considerar que algunas de ellas carecen de fuerza normativa. En cuanto a la juridicidad y la validez, hemos afirmado que las disposiciones programáticas son normas jurídicas, y su alcance o fuerza normativa será el punto por estudiar a continuación. Es decir, delimitaremos nuestra atención hacia la aplicación del contenido programático según el valor práctico que tienen las normas que lo enuncian. El carácter programático de ciertas normas constitucionales no les priva de eficacia jurídica ni les hace perder el carácter genérico de normas de competencias. Tampoco son normas sin sentido jurídico. Se trata de normas *"cuya eficacia queda en claro cuando se advierte que son marco fundante de actos estatales emanados de los diversos poderes constituidos"* (37).

La eficacia de las normas programáticas, así como su valor práctico (juridicidad) es variable de unas a otras, por tanto dicha eficacia constituye la fuerza normativa que hará factible el contenido político de la disposición. De ahí que las consecuencias jurídicas de las normas programáticas se caracterizan por reenviar al futuro legislador la realización de determinados contenidos, y en general, los actos ejecutivos a los cuales se asigne dicha realización, reparto que estará determinado por la "reserva" de ley de los contenidos. El rasgo fundamental de la eficacia de las normas en cuestión es su redacción en futuro, de lo que surge el sentido estrictamente programático de las disposiciones.

Las disposiciones directivas y programáticas no se perfeccionan de manera automática, sino que requieren que el Estado se esfuere en poner las condiciones para que progresivamente vayan gozando de efectividad. De ahí que las normas programáticas son las normas constitucionales que ponen su eficacia bajo condición: la condicionalidad de la eficacia, es pues la cualidad específica de la fuerza normativa de dichas normas. En cuanto a la operatividad del contenido resulta postergada por tal valor práctico de la norma. El hecho de que ponga en vigencia los efectos propios del enunciado normativo, en cuanto instrumentos para la operatividad del contenido, debe ser un "acto normativo". Antes del mismo, no produce efectos positivos, aunque la norma posea validez. De este modo, confirmamos el criterio sostenido de que no podemos negarle carácter y función normativa a las disposiciones programáticas. Consecuentemente, diremos con la doctrina:

"Las normas constitucionales de organización tienen valor y eficacia .. en la medida que establecen las bases y condiciones de la existencia y eficacia de normas ordinarias ..." (38).

"... Las normas de aplicación diferida o condicionada son preceptivas, dado que su característica fundamental es la de establecer una determinada disciplina, que solo es susceptible de aplicarse a través de la concurrencia de otras disposiciones, o bien de prever sanciones y consecuencias jurídicas incapaces de realizarse sin la previa regulación de otros actos, cuya disciplina resulta esencial e insustituible para la producción de tales efectos" (39).

La conclusión generalizada de la doctrina se refiere a que la función normativa de las normas programáticas deriva de su naturaleza jurídica. A ello hay que adicionar el valor práctico que el constituyente le ha dado en cuanto programa o directriz para la ulterior actividad de los órganos del Estado. Cabe la posibilidad de que el cumplimiento de los objetivos que contiene la norma se demore indefinidamente, de suerte que en cuanto a su eficacia positiva o a las situaciones jurídicas previstas para la condición, resulta estéril. ¿Perciben otro tipo de efectos dichas normas programáticas? En ese sentido, ¿no tienen efectos normativos? Es decir, ¿las normas programáticas surten efectos únicamente operado el acto normativo que les es condición? Responder negativamente a las dos primeras preguntas, y afirmativamente a la última, es desnaturalizar el contenido planificador que muchas constituciones han adoptado, especialmente en materia socioeconómica.

Desde un punto de vista amplio, podemos analizar los efectos de dichas normas antes y después de la condición que hace surgir los efectos "programáticos" (en contraposición con los efectos negativos). La doctrina ha formulado que:

"... Los efectos propios de las normas programáticas son:

a) Antes de producida la condición el único efecto es impedir que un acto normativo u otro hecho operativo frustre el sentido jurídico previsto en el programa. En dicho caso, en sede jurisdiccional podrá declararse la inconstitucionalidad del acto o hecho en cuestión, sea que se hubiera dictado antes o después de ser sancionada la norma programática.

b) Producida la condición, el programa constitucional debe producir sus efectos de modo tal que quedarían sin apoyo constitucional las normas cuyo funcionamiento resultase incompatible con aquel. A partir de entonces las normas inferiores deben adecuarse a cada uno de los efectos previstos en la norma programática" (40).

Por otra parte, se entiende, en la misma doctrina citada, que *"mientras dicha condición no se cumpla, la norma vale como habilitadora de competencia que no puede ser renunciada"* (41). En cuanto a otras normas constitucionales, se señala que *"el efecto propio de la validez de toda norma jurídica es derogar toda validez anterior que le fuere opuesta; por tanto las normas programáticas derogan toda norma constitucional anterior que tuviese un sentido contrario. Pero, además, como las normas constitucionales son el fundamento de validez de las restantes normas del ordenamiento jurídico, si una norma constitucional pierde validez en virtud de una reforma constitucional que incluye normas programáticas de sentido opuesto a la anterior Constitución, es claro que la legislación existente que reconocía fundamento de validez en la Constitución derogada queda expuesta a la declaración de inconstitucionalidad en razón de contrariar a las normas programáticas de la nueva Constitución"* (42).

Además, es discutible la fuerza abrogatoria de las normas programáticas, es decir la capacidad de dejar inoperantes normas anteriores contrarias al texto constitucional establecido. La cita de Quiroga en el punto a) deja abierto el portillo para responder afirmativamente. Sin embargo, dependerá del objeto que regule la norma preexistente, siendo que se confronten de un modo directo, como los ejemplos arriba citados. Al respecto, nos dice Crisafulli que *"como no son, las normas programáticas, susceptibles de aplicación a las materias a las que —indirectamente— se refieren, están privadas de eficacia integrativa y en tales casos no valen para abrogar las normas preexistentes, aun cuando sean contradictorias. Y eso se debe a que estas tienen por destinatarios determinados sujetos y órganos, de los que regulan los respectivos contenidos, mas los principios programáticos se dirigen a una ulterior normación que determine una disciplina directa y operante de las materias respectivas"* (43).

Nuestra doctrina ha considerado que si las normas programáticas por su validez jurídica son preceptivas, entonces invalidan las normas contrarias e inferiores, restringiendo tal posibilidad a los casos en que se regula la misma situación fáctica disciplinada por la norma constitucional y en el momento en que, por lo dispuesto en ella, expresa implícitamente, resulte aplicable. Por otra parte, dada la generalidad de algunas de las normas programáticas las mismas no podrían invalidar otras normas si se dirigen abstractamente a la normación futura (44). Finalmente, el problema ha sido resuelto por la jurisprudencia italiana, cuya decisión nos parece de alcance universal: establece, ante todo, que si bien era cierto que en casos particulares, debido a su generalidad e indeterminación, las normas programáticas no estaban en posibilidad de abrogar las

normas anteriores, resultaban idóneas para determinar su ilegitimidad constitucional (45).

Por otra parte, debemos destacar que en cuanto a los efectos antes de la condición en relación con el particular, la norma programática, por su carácter difuso, conduce a que no sean accionables. *"El ciudadano no tiene tutela o derecho a recurrir a la jurisdicción para que la autoridad obligue coactivamente al Estado a que haga efectiva aquí y ahora una norma programática"* (46). En realidad, se consagran en ellas, pretensiones materiales frente al Estado, sin constituirse derecho público subjetivo alguno.

Para concluir el presente aparte, consideremos la función interpretativa de las normas programáticas. Primero debemos mencionar que las normas programáticas, según la función que se les dio frente a los destinatarios, pueden clasificarse en directivas (destinadas al Legislativo y al Ejecutivo, según vimos) porque establecen o indican los objetivos inmediatos del actuar de los poderes públicos; y en interpretativas, por cuanto prescriben los fines mediatos que el Estado debe perseguir por medio de sus órganos (47). En este último aspecto, se establece que los destinatarios de las normas programáticas son además de los órganos Legislativo y Ejecutivo, el Poder Judicial y los particulares en tercera instancia.

II. REFLEXIONES SOBRE LA FUNCIÓN POLÍTICA DE LAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

Podríamos desentrañar varios puntos importantes de las normas programáticas, al margen de su análisis como instrumento jurídico de fórmula de decisiones políticas y valores. Es decir, creemos que las normas programáticas tienen un rol político importante dentro de la teoría del constitucionalismo. En primer término, es un control a la autoridad, canalizable o no por los mecanismos jurídicos de las garantías. Viencn a configurarse las normas programáticas como medios para el control de constitucionalidad de sus actuaciones que, abiertamente, vayan contra el espíritu de las mismas. Y esta forma indirecta de control, se explica en que forman parte de los enunciados confesadamente ideológicos de la norma fundamental de un Estado.

El tratadista Juan Casicillo expresa que *"el carácter de superlegalidad de la Constitución alcanza a sus enunciados programáticos que constituyen directivas que obligan al legislador ordinario, y en tal medida que si no fueran respetadas, el control constitucional tendría que sancionar necesariamente la invalidez de la labor de aquel"* (48). A esta consideración debemos adicionar la hipótesis de que el órgano ejecutivo actúe de igual manera. En síntesis, el contenido de las normas programáticas constituye un freno garantizador de que la autoridad no desviará su poder más allá de los cánones que establece dicho contenido.

Por otro lado, un control político para la autoridad en relación con las normas programáticas, pueden representarlo los mecanismos de sanción política. En esta situación, si bien el ciudadano no tiene derecho a la tutela jurisdiccional, al ver frustradas sus aspiraciones, o al haber un desvío de poder que jurídicamente sea inimpugnable, e incluso ante el caso de que atrase indefinidamente la normación del contenido programático, puede negarle el voto, deteriorar la legitimidad de su mandato, censurar su gestionamiento público, acusarlo de iluso, demagogo, de utópico o de inconsistente. En este marco nos dice Lucas Vcrdú:

"...Las normas programáticas sirven para interpretar el texto constitucional, señalan su sentido político social, el cual es captado por extensas corrientes de opinión, a la larga influirá sobre los titulares de los poderes públicos, pues se les exigirá que desarrollen las promesas contenidas en las normas programáticas". (49)

No obstante que siempre resulta conveniente que el constituyente formule textos autosuficientes, en cuanto no remitan al intérprete (sea un órgano estatal o un particular) a conceptos ambiguos e imprecisos, pues se convertirían en "arma de doble filo" que pondría en peligro, bajo determinadas coyunturas, el orden constitucional. Ese es el valor político de tales normas, que significan un compromiso que vincula a toda la orientación política estatal, cuya distorsión puede afectar el ideal de equilibrio poder-libertad, y podría atar o desatar las vinculaciones del constituyente con el sistema de ideas y creencias que lo motivó a sancionar la Constitución. Esta redacción que debe tomar en cuenta el constituyente, determina un control intrínseco de la norma, puesto que no cedería ante el riesgo de que con el tiempo el intérprete amplíe su competencia. En caso de las anteriores hipótesis es imposible no concebir la responsabilidad política del gobernante ante los gobernados en cuanto a los mecanismos de sanción política, ya indicados.

Finalmente, por el carácter de las normas programáticas en cuanto "proyectos", debemos destacar que una función política que les es intrínseca es la de adaptar el funcionamiento del Estado a las exigencias de los cambios sociales a lo largo del tiempo en que están vigentes.

CONCLUSIONES

1. El concepto de "norma programática" tiene una doble dimensión: su naturaleza política es de norma-principio; su naturaleza jurídica es de norma de competencia.
2. Su formulación no es exclusiva del modelo constitucional contemporáneo o social, lo que revela el carácter técnico dentro de la Constitución y de las decisiones políticas fundamentales.
3. Las disposiciones programáticas en sentido estricto son normas jurídicas en cuanto tienen un valor práctico caracterizado por la condicionalidad de sus efectos positivos.
4. El valor práctico o juridicidad de las normas programáticas, en cuanto a su carácter condicional, es correlativo al contenido político que enuncia, en vista de que este asume decisiones generales del constituyente en relación con el futuro de la actividad socio-estatal.
5. Las normas programáticas son una necesidad de la racionalización del ordenamiento político de las decisiones y de su jerarquización en el ordenamiento jurídico. Las normas programáticas obedecen a un reparto político jurídico del constituyente.
6. Las normas programáticas se distinguen de otras disposiciones constitucionales por la producción de efectos jurídicos derivados de la búsqueda del valor práctico para sus declaraciones.
7. La norma programática tiene un contenido determinado y relevante en el orden jurídico-político, un destinatario determinado y una formulación precisa hacia el futuro.
8. La fuerza normativa de dichas disposiciones se refiere a los efectos jurídicos previstos por el programa, y a la mediatez en la vinculación directa con los destinatarios.
9. Las normas programáticas tienen efectos inmediatos negativos, en virtud de su validez como normas jurídicas. Son "habilitadoras" y "abrogatorias" en casos especiales.
10. Las normas programáticas vinculan al intérprete de la Constitución en tanto expresan el marco o fórmula política de la misma.
11. El carácter programático de ciertas disposiciones constitucionales, no les priva de eficacia jurídica ni del carácter de normas de competencia, aunque su juridicidad o valor práctico no sea estrictamente preceptivo.
12. Las normas programáticas tienen como destinatarios en primera instancia al Parlamento, en segunda instancia al Poder Ejecutivo, en tercera instancia al órgano jurisdiccional y finalmente a los particulares.
13. Vinculan al Parlamento porque son programas legislativos y una delimitación en el ejercicio de sus potestades, en cuanto al contenido de las mismas.
14. Vinculan a la Administración por cuanto son programas normativos y de intervención social.
15. Vinculan al Poder Judicial y a los particulares en su calidad de intérpretes de sus respectivas "competencias".

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) RUIZ MASSIEU (José). El contenido programático de la Constitución y el nuevo derecho a la protección de la salud. *Derecho constitucional a la protección de la salud*. México, Editorial PORRUA S.A. 1983, pp. 70-71.
- (2) Kelsen (Hans). La garantía constitucional de la Constitución. San José, Tr. Rolando Tamayo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1981, p. 9.
- (3) BURGOA (Ignacio). *Derecho constitucional mexicano*. México, Editorial PORRUA S.A. 2da. edición, 1976, pp. 267-268.
- (4) *Ibid.*, p. 368.
- (5) QUIROGA (Humberto), Sobre la interpretación constitucional. *La interpretación constitucional*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1975, p. 109.
- (6) LUCAS VERDU (Pablo). *Curso de derecho político*, Madrid, Editorial TECNOS. 3era. edición, V. II. 1981., p. 428.
- (7) CRISAFULLI (Vezio). Sobre la eficacia normativa de las disposiciones de principio de la Constitución. *Revista de derecho público*. Santiago Tr. Mario Cerda Medina N°7, enero-junio 1967 pp. 21-22.
- (8) CERDA MEDINA (Mario) en Nota Introductoria a CRISAFULLI (Vezio), *op. cit.*, pp. 11-13. Al respecto el autor cita como ejemplos respectivos la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 agosto de 1789; la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Convención Francesa de 1793, el Preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos del 17 noviembre de 1787 y sus enmiendas a la Constitución; la Constitución de Weimar, y las Constituciones de la URSS de los años 1918, 1924 y 1936.
En el caso de nuestra historia constitucional y respecto de disposiciones programáticas tenemos: artículo 8 inciso a) del Pacto de Concordia de 1821; artículo 23 a) y b) del Primer Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica de 1823 ("fijará sus miras ..." fomentos y progresos de las actividades económicas y educativas) copiado en el artículo 24 del Segundo Estatuto Político; artículo 10 de la Constitución de 1917 (Derechos Sociales); artículos 51, 52, 58, 59, 61, 65 de la Constitución de 1871 reformada en 1946.
- (9) DAZA ONDARZA (Ernesto). El carácter programático y preceptivo de las normas constitucionales sobre la familia. *Doce temas de derecho constitucional*. Cochabamba, Editorial Universitaria, 1973, p. 33
- (10) LOEWENSTEIN (Karl). *Teoría de la Constitución*. Barcelona. Tr. Alfredo Gallego, Editorial ARIEL, 2da. edición, 1979, pp. 400-401.
- (11) V. PERGOLES (Ferruccio). Las orientaciones sociales de las constituciones contemporáneas. *Revista de derecho*

Actualidad y crisis de los cuasicontratos en el derecho de las obligaciones

Rafael Hernández
Rodolfo Lizano

SUMARIO

Introducción – Sección I: Generalidades y polémica doctrinal – Sección II: Principales figuras jurídicas consideradas como cuasicontrato. – Sección III: Jurisprudencia. – Sección IV: Derecho comparado. – Conclusión.

INTRODUCCION

En la presente investigación nos abocaremos al estudio del cuasicontrato como fuente de las obligaciones. Para poder conocer la posición doctrinal que se tiene con respecto al cuasicontrato, es necesario establecer las bases históricas de la figura cuasicontractual. De esta manera resulta imperativo remitirnos al derecho romano, ya que es aquí donde se construyó la idea de fuente de obligación y más específicamente del cuasicontrato como una de estas fuentes. Posteriormente, y con base en el término romano del cuasicontrato, será necesario encontrar un concepto claro sobre esta figura, de acuerdo a los elementos que, hoy en día, la doctrina considera constitutivos del cuasicontrato y diferenciadores con respecto a otras fuentes de obligación.

En el desarrollo de nuestra investigación, expondremos la polémica que se ha desatado doctrinalmente sobre el cuasicontrato como fuente de obligación. Existen argumentos que defienden la figura del cuasicontrato como fuente autónoma de obligaciones, otras que niegan tal autonomía. La hipótesis que procuraremos comprobar en nuestro trabajo, es que el cuasicontrato es una fuente de obligaciones autónomas que posee ciertas características diferenciadoras, cuya presencia en determinados hechos jurídicos impide clasificarlos como contrato o dentro de otras categorías jurídicas.

Por otra parte, expondremos las principales figuras jurídicas que son consideradas, en la actualidad, como cuasicontrato, nos referimos a la gestión de negocios, al pago de lo indebido, la administración de cosa en común y la tutela voluntaria. Por la finalidad de esta investigación no nos extenderemos a un análisis profundo de cada una de estas figuras, sino que simplemente nos limitaremos a establecer la noción y sus principales características; esto con el propósito de conocer, más claramente, la realidad práctica de la figura cuasicontractual en la actualidad. Para ilustrar las bases teóricas que estableceremos, será necesario retomar algunos hechos reales que han sido objeto de un proceso jurisdiccional en nuestro país; para tal propósito incluiremos en nuestra investigación algunas reseñas jurisprudenciales, calificadas como cuasicontratos, donde podremos observar los elementos definitorios de la figura. Por último haremos una comparación con algunas legislaciones extranjeras, para conocer la vigencia que tiene el cuasicontrato como fuente autónoma de obligaciones, dentro de otros ordenamientos jurídicos.

SECCION I GENERALIDADES Y POLEMICA DOCTRINAL

I. EL CUASICONTRATO EN EL DERECHO ROMANO

La figura jurídica del cuasicontrato, considerado como fuente de obligaciones, se remonta al derecho romano; por lo tanto, resulta necesario hacer una breve referencia a su génesis histórica, para dar fundamento al desarrollo de nuestra investigación.

Primeramente, debemos señalar que en las Instituciones de Gayo sólo se mencionan los contratos y los delitos como fuente de obligaciones. La noción de cuasicontrato se encuentra, posteriormente, en el fragmento 0.44,7,5 de las "ser cotidianae" de Gayo (1).

El cuasicontrato se ofrece de manera definitiva como fuente de obligaciones en las instituciones justinianas bajo el título "*De obligationibus quasi ex contractu*" (2). Esta figura apareció en dichas instituciones, junto con aquellas que generalmente se habían considerado fuente de obligaciones cuales eran: los delitos, los contratos, los cuasidelitos, la ley en forma directa y la oferta unilateral.

En el derecho romano se estableció una serie de situaciones calificadas como cuasicontratos; entre ellas: (5)

- a) aceptación de una herencia, que podía crear deberes del heredero a favor de legatarios,
- b) aceptación de un legado, que podía crear deberes del legatario a favor de un fideicomisario,
- c) la copropiedad nacida de circunstancias ajenas a un acuerdo de voluntades de los copropietarios, como legado, herencia o donación
- d) aceptación de la tutela, que creaba deberes a cargo del tutor y a favor del incapaz, donde lógicamente faltaba el consentimiento del incapaz, etc.

Estos son solo algunos ejemplos de situaciones consideradas por el derecho romano como cuasicontrato. Como vemos, se sitúan dentro de la clasificación algunas situaciones a las cuales la evolución del derecho les ha otorgado otra naturaleza jurídica. Lo anterior ha hecho que el estudio de la figura del *quasi ex contractu* se limite a aquellas situaciones jurídicas que, desde el derecho romano, han permanecido dentro de la denominación de cuasicontrato. Las figuras principales desarrolladas en el derecho romano fueron: (6)

- a) "Negotiorum gestio" (gestión de negocios)
- b) "Communio incidens" (administración de cosa en común)
- c) "Conditiones" (enriquecimiento injustificado)

Para finalizar este apartado podemos decir, apoyando la tesis de Wolfgang, que el derecho tardó en crear la figura del cuasicontrato debido a que por su composición las situaciones calificadas como tales guardaban una semejanza esencial con ciertos tipos de contrato, esto por su historia y su desenvolvimiento procesal (son ejemplo: el enriquecimiento sin causa con el mutuo, la gestión de negocios con el mandato, etc.). (7)

II. EL TERMINO CUASICONTRATO EN LA ACTUALIDAD

La figura del cuasicontrato ha sido discutida desde comienzos del derecho romano en el sentido de si constituye o no fuente de obligación. Varios autores han discutido la naturaleza y aplicación del término, lo que ha creado una fuerte polémica al respecto. Por el momento, nos limitaremos a definir lo que se conoce y ha sido aceptado mayoritariamente por cuasicontratos como fuentes de obligaciones.

Para empezar, estableceremos una definición muy general sobre el término, para tratar luego de establecer aquel término que consideramos encierra la figura del cuasicontrato en todos sus aspectos. El cuasicontrato es "*actos lícitos y voluntarios en los que sin mediar convención expresa producen obligaciones, a veces, recíprocamente entre las partes; otras, solo respecto a uno de los interesados, y otras en beneficio de un tercero*". (8)

Al respecto nuestro Código Civil contiene dos artículos en los cuales desarrolla la figura del cuasicontrato. El 1043 dice: "*Los hechos lícitos y voluntarios producen también, sin necesidad de convención, derechos y obligaciones civiles, en cuanto aprovechan o perjudican a terceras personas*" (9).

Como podemos observar, nuestro Código Civil establece claramente lo que se ha entendido tradicionalmente como cuasicontrato, ya que encierra los elementos fundamentales de la figura, que son:

1. Acto lícito
2. Acto voluntario
3. No existencia de convención expresa

4. Que aprovechan o perjudican a terceros.
5. Y como consecuencia, que produzcan obligaciones.

De esta manera, notamos un aspecto que diferencia y particulariza al cuasicontrato como fuente de obligaciones contrapuesto con otras figuras productoras de obligaciones; y este es el hecho de que no exista convención expresa entre las partes. Como sabemos, en toda obligación existe una parte o sujeto activo (acreedor) y otro pasivo (deudor), ambos en una relación correlativa de naturaleza patrimonial; en la cual, generalmente, existe una voluntad expresa de ambas partes; pues bien, la figura del cuasicontrato constituye una excepción, pues no requiere de la característica en cuestión.

Básicamente son los caracteres atrás señalados los que definen y particularizan la figura del cuasicontrato; la generalidad de las definiciones se compone de tales elementos, y solo difieren en su redacción. Consideramos la siguiente definición de Pothier como sintetizadora de las anteriormente esbozadas:

"El hecho de una persona, permitido por la ley, que la obliga para con otra u obliga a otra persona para con ella, sin que entre ambas intervenga convención alguna" (10).

De esta manera, dejamos establecidas nuestras bases sobre la noción de cuasicontrato, la cual nos permite continuar con nuestra investigación.

III. POLEMICA DOCTRINAL SOBRE EL CUASICONTRATO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

A. Noción de fuente

Señala Sancho Rebullida que son fuentes de las obligaciones "*los hechos jurídicos de los que éstas se originan o nacen, es decir, los hechos a los que el derecho objetivo reconoce esta virtualidad vinculante*" (11). Hecho jurídico será así: "*Todo fenómeno temporal importante para el derecho, sea evento o comportamiento, relevante o eficaz, casual o eventual*" (12). Debe tenerse presente que un evento es aquel en el que la presencia humana es pasiva, no productora, mientras que el comportamiento se caracteriza por la actividad o incidencia humana. Un único hecho puede recibir diversas calificaciones por parte del ordenamiento, para este estudio solo interesa que el hecho productor de la obligación esté protegido por el ordenamiento jurídico.

B. Diversas clasificaciones de las fuentes

La clasificación tradicional sobre las fuentes de las obligaciones tiene su punto de partida en la enumeración cuatrimembre que hacían las Instituciones de Justiniano: contrato, delito, cuasicontrato, y cuasidelito. Esta clasificación fue recogida por el Código Napoleónico que le agregó la quinta fuente: la ley. La influencia de este código fue tan notable que dicha clasificación fue recogida por la mayoría de las legislaciones, tal como la evidencia un rápido examen a los diversos códigos civiles de varias naciones: artículo 1069 del Código Civil Español anterior, artículo 1097 del antiguo Código Civil italiano, etc. Posteriormente surgió la clasificación dualista de las fuentes, por ello se decía que estas podrían agruparse en dos bloques: a) las que producen el nacimiento de las obligaciones porque lo quiere el sujeto (voluntad); b) las que lo producen porque la ley lo dispone (13).

Algunos códigos como el alemán se basaron en esta clasificación, que ha sido criticada por ser demasiado simplista e imprecisa. Las legislaciones más recientes no aceptan este patrón dualista (caso del Código Civil suizo, código brasileño, código mexicano).

El Código Civil italiano de 1942 (que si bien junto al código francés abandonó la clasificación tradicional, se inclinó en un primer momento por la división dualista) establecía que "*Las obligaciones derivan de contrato, de hecho lícito, o de cualquier otro acto o hecho idóneo para producirlas de conformidad con el ordenamiento jurídico (artículo 1173)*" (14) y así esta clasificación recoge hechos o actos heterogéneos que en virtud del respaldo que les da el ordenamiento pueden originar obligaciones.

Diferentes autores también divergen al respecto. Para Laurent las obligaciones nacen:

1. De convenio, es decir, obligaciones convencionales.
2. Las que se forman sin convenio y que pueden ser tanto las que resultan de la autoridad que proviene de la ley así como "*las que nacen de un hecho personal de aquel que se encuentra obligado... estos hechos son los cuasicontratos, los delitos y los cuasidelitos*" (15).

Para don Alberto Brenes Córdoba las obligaciones provienen de la ley o de los hechos del hombre (ya sea por contrato, cuasicontrato y los hechos ilícitos) (16). Vemos así que tanto en el plano legislativo como en el doctrinal no existe una solución unánime que sea definitiva en cuanto a la clasificación de las fuentes de las obligaciones. En cuanto a nuestro

Código Civil, este sigue la clasificación tradicional de las fuentes, es decir: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito, y la ley.

IV CONTROVERSIA SOBRE LA VIGENCIA DEL CUASICONTRATO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

A. Argumentos a favor de su permanencia

Ha sido muy amplio el apoyo que la doctrina o la mayoría de los juristas ha dado a esta figura jurídica. Hemard cree que *"debe mantenerse la noción del cuasicontrato, cuando menos reconociendo este carácter a la gestión de negocios"* (17). Quizá la fuente consultada que hasta el momento presenta más argumentos a favor y un amplio análisis de esta figura es la tesis de la egresada Marisol Castro Dobles y que es, como ella misma recalca en la introducción, un aporte a la defensa del mismo. Por ello, a continuación exponremos dichos argumentos:

Sostiene Castro Dobles, que es posible que la oposición que se ha dado en cuanto a la vigencia del cuasicontrato como fuente obligacional se debe a la superficialidad con que se le ha estudiado o analizado, pues: *"tomando en cuenta la amplitud de las normas, la fuente que menos regulación tiene es el cuasicontrato, quizá esto haga creer a muchos que tiene poca importancia, pero no es así, sino que el cuasicontrato encierra muchas figuras jurídicas con caracteres tan particulares, que la importancia radica en la regulación que se le dé a cada una de las figuras cuasicontractuales, bastando en lo que al cuasicontrato se refiere, con una enunciación general de las características que lo identifican"* (18). Es decir, que la poca referencia (en cuanto a cantidad de artículos) que el legislador hizo del cuasicontrato se debe a que solo requirió de dos artículos (1043 y 1044 C.C.) para plantear las características generales que identifican esta categoría, por ello lo importante es la regulación o tratamiento que en lo particular se dé a cada figura cuasicontractual.

Señala, por otra parte, que entre los autores se tiende a desvirtuar esta figura al intentar identificarla con otras que le son muy parecidas o que poseen características que pueden inducir a esto. Por ello considera que lo que se pretende con estas aparentes similitudes es *"quitar el cuasicontrato como fuente de obligaciones, ya sea para incluirlo dentro de otras fuentes de las obligaciones, o bien, sustituirlo por figuras nuevas"* (19).

Es opinión de Castro Dobles, que el cuasicontrato engloba una serie de hechos jurídicos que no pueden ser incluidos dentro de otras fuentes de obligaciones debido a sus características particulares y que por esta razón tampoco pueden ser fuentes por sí mismos ya que carecen de la generalidad que les permita abarcar otros hechos jurídicos, de ahí la vigencia y necesidad de la figura cuasicontractual hoy día.

Indica además que el cuasicontrato no ha recibido la acogida que merece, puesto que su calidad de fuente se le reconoce no en virtud de la trascendencia jurídica que tiene, sino por estar así considerada en muchas legislaciones o por provenir tal distinción de fuente de épocas antiguas. De ahí que se olvide *"la necesidad práctica de su existencia y la dificultad de encontrar un sustituto adecuado, que pueda cumplir cabalmente la función que, como fuente de obligaciones, cumple hoy la figura cuasicontractual"* (20).

Otro argumento a favor de esta figura jurídica es que su importancia no se limita al campo obligacional sino que puede ser aplicado a cualquier rama del derecho civil (derechos reales, derecho de familia) siempre que haya licitud, e incluso puede darse hasta en el derecho administrativo (21).

Puede producirse la figura cuasicontractual por la simple manifestación de una parte (*"la realización de hecho jurídico cuasicontractual"*) de ahí que para Castro Dobles el cuasicontrato sea una figura autónoma que debe ser estudiada aparte de las otras fuentes obligacionales puesto que no se puede negar que la denominación de cuasicontrato fue algo espontáneo, sin ninguna elaboración teórica ... simplemente surgió ante una necesidad de agrupar figuras jurídicas que constituyeran fuentes de obligaciones con modalidades propias, que las hacían diferentes entre sí, pero con características comunes como la voluntariedad, licitud y que afectan a terceros; lo que permitía agruparlas bajo una nueva fuente de obligaciones, independientes de las otras existentes" (22).

Para Castro Dobles la figura satisface una necesidad jurídica práctica, pero por el origen confuso del término utilizada para designarla ciertos autores pretenden eliminarla o rechazarla, para lo cual aducen un argumento tan frágil como la referencia a su origen. Asimismo opina que el fundamento jurídico para el cuasicontrato es la equidad conjuntamente con la utilidad y la satisfacción de necesidad.

Por último, al final de su trabajo presenta un proyecto de reforma del Código Civil en el que sustituye el término "cuasicontrato" por el de "hechos jurídicos lícitos y voluntarios que afectan a terceros", con el fin de no restarle importancia a la figura *"sino con el afán de que todos aquellos que dudan de la necesidad de su existencia, no se dejen llevar por su confusa denominación y profundicen su significado"* (23).

B. Argumentos en contra

Borja Soriano, autor mexicano, analizando la legislación civil de su país, se opone a esta categoría por dos razones:

la primera, por no aparecer así nombrada dentro de las fuentes citadas o enumeradas en el ordenamiento jurídico mexicano; y la segunda, por no encontrar un carácter común en la naturaleza de los dos hechos jurídicos a los que el Código Napoleónico denomina cuasicontratos, es decir, la gestión de negocios y el pago indebido, que señala como un caso de enriquecimiento indebido y además porque están regulados en la legislación mexicana uno aparte del otro (24).

Para Emilio Betti la categoría cuasicontractual es desde el punto de vista tanto histórico como dogmático "*una categoría en decadencia cuya existencia, a nuestro juicio, no está justificada ni siquiera en el Código anterior que hacía entrar en ella, únicamente, las dos figuras de gestión de negocios y pago de lo indebido, cuya naturaleza, como ahora se verá, es en realidad la de un negocio jurídico*" (25).

Planiol por su parte, niega a la figura cuasicontractual su valor autónomo, llegando incluso a afirmar que por no tratarse de un hecho voluntario ni de un hecho lícito tendría que ser vista como acto ilícito, esta opinión de Planiol es bastante arriesgada y temeraria (26).

Castán Tobeñas al enumerar los rasgos característicos comunes que se dan en la disparidad doctrinal en torno a la clasificación de las distintas fuentes de las obligaciones señala como segunda razón: "*... hallarse en crisis las figuras del cuasicontrato y cuasi-delito ...*" (27).

Las críticas más consistentes a esta figura las hace el Dr. Diego Baudrit, quien señala que esta categoría ha tenido problemas desde que se le reconoció como fuente de obligaciones en el derecho romano posclásico, pues se trata de una interpolación a las Institutas de Gayo como señala Jors (28).

Otra crítica que hace el Dr. Baudrit es la no existencia de rasgos comunes entre las figuras consideradas como cuasicontractuales pues señala que: "*el repaso de los diferentes cuasicontratos nos revela la imposibilidad de una sistematización adecuada de un régimen jurídico. En efecto no hay rasgos comunes entre gestión de negocios y enriquecimiento injusto, entre pago de lo no debido y administración de la cosa común, que vayan más allá que la aplicación de la equidad para resolver los conflictos que generan*" (29).

Por otro lado, recalca que la formación o surgimiento de estas figuras difieren entre sí aunque su arranque o inicio está en un acto unilateral y lícito. Aduce, además, que es imposible tratar de determinar qué otros actos jurídicos lícitos y voluntarios, aparte de los ya enumerados por el Código, podrían ser encuadrados como cuasicontratos, debido a la imposibilidad lógica de sistematizarlos por tener cada una de las figuras un régimen propio, es decir, por ser nominadas o establecidas por la ley o la doctrina.

El Dr. Baudrit percibe el término cuasicontrato como totalmente difuso y confuso. Además por ser enunciado de modo negativo dentro de las fuentes, será cuasicontrato todo lo que origine una obligación que no se funde en contrato, en delito, en cuasidelito o en la ley. Precisa que la razón por la que se mantiene dicha figura en la legislación civil moderna se debe a que puede ser utilizada como un recurso de los jueces para remediar situaciones injustas o aquellas en las que esté ausente la equidad; por ello cree que debe suprimírsele pues "*... el recurso a la ley escrita no es necesario para que los jueces fundamenten sus decisiones. Si no hay regla escrita, los jueces tienen desde siempre el recurso de la equidad y de los principios generales de Derecho. Es más, consideramos altamente conveniente que las leyes no contengan definiciones y que sean lo más generalizadoras, puesto que la aplicación concreta de ellas corresponde a los tribunales...*" (30).

Josserand considera el cuasicontrato como un "*moustre légendarire á bannir du vocabulaire juridique*" (31). Y para Baudrit el cuasicontrato es una simple y pura invención que no tiene relación alguna con la realidad jurídica y por ello: "*las figuras que se consideran cuasicontratos son en realidad hechos o actos jurídicos con regímenes propios. La fuente de las obligaciones que surgen con esos hechos o actos es la propia ley o, a lo sumo, la equidad y los principios generales del Derecho. Debe en consecuencia desterrarse el cuasicontrato del vocabulario jurídico, lo mismo que toda tendencia de encontrar la solución de los problemas del Derecho en la ley escrita*" (32).

SECCION II

PRINCIPALES FIGURAS JURIDICAS CONSIDERADAS COMO CUASICONTRATO

Como hemos señalado anteriormente, desde el derecho romano se ha establecido una serie de hechos jurídicos calificados como cuasicontrato, dentro de ellos los más importantes son: la gestión de negocios, la administración de una cosa en común, la tutela voluntaria y el pago indebido. Las cuatro anteriores figuras son las que se encuentran analizadas en la mayor parte de la doctrina, como cuasicontrato. Además, nuestro Código Civil (33) las establece entre otras, como categorías o hechos jurídicos considerados como fuente de obligaciones y catalogados como cuasicontratos.

Es necesario advertir que el artículo 1044 del Código Civil no excluye la posibilidad de que otros hechos jurídicos puedan ser considerados como cuasicontratos; sin embargo, por lo limitado de nuestra investigación, serán las figuras mencionadas anteriormente el contenido del presente análisis.

I. LA GESTION DE NEGOCIOS

A. La noción

Empezaremos por decir que nuestro Código Civil dedica seis artículos al desarrollo del tema, los cuales son del artículo 1295 al 1300. El artículo 1295 define la gestión de negocios de la siguiente manera:

"Cuando voluntariamente se manejan los negocios de otra, sea que el propietario conozca la gestión, sea que la ignore, el que lo ejerce está obligado a continuarla si de no hacerlo puede resultar un daño al dueño del negocio" (34).

Nuestra legislación expone claramente lo que se ha entendido por gestión de negocios en la doctrina general. Los principales tratadistas se refieren a estas figuras como un cuasicontrato (35) y lo definen como aquel que *"consiste en ocupar-se de los negocios ajenos sin obligación de hacerlo y sin mandato"* (36). Para aclarar de una vez por todas los elementos que constituyen la gestión de negocios diremos que este es:

"El hecho de una persona, el gestor, el gestor de negocios o negotiorum gestor, que sin haber sido encargado de ello se ocupa de los asuntos de otra persona, el gestionado o dueño del negocio" (37).

B. Características

De esta forma podemos establecer las características que reúne la figura de la gestión de negocios: primero, requiere la administración o gestión de algún negocio, no debe existir un mandato que obligue a realizar la administración, el negocio debe ser ajeno y no propio, además debe ser lícito y no debe existir prohibición del interesado (38).

Como característica esencial de todo cuasicontrato, la gestión de negocios no contiene una voluntad manifestada en una declaración, y por lo tanto, es claro que no podrá tener carácter negocial en sentido estricto; sin embargo, lo característico de la gestión de negocios es la existencia de una actividad de cooperación efectuada por un miembro de la sociedad en interés de otro sujeto y que por la relación que nace entre ambos sujetos podemos calificar tal hecho como negocio jurídico (39). Se ha dicho que los actos de la gestión deben recaer en bienes patrimoniales, sin embargo, este principio no es absoluto, los asuntos objeto de la gestión pueden ser civiles o mercantiles, pero necesariamente debe existir una necesidad o utilidad evidente como motivo de la gestión (40).

Debemos recordar que una de las características del cuasicontrato era la realización de un acto lícito, por lo tanto es necesario que la gestión recaiga sobre hecho lícito (41) tal y como lo hemos adelantado; de lo contrario la gestión del negocio perdería su carácter de cuasicontrato y entraría en la noción clásica del delito como fuente de obligaciones. La otra característica fundamental de la gestión de negocios, es la no existencia de mandato, ni expreso, ni tácito, ni convencional, ni legal; de otra forma la actividad del administrador o gestor saldría de la figura del cuasicontrato y entraría en la obligación contractual (42).

Se ha dicho que la gestión de negocios es parecida o similar al mandato, sin embargo, la gestión de negocios no es un contrato y como lo hemos repetido *"no nace del consentimiento expreso o tácito de las partes, sino de la administración voluntaria que realiza el gestor"* (43). Aun así, esta falta de convención expresa, no excluye al gestor de responsabilidad, en cuanto a la administración del negocio ajeno.

"Es responsable si omite realizar cualquier actividad o contratación que pueda perjudicar el negocio en cuestión" (44). De igual manera lo establece nuestro Código Civil en su artículo 1296: *"El gestor es obligado a emplear todos los cuidados de un buen padre de familia"* (45).

Se dice que la responsabilidad del gestor es más rigurosa si se introdujo en los intereses ajenos sin motivos racionales o asumió negocios peligrosos sin necesidad evidente. Así como el gestor tiene obligaciones frente al dueño del negocio, este último tiene obligaciones también frente al gestor. De esta manera podemos observar más claramente el cuasicontrato como fuente de obligaciones. De tal forma, el dueño del negocio queda obligado a reembolsarle al gestor todos los gastos en los que hubiere incurrido para la administración de su negocio, además de los intereses correspondientes (46). Se presenta un caso interesante en nuestra legislación y es el hecho hipotético de que el gestor haya administrado los bienes o negocios ajenos, creyéndolos propios (47), en este caso se presenta un típico cuasicontrato, nacido de una confusión y que rompe la regla de la cual nos habla cierta parte de la doctrina, al decir que habrá gestión de negocios siempre que alguna persona administre los bienes ajenos, sabiéndolos ajenos.

"Hay gestión siempre que alguno, sin estar obligado, asuma conscientemente la gestión de un negocio ajeno, conscientemente quiere decir justamente, sabiendo no solo que no está obligado al acto sino también de que se trata de un asunto ajeno" (48).

Hemos advertido anteriormente, que otro requisito de la gestión de negocios ajenos es la no prohibición de parte del

dueño, para realizar la administración. Nuestro Código Civil lo estipula en su artículo 1297, determinando que el sujeto que intervenga en la administración de asuntos ajenos "... *contra la voluntad expresa ... del dueño, será responsable de todos los daños y perjuicios, inclusive el caso fortuito que generalmente es excluyente, de responsabilidad, siempre que estos hechos accidentales hayan ocurrido debido a la intervención del gestor*" (49).

De este artículo debemos dejar claro un punto de gran importancia y es el hecho de que la oposición del dueño del negocio a la gestión debe ser expresa, es decir se presentaría en el caso de que el gestor actué administrando los bienes ajenos, sabiendo que su dueño se opone a tal actividad.

Por último, y de acuerdo con lo establecido por nuestra legislación (50) y la doctrina, es necesario que el gestor continúe la administración hasta que el dueño pueda hacerlo. No es necesario que el gestor termine la administración, pero por el hecho de haberla empezado, deberá esperar a que el dueño tenga la posibilidad de continuarla, y no podrá abandonarla; de lo contrario, será responsable de las consecuencias perjudiciales que se produzcan.

"El gestor está obligado a continuar la gestión hasta que el interesado esté en disposición de mover por sí (...), no es necesario ... llevar a término la gestión, ya que se entiende prohibido únicamente interrumpirla cuando el interesado no pueda acudir a ella por sí mismo" (51).

De esta manera hemos esbozado las principales características o elementos constitutivos de la gestión de negocios como figura cuasicontractual. Para finalizar este punto, podemos citar a uno de los autores, el cual, según nuestro criterio, expone de manera sintética la razón jurídica por la cual el ordenamiento jurídico tutela los hechos calificados como gestión de negocios. *"En cuanto a la razón de la tutela ... puede identificarse con facilidad en el interés social de solidaridad, de que no sean abandonados los negocios del ausente o del incapaz"* (52).

II. EL PAGO INDEBIDO

A. Noción

Esta clase de cuasicontrato se caracteriza por el pago de algo que no se debía, es decir, que a pesar de no existir causa de cumplimiento se realiza el pago, por error o por exceso en el cumplimiento de una obligación. En principio podemos definirlo como:

"Pago que por error de hecho o de derecho, realiza una persona y que constriñe a quien lo recibe ... a restituirlo al supuesto o equivocado deudor, o a aceptar la repetición que éste pretenda" (53).

Debemos recordar lo que conocemos como repetición de pago, es decir, aquella petición que realiza un sujeto (deudor) a otro (acreedor) con el fin de que se le devuelva lo que ha pagado o parte de esto, ya sea por un error en la persona acreedora, por error en la existencia de la obligación o contrato, o por otras causas. Teniendo en cuenta este elemento, podremos continuar con el desarrollo de este tipo de cuasicontrato.

Podemos decir que la importancia práctica del análisis de este tema, corresponde principalmente a esta acción que tiene el deudor para cobrar, o más bien repetir lo que ha pagado o le ha sido cobrado injustamente, es decir, sin razón jurídica. Generalmente el pago indebido se realiza porque ha existido un cobro por parte de un supuesto acreedor, de ahí que cierta parte de la doctrina y algunas legislaciones lo denominan "cobro indebido", al respecto se dice que en el caso de la situación en estudio, el obligado no es el deudor, sino el acreedor, *"o sea el autor del cobro y no el del pago"* (54) obligado en el sentido de que será este (el supuesto acreedor original) el que se encuentra en una situación de necesidad de resituir el objeto recibido como pago indebido.

"Consiste en la relación o vínculo jurídico que se establece entre la persona que recibe lo que no tenía derecho a recibir y aquella que paga por error, en cuya virtud el cobrador se constituye en la obligación de restituir lo indebidamente pagado" (55).

Consideramos que esta definición es la que señala más correcta y sintéticamente la noción del pago de lo indebido como cuasicontrato, y este como fuente de obligaciones. Al respecto, establece nuestro Código Civil que:

"El que por error de hecho o de derecho, o por cualquier otro motivo, pagare lo que no debe, tendrá acción para repetir lo pagado" (56).

B. Características

Como lo expone Giorgi, los elementos característicos del pago de lo indebido, son: el pago, la falta de causa y el error del que paga (57). Todo pago implica entregar una cosa al que se le debe, o satisfacer una deuda, o cumplir con la prestación de una obligación. El pago se realiza con el objeto de extinguir una deuda, o de manera más genérica, con el fin de cumplir

un deber jurídico preexistente (58).

Por la naturaleza de nuestra investigación no nos detendremos a realizar un estudio profundo sobre el pago, simplemente lo hemos mencionado como una de las características esenciales de la figura del pago indebido; es decir, que si no se presenta el pago como supuesto preexistente no podrá repetirse nada, no se configura la relación obligacional en estudio.

Sobre la falta de causa para efectuar el pago, esta es la característica esencial de la figura del pago indebido. Toda obligación supone una causa o razón jurídica que se desprende de la ley o del contrato específico de las partes o de cualquier otra fuente obligacional. Para que exista pago jurídicamente debido, es necesaria a la vez, la existencia de tal causa. Con respecto al pago indebido, Castán nos diferencia —en relación a la causa— (59) entre pago objetivamente indebido y pago subjetivamente indebido. Será pago indebido objetivo cuando no existe causa obligacional entre deudor y acreedor; lo cual puede suceder porque la obligación nunca haya existido o porque no haya llegado a constituirse, o porque habiendo existido se encuentre extinguida o prescrita (60).

Por otro lado, hay pago indebido subjetivo, cuando a pesar de existir un vínculo obligacional este se encuentra relacionado con personas diferentes de la que da y la que recibe el pago (61). Nuestro Código Civil señala la falta de causa en su artículo 805:

"Los pagos efectuados por una causa futura que no se ha realizado o por una causa que ha dejado de existir, o los que han tenido lugar en razón de una causa contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, o los que han sido obtenidos por medios ilícitos, pueden ser repetidos" (62).

Nuestro Código Civil es más amplio en el término de causa y se refiere no solo a la existencia de la misma, sino también a obstáculos legales que impiden el origen de toda relación obligacional; de esta manera, amplía el concepto de pago indebido a las circunstancias mencionadas por nuestra legislación. La doctrina también hace referencia a los elementos recogidos en nuestro Código Civil, al decir que tampoco existe causa y por lo tanto derecho de repetir lo pagado, cuando la obligación no ha tenido fundamento legal o moral (63).

En estas hipótesis que hemos señalado pueden también enmarcarse los casos de anulabilidad de la obligación o de ineficacia. (64) En este momento es necesario advertir que hemos entendido falta de causa, no sólo como falta de razón jurídica o de tutela jurídica de la obligación, sino también y principalmente como falta de existencia de un motivo jurídico que obligue a realizar el pago, es decir, como inexistencia de vínculo obligatorio entre el que paga y el que cobra. De igual manera lo ha entendido la doctrina:

"... el pago puede estar falto de causa porque no exista deuda ninguna ... porque no tuvo, por ejemplo, fundamento legal o, siendo condicional, faltó la condición o fue una deuda anulable, o se extinguió por otra razón" (65).

Otra característica que se presentaría en la figura cuasicontractual del pago indebido, es el error del que paga. No es necesario hacer la diferenciación entre error de derecho y error de hecho, ya que en cualquiera de los dos casos existirá error en el pago, y será motivo de repetición (66). Esta situación de error se presenta principalmente cuando a pesar de existir una deuda, se le paga a una persona que no es el acreedor. Si el pago se realiza de esta forma no es válido y por lo tanto no libera al deudor; consiguientemente, este pago es indebido y sujeto a repetición. Por el contrario, puede suceder que el pago se realice por quien creía ser deudor de una obligación determinada, aunque quien recibiera el pago fuera acreedor de otro (67).

La diferencia entre ambas situaciones es la siguiente: en ambas existe una obligación, un deudor y un acreedor, en la primera situación el pago lo realiza el sujeto pasivo de la obligación a un sujeto que no se encuentra dentro del vínculo obligacional, que no es el verdadero sujeto activo, en el segundo caso el sujeto activo o acreedor que recibe el pago sí se encuentra dentro de la relación obligacional, pero el que realiza el pago no es el verdadero deudor.

Existe una excepción a esta situación de pago irregular y es cuando el pago lo realiza un tercero que aunque no se incluye dentro del vínculo obligacional, lo ha hecho en nombre del verdadero deudor, y es el caso de quien lo hace como mandatario o gestor de este (68).

Son muchos los casos de error en el pago, que consecuentemente dan derecho al que lo realiza de repetirlo, sin embargo, los descritos anteriormente son las hipótesis más comunes. Debido a lo complejo de las situaciones de error en el pago, nos limitaremos a mencionar algunas de las más importantes como serían cuando la deuda se pague dos veces, cuando se pague una deuda extinguida por compensación u otra causa, cuando se pague una deuda resuelta, si se pagó más de lo que se debía, etc. (69).

Lo importante de todas estas situaciones y del pago indebido en general es que para el que realizó el pago, nace un derecho de repetición de lo pagado, es decir, *"una acción otorgada al que pagó algo que no debía, para que le sea devuelto, por parte del beneficiario"* (70). Pueden confundirse e incluso mezclarse las razones de causa u obligación y el error, pero lo importante es dejar claro en qué consiste esta figura de cuasicontrato y el por qué actúa como fuente de obligaciones, lo cual consideramos haber logrado.

III. ADMINISTRACION DE COSA EN COMUN

A. Noción

Para comprender la figura de la administración de cosa en común, como cuasicontrato, es necesario hacer referencia de manera breve a la copropiedad. Esta se presenta cuando una cosa, o más bien, su propiedad, pertenece a varios sujetos, de manera que cada uno de ellos tiene un derecho ideal sobre la totalidad de la cosa, pero no una parte real determinada.

Nuestro Código Civil recoge estas figuras en su artículo 270:

"Cuando una cosa pertenezca simultáneamente a dos o más personas, los dueños ejercen conjuntamente todos los derechos de propietario singular, en proporción a la parte que cada uno tenga en la propiedad común. El condueño no puede sin embargo, disponer de una parte determinada de la cosa, sin que antes le haya sido adjudicada en la respectiva división". (71)

El cuasicontrato en cuestión surge cuando, por la complejidad de propietarios, se requiere que uno de ellos sea el administrador del bien, debido a su difícil administración conjunta.⁽⁷²⁾ Por el carácter del cuasicontrato es necesario que no exista contrato, es decir, que no exista convención expresa en la sociedad, de lo contrario se perdería el carácter de la figura en estudio. Queda claro que la comunidad no se identifica con el cuasicontrato.

"La comunidad puede surgir de la ley, de un contrato, de un hecho fortuito o de un cuasicontrato, decir que la comunidad es un cuasicontrato sería como decir que la comunidad es un contrato, lo cual es inaceptable". (73)

De esta manera, podremos decir que la comunidad o copropiedad es un hecho jurídico que puede derivar de varias fuentes, y una de ellas es el cuasicontrato como fuente de obligaciones. Con los elementos descritos anteriormente, podremos definir la administración de bienes en común, como cuasicontrato, de la siguiente manera:

"Surge cuando uno de los condueños administra, de oficio, la propiedad en común, afectando a los demás. Realiza, por tanto un hecho lícito y voluntario que va a afectar a los demás". (74) (el subrayado es nuestro).

B. Características

De lo expuesto anteriormente, podemos mencionar ciertas características esenciales de la administración de cosa común, como figura cuasicontractual. Primero es necesario que exista una propiedad en común, tal y como lo hemos descrito al principio de esta sección. Además se requiere la administración por parte de un sujeto; esta administración debe ser ejercida de oficio, y además dicha acción debe causar efectos en los derechos de los condueños.

Entre las cuestiones más importantes a mencionar con respecto a esta figura, está la falta de regulación para la administración. No puede considerarse la existencia de cuasicontrato cuando exista reglamentación, debido a que la misma implicaría un acuerdo entre los condueños, donde se especificarían ciertas disposiciones acerca del administrador, de sus potestades, limitaciones y responsabilidades: es decir, se realizaría un contrato entre los condueños. De igual manera, si se contrata a una persona ajena a la propiedad, para la administración del bien, se establece una estipulación expresa de mandato, y no podremos hablar entonces de cuasicontrato⁽⁷⁵⁾. Si todos los condueños ejercieren la administración del bien, los gastos deben reembolsarse de manera proporcional al condueño que realizó dichos gastos en determinado momento⁽⁷⁶⁾. Así lo establece nuestra legislación:

"Todo propietario tiene el derecho de obligar a sus condueños a contribuir para los gastos de la conservación de la cosa o derecho común ..." (77)

De lo anterior, es que podemos decir que esta figura produce obligaciones dentro del marco del cuasicontrato; en este caso deberes de los condueños hacia el dueño que realizó la administración de la propiedad común. De la misma forma, es lógico pensar que el condueño que realiza la administración, también tendrá ciertos deberes con respecto a los demás condueños, desde que su administración siempre afectará a todos los propietarios, por el carácter común de la cosa. Por último, es conveniente mencionar el hecho de que nuestro Código Civil no dedica una parte especial a esta figura cuasicontractual, de tal forma que los principios que la regulan son deducidos, o más bien abstraídos de otras partes de nuestro Código Civil, como es aquella que regula el dominio.⁽⁷⁸⁾

IV. TUTELA VOLUNTARIA

A. Noción

Se remonta en su origen al derecho romano pues protegía tanto a menores como a los incapaces y a las mujeres, por ser estas consideradas incapaces de administrar sus propios bienes.

En una época posterior surge la figura de la curatela (para la protección de los incapaces) y así la tutela sólo se referirá a la protección de los menores ya sea por muerte de los padres, abandono, incapacidad de los mismos o carencia de la patria potestad. El artículo 162 del Código de Familia señala que el menor que carezca de patria potestad, tiene que tener tutela, por ello el tutor va a ser el encargado de administrar los bienes del menor, así como su guarda y crianza. La tutela tiene carácter temporal pues termina cuando el menor alcanza la mayoría de edad. En países como el nuestro donde se considera la materia familiar como de interés público, los órganos que constituyen la tutela son el juez tutelar, el tutor, y el Patronato Nacional de la Infancia.

a) Tutor: Es la persona encargada de administrar los bienes del menor. De acuerdo con el artículo 167 del Código de Familia sólo puede reunir esta condición un familiar del menor o una persona ajena que conozca bien las costumbres del menor, lo que le permitirá adaptarse mejor al mismo. El artículo 164 de dicha legislación familiar señala el orden de preferencia para ejercer la tutela: Primero, los abuelos, segundo, los hermanos consanguíneos; tercero, los tíos. Los padres pueden designar por testamento al que deseen como tutor, pero si esta persona se coloca dentro de alguno de los impedimentos señalados por el artículo 174 del Código de Familia, no podrá ejercer la tutela. Al final de sus funciones debe informar sobre su tutela.

b) Juez tutelar: Es el órgano encargado de: supervisar la designación de tutor para decidir si conviene; hacer el nombramiento (de no existir designación), y dirigir los asuntos relativos a la tutela.

c) Patronato Nacional de la Infancia: Es el órgano que designa los tutores, decide su remoción y se encarga de controlar la función del tutor observando que este actúe conforme a los intereses del menor. En caso de nuevo nombramiento asume temporalmente el cuidado del menor.

B. Características

Existen varias clases de tutela:

a. Tutela testamentaria: Aquella en que cualquiera de los padres que ejerza la patria potestad nombra mediante testamento al tutor de su hijo. Está regulado en los artículos 163 y 169 del Código de Familia.

b. Tutela legítima: Surge por designación de la ley cuando falta la tutela testamentaria según el artículo 164 del Código de Familia. También surge cuando a pesar de que se ha nombrado tutor, este no puede ejercer por afectarlo algún impedimento, o bien cuando una vez asumida la función deja de ejercerla por razones justificables legalmente.

c. Tutela dativa: Surge cuando los padres no nombraron tutor por medio de testamento y no existen parientes que puedan ser llamados a ejercerla, que no sean capaces o idóneos, o que hubieran sido removidos de sus cargos. Por ello el juez nombra a una persona idónea para los intereses del menor.

d. Tutela voluntaria: Este sería el cuasicontrato que nos interesa. El Código Civil la cita como figura cuasicontractual. Significa la administración del patrimonio de un menor sin estar autorizado para ello, es decir, el sujeto se comporta como tutor. "*Cuando una persona no tiene poderes para ejercer la tutela, y la ejerce, en este caso, se trata de tutela voluntaria porque... ni por la ley, ni por testamento se le ha designado tutor, pero es una tutela voluntaria porque voluntariamente se ha hecho cargo de la guarda y crianza del menor*" (79). Ejemplo de ello sería el tutor destituido que se mantiene en funciones, o el de persona que sigue ejerciendo la administración de los bienes de su pupilo después de que este cumple la mayoría de edad o porque ha muerto, entre otros casos. En este tipo de tutela, el tutor ejerce de manera oficiosa y espontánea la tutela sobre un menor, y configura el cuasicontrato por ser un hecho lícito, voluntario y que afecta a terceros.

SECCION III JURISPRUDENCIA

I. CARACTERISTICAS GENERALES

"Los hechos lícitos y voluntarios producen también, sin necesidad de convención, derechos y obligaciones civiles, en cuanto aprovechan o perjudican a terceras personas". Código Civil, artículo 1043.
1967 Berrocal González vs. Líneas Aéreas Costarricenses y otros, Casación 9, I Semestre, I Tomo, p. 85.

CATEGORIA DIFERENTE A LOS CONTRATOS

"Hay error en la posición del accionante si como fundamento de su derecho invoca no sólo las normas relativas al contrato de comisión, sino también las relativas al cuasicontrato, pues no puede sostenerse que una relación jurídica es a la vez contrato y cuasicontrato".
1961 HW vs. Establissements Emili Degromont Societé a Responsabilité Limitée, Cas. 18, I Semestre, I tomo, p. 169.

"De las violaciones de ley alegadas en un recurso contra una sentencia en que se desestimó una demanda para el cobro de una comisión en la venta de un inmueble, deben eliminarse todas las relativas al cuasicontrato como fuente de la obligación que se reclama en autos, pues el hecho y petitoria fundamental de la demanda descansa en "encargo", "delegación" o "comisión" y el cuasicontrato no puede suponerse donde se dice que hubo contrato". Código Civil, art. 1043.

1961 Hernández Monge vs. Esquivel Villanea, Cas. 97, II Semestre, I tomo, p. 328.

IMPOSIBILIDAD DE OBLIGAR AL ESTADO

"Las obligaciones cuasicontractuales de los individuos no alcanzan a obligar al Estado, por lo que no puede gestionarse en su beneficio sin su expreso consentimiento y por el órgano debidamente autorizado para manifestarlo".

Casación 3:30 hrs. del 17 de agosto de 1922, Cas. 3:30 hrs. del 6 de noviembre de 1929, y Cas. 3:50 hrs. del 29 de setiembre de 1937.

1959 Gamboa Rodríguez vs. Instituto Costarricense de Electricidad, Cas. 7, I Semestre, I tomo, p. 192.

II. MODALIDADES

GESTION DE NEGOCIOS

"En ciertas formas de acciones cuasicontractuales como en la gestión de negocios, el conocimiento que tenga el propietario no le resta a la relación jurídica su carácter cuasicontractual".

1959 Gamboa Rodríguez vs. Instituto Costarricense de Electricidad, Cas. 7, I Semestre, I tomo, p. 192.

"La gestión de negocios ordinariamente se produce cuando una persona se hace cargo de manejar asuntos ajenos sin mandato de su dueño, por un móvil exento de interés pecuniario". Código Civil, artículos 1298 y 1300.

1951 Palmer Bradfor vs. Ross Ashley, Cas. 102, II Semestre, II tomo, p. 1316.

"El cuasicontrato de gestión de negocios supone, además de la ausencia de encargo, la actuación unilateral de quien la lleva a cabo, ánimo de lucro, pues el gestor solamente tiene derecho a exigir al dueño del negocio el reembolso de las expensas útiles, junto con los intereses desde el día en que han sido hechas". Código Civil, art. 1298.

1949 Trejos Solano vs. Sucesión Solano Trejos, Cas. 10:30 hrs. del 11 de marzo, I Semestre, tomo único, p. 182.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

"La restitución de un enriquecimiento sin causa es una regla esimada tan general como la represión del dolo y ha sido calificada como una de esas raras reglas de derecho natural que dominan todas las leyes, aunque el legislador no haya tenido el cuidado de formularlas".

1940 The Costa Rican Electric Light and Naction Company Limited vs. Municipalidad de San José, Cas. 14:55 hrs. de 28 de noviembre, II Semestre, tomo II, p. 1309.

SECCION IV DERECHO COMPARADO

CODIGO CIVIL PERUANO

El libro VII del Código Civil peruano lleva como título *"Fuente de obligaciones"*. Se divide en 6 secciones, la primera trata de los contratos en general, la segunda de los contratos nominados, la tercera de la gestión de negocios, la cuarta versa sobre el enriquecimiento sin causa, la quinta se refiere a la promesa unilateral y la sexta menciona la responsabilidad extracontractual. Este código, de reciente creación (1986), no menciona el término cuasicontrato, a pesar de que varias figuras cuasicontractuales son reguladas. Tampoco se clasifican o enumeran las fuentes de las obligaciones en un solo artículo, sino que por el contrario estas aparecen como títulos de las distintas secciones.

En cuanto al pago indebido este aparece regulado en el libro VI (de las obligaciones), en la sección que trata sobre los efectos de las obligaciones, junto al pago por consignación, pago de intereses, pago con subrogación, etc. A pesar de que no se mencionan directamente las fuentes de obligaciones, llama la atención la redacción del artículo 2098 de este código que hace referencia en cuanto a la ley del lugar aplicable a la obligación y dice: *"Las obligaciones que nacen por mandato de ley, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y el pago indebido, se rigen por la ley del lugar en el cual se llevó o debió llevarse a cabo el hecho originario de la obligación"*.

CODIGO CIVIL ESPAÑOL

El libro cuarto de este código trata de las "Obligaciones y Contratos". En sus disposiciones generales se señala en el

artículo 1089 que: "Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervengan cualquier número de culpa o negligencia".

En el título XVI que trata de "Las obligaciones que se contraen sin convenio" el capítulo I se denomina "De los cuasicontratos" y contiene en su primera sección "La gestión de negocios ajenos" (artículo 1888 al 1894) y en la sección segunda "Del cobro indebido" (artículo 1895 al 1901). El artículo 1887 da una definición de cuasicontrato: "Los cuasicontratos, los hechos ilícitos y puramente voluntarios de los que resulta obligado su autor para con un tercero, y a veces una obligación recíproca entre los interesados".

CODIGO CIVIL ITALIANO

El artículo 1173 menciona las fuentes de las obligaciones en la legislación civil italiana: "Las obligaciones derivan del contrato, del hecho ilícito, o de todo otro acto o hecho idóneo para producirlas (433 ss-obligación alimentaria-, 2028 ss- gestión de negocios- 2033 ss- pago indebido- 2041 ss-enriquecimiento sin causa)".

CONCLUSIONES

El término cuasicontrato tiene su origen en el derecho romano. En cuanto a su vigencia y permanencia como fuente obligacional, la doctrina recoge dos corrientes contrapuestas. Por un lado, un sector predominante de la doctrina se ha opuesto en razón de que:

1. El término empleado para designar este tipo de hechos jurídicos carece de univocidad porque se refiere a figuras distintas entre sí, resultando por ello confuso y hasta difuso.
2. Su origen es poco seguro y hasta se le considera interpolación de un texto romano, que ha tenido necesariamente que emplearse en las legislaciones para poder englobar figuras cuasicontractuales que de otra manera no podrían ser agrupadas por poseer cada una características distintas.
3. Muchos juristas opinan que es una categoría en decadencia, hoy día en abierta crisis.
4. Se señala que hay una imposibilidad lógica para tratar de sistematizar y determinar si otros actos jurídicos podrían ser encuadrados dentro de esta clasificación, debido a que cada figura tiene un régimen propio que es establecido por la ley o la doctrina.
5. La razón de su permanencia en la legislación moderna es que pueda ser utilizada por los jueces como recurso para remediar situaciones injustas o carentes de equidad.

Un sector minoritario de la doctrina respalda la necesidad de la figura con los siguientes criterios:

1. Que la oposición que se da al cuasicontrato se debe a la superficialidad con que se le estudia, ya que se dejan impresionar por la poca extensión normativa que el legislador emplea para plantear las características generales que identifican las categorías.
2. Que se le tiende a desvirtuar por identificarla erróneamente con otras figuras jurídicas que aunque distintas le son muy parecidas, o bien poseen características que puedan inducir a esta aparente identificación.
3. Que la categoría cuasicontrato engloba aquellos hechos jurídicos que por sus características particulares no pueden ser fuentes por sí mismas ni pueden ser incluidas dentro de otras.
4. Que se olvida de la necesidad práctica jurídica hoy día, puesto que su importancia no se limita al campo obligacional civil, sino que es susceptible de ser aplicado a otras ramas del ordenamiento (derechos reales, derecho administrativo, por ejemplo).
5. Que muchos acusan su oscuro origen para tratar de eliminarla, olvidando que su denominación fue algo espontáneo y sin elaboración teórica que surgió entre la necesidad de clasificar aquellas figuras de modalidades propias, y por afectar a terceros debían ser agrupadas bajo una fuente independiente de las otras existentes.
6. Que su fundamento jurídico es tanto la equidad como la utilidad y la satisfacción de necesidad.

Es nuestro criterio que las figuras englobadas bajo el término en cuestión se caracterizan por su autonomía jurídica, que les impide ser clasificadas o reubicadas dentro de las otras fuentes obligacionales existentes en la ley. Si bien su empleo en la práctica no es constante, no por ello se les debe excluir, puesto que la característica particular de todo ordenamiento o legislación es el de procurar una previsibilidad general de aquellas conductas jurídicamente permitidas, independientemente del empleo que se haga de una determinada figura. Esto lógicamente por motivos de legalidad y seguridad jurídica.

No compartimos por ello que se continúe utilizando el término "cuasicontrato" para designar estos hechos jurídicos, pues no sólo llama a confusión el empleo de dicho término, sino que a la vez se presta para prejuicios y para desmotivar el análisis de los mismos. Proponemos que se conserven las figuras pero designándolas al tenor de la legislación civil italiana, es decir, como "todo acto o hecho idóneo para producirlas (las obligaciones), de conformidad con el ordenamiento jurídico" para así evitar imprecisiones.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Arias Ramos (José), *Derecho romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 15a. edición 1979, s. 635.
- (2) Kunkel (Wolfgang), *Derecho privado romano*, Barcelona, Editorial Labor, 2a edición, 1966, p. 275.
- (3) Margadant (Guillermo) *Derecho romano*, tomo II, México, Editorial Esfinge, tercera edición, 1968, s. 431.
- (4) Kunkel (Wolfgang), *op. cit.* pp. 275-276.
- (5) Margadant (Guillermo), *op. cit.* p. 431.
- (6) Arias (José), *op. cit.* s. 635-640 Margadant (Guillermo) *op. cit.* s. 431-436.
- (7) Kunkel (Wolfgang), *op. cit.* s. 275.
- (8) Cabanellas (Guillermo). *Diccionario de derecho usual*. Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1a edición, 1946, s.145.
- (9) *Código Civil*: ley nº. 3 del 28 de setiembre de 1887, San José, Lehman Editores, edición actualizada por el Lic. Atilio Vincenzi, 1986, art. 1043.
- (10) Pothier (R.J.) *Tratado de obligaciones*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, s. 71.
- (11) Sancho Rebullida, en *Antología del curso de Obligaciones I*, Facultad de Derecho, U.C.R., San Pedro, 1985, p. 38.
- (12) Pérez Vargas (Víctor), *Los hechos jurídicos en Antología de derecho privado*, Facultad de Derecho, U.C.R., San Pedro, 1986, p. 319.
- (13) Así: Albaladejo (Manuel). De igual manera se expresa Planiol, citado por Mazeaud (Henry y León), *Lecciones de derecho civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América vol. II, 1959, pp 275, 276.
- (14) Albaladejo (Manuel) *op. cit.* 275.
- (15) Laurent, citado por Borja Soriano (Manuel), *Teoría general de obligaciones*, México, 1 edición, Editorial Porrúa S.A. 1984, p. 296.
- (16) Véase Brenes Córdoba (Alberto) *Tratado de obligaciones*, San José, Editorial Juricentro, 1977, p. 14.
- (17) Hemard, citado por Borja Soriano (Manuel), *op. cit.* 342.
- (18) Castro Dobles (Marisol), *El cuasicontrato como fuente de obligaciones*, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Tesis para optar al título de Licenciada en Derecho, San Pedro, 1983, p. 11.
- (19) *Ibid*, p. 12.
- (20) *Ibid*, p. 19.
- (21) Véase el comentario de Garrido Falla, *ibid*, p. 20.
- (22) *Ibid*, p. 190.
- (23) *Ibid*, p. 191.
- (24) Borja Soriano (Manuel) *op. cit.* p. 344.
- (25) Betti (Emilio), *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, tomo II, p. 123.
- (26) Esta posición extremista es reputada por Betti quien señala los errores de Planiol a pesar de que tampoco acepta la categoría cuasicontractual. Véase Betti (Emilio) *op. cit.* pp. 122-123.
- (27) Castán Tobefías (J.) citado por Sancho Rebullida, en *Antología del Curso de Obligaciones I*, 1988, p. 42.
- (28) Jors (Paul) citado por Baudrit (Diego), *Notas sobre cuasicontratos*. En *Ivstitia*, Mensuario Jurídico-Económico, año I, #8, agosto 1987, San José, p. 3.
- (29) Baudrit (Diego), *op. cit.* p. 4.
- (30) *Ibid*, p. 5.
- (31) *Ibid*, p. 5.
- (32) *Ibid*, p. 5.
- (33) *Código Civil*, art. 1044.
- (34) *Ibid*, art. 1295
- (35) Giorgi, (Jorge). *Teoría de las Obligaciones*. Madrid, Editorial Hijos de Reus, 1913. pág. 136.
- (36) *Ibid*.
- (37) Mazeaud (Henri y León). *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, todo 9, p. 473.
- (38) Castro (Marisol), *op. cit.*, pp. 40-45.
- (39) Betti (Emilio). *Teoría general de las obligaciones*. Tomo II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1970, p. 125.
- (40) Giorgi (Emilio). *op. cit.* pág. 1365.
- (41) *Ibid*.
- (42) *Ibid*, pág. 137.
- (43) Castro (Marisol), *op. cit.* pág. 42.
- (44) *Ibid*, p. 46.
- (45) *Código Civil*, art. 1296.
- (46) *Ibid*, art. 1298.
- (47) *Ibid*, art. 1298
- (48) Betti (Emilio) *op. cit.* p. 127.
- (49) *Código Civil*, art. 1297.
- (50) *Ibid*, artículo 1295.
- (51) Giorgi (Jorge) *op. cit.* p. 139.
- (52) Betti (Emilio), *op. cit.* p. 125.

- (53) Cabanellas (Guillermo), *op. cit.* p. 178.
- (54) Lacruz Berdejo (José). *El pago indebido*. Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, p. 304. Tomado de Castro, *op. cit.* p. 89.
- (55) Castán (José) *Derecho Civil Español. Común y foral*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 9ª edición, 1961, p. 817.
- (56) Código Civil, art. 803.
- (57) Giorgi, *op. cit.* 253.
- (58) Castán (José) *op. cit.* p. 818.
- (59) *Ibid*, p. 819.
- (60) *Ibid*, p. 819.
- (61) *Ibid*, p. 819.
- (62) Código Civil, art. 805.
- (63) Giorgi, *op. cit.* p. 253.
- (64) Castro (Marisol), *op. cit.*
- (65) Giorgi (Jorge), *op. cit.*
- (66) Código Civil.
- (67) Giorgi, *op. cit.* p. 254.
- (68) *Ibid*.
- (69) *Ibid*, p. 255-256.
- (70) Castro, *op. cit.* p. 103.
- (71) Código Civil, art. 270.
- (72) Castro (Marisol) *op. cit.* p. 117.
- (73) *Ibid*, p. 125.
- (74) *Ibid*, p. 131.
- (75) *Ibid*, p. 127.
- (76) *Ibid*, p. 128.
- (77) Código Civil, art. 271.
- (78) Castro (Marisol), *op. cit.* p. 127.
- (79) *Ibid*, pp. 84, 85.

BIBLIOGRAFIA

A. LIBROS:

- Arias Ramos (José), *Derecho Romano*, Madrid, Editorial. *Revista de derecho privado*, 15ª Edición, 1979.
- Baudit (Diego). *Notas sobre cuasicontratos*. En *Ivstitia Mensuario Jurídico-Económico*, Año I, #8. San José, agosto 1987.
- Betti (Emilio). *Teoría general de obligaciones*, Madrid, Editorial *Revista de Derecho Privado*, tomo II, 1970.
- Borja Soriano (Manuel). *Teoría general de las obligaciones*, México, La Edición, Editorial Porrúa, 1984.
- Brenes Córdoba (Alberto). *Tratado de las obligaciones*, San José, Editorial Juricentro, 1977.
- Cabanellas (Guillermo). *Diccionario de derecho usual*, Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1ª edición, 1946.
- Castán (José). *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 9ª edición, 1946.
- Giorgi (Jorge). *Teoría de las obligaciones*, Madrid, Editorial Hijos de Reus, 1913.
- Lacruz Berdejo (José). *El pago indebido*, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1970.
- Margadant (Guillermo). *Derecho romano*, tomo II, México, Editorial Esfinge, 3ª edición 1968.
- Mazeaud (Henri y León). *Lecciones de derecho civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, tomo VI 1959.
- Pérez Vargas (Víctor). *Los Hechos Jurídicos*, en *Antología de Derecho Privado*, San Pedro, 1985.
- Pothier (R.J). *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires Editorial Bibliografía, Argentina, 1951.
- Sancho Rebullida, en *Antología del curso de Obligaciones I*, San Pedro, 1988.
- Kunkel. (Wolfgang), *Derecho privado romano*, Barcelona, Editorial Labor, 2ª edición, 1966.

B. LEYES

- Costa Rica. Código Civil (Ley del 26 de abril de 1886).
- Costa Rica. Código de Familia (Ley nº 5476 del 21 de diciembre de 1973).
- Italia. Código Civil (Ley del 30 de marzo de 1942).
- España. Código Civil, Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1959.

La causa en el negocio jurídico

Leonardo Villavicencio Cedeño

SUMARIO

Introducción – I. Síntesis histórica – II. Aceptaciones de la palabra causa – III. Tesis anticausalistas. – IV. Neocausalismo – V. La causa en el Código Civil. – VI. Diferencia con otros elementos. – VII. Causa como elemento esencial-funcional. – Conclusión.

INTRODUCCION

Según lo establece nuestro Código Civil, en su artículo 627, los elementos esenciales para toda obligación son: a) capacidad de parte de quien se obliga; b) objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación; c) causa justa. Sin estos requisitos, y sus presupuestos, la obligación no se puede tener como válida dentro del ordenamiento jurídico.

El tema que motiva este trabajo es el tercer elemento del que nos habla el legislador: la causa. A partir de esta noción, de que toda obligación debe tener una causa, y esta debe ser justa, se han formulado todo tipo de teorías, unas a favor y otras en contra. Este presentará una síntesis histórica; ofrecerá las distintas acepciones que tiene la palabra causa en el medio jurídico; y expondrá las tesis anticausalistas y las respuestas a estas.

Antes de proceder al desarrollo del tema, quisiera agradecer a mi buen compañero Hernán Martínez, pues juntos trabajamos en la fase de recolección de la información, y sin su constancia y dedicación, este trabajo jamás podría haber sido presentado.

I. SINTESIS HISTORICA

El derecho romano conformó las instituciones fundamentales de todo el sistema de derecho privado actual. Los romanos no tuvieron un concepto de causa como el que se utiliza actualmente en el negocio jurídico, aunque sí tuvieron una "causa civilis" o signos externos y una "iusta causa" que es el actual justo título que, junto con el modo, produce la adquisición de los derechos reales (1). Sin embargo, no existió la causa como elemento esencial de las obligaciones, tan sólo se debían llenar las formalidades. También se hablaba de que todo enriquecimiento debía tener una causa justa (2). Los glosadores tomaron el concepto y lo desarrollaron como una relación que debe existir entre la demanda y su fundamento de causa a efecto, y crearon la excepción de dolo para toda estipulación sin causa. Se fundamenta en dos aspectos:

1. La obligación debe tener una causa real y lícita, si no, es nula.
2. La causa es el fundamento, el porqué se obligó el deudor.

Domat dice que "en el contrato bilateral, la causa de la obligación de una parte es la obligación de la otra; en el real, la causa de la obligación de restituir la cosa es la entrega que se ha hecho al deudor; en el gratuito la causa de la obligación del donante es la mera liberalidad". (3) Pothier perfiló mejor la teoría, llegando incluso a afirmar que la causa no debe exigirse, pues es inherente a la obligación.

II. ACEPTACIONES DE LA PALABRA CAUSA

En el uso jurídico actual, tenemos que la palabra causa es ampliamente utilizada, no solo en el derecho privado, sino en otros campos, como el derecho procesal, donde se usa como sinónimo de proceso; o el derecho penal, en donde se utiliza incompletamente para referirse a las causas de justificación. En el derecho privado, la palabra causa tiene tres acepciones fundamentales:

Causa fuente o eficiente: Es la fuente de las obligaciones, de donde se genera un efecto. También se conoce como "causa iuris". Según Moisset de Espanes, esta causa "empuja" a la obligación. (4)

Causa como motivo: Es la razón que lleva a las partes a obligarse, la cual es extrínseca a la obligación por formar parte de la esfera de la subjetividad de las mismas.

Causa como fin: Es común a las partes que realizan un negocio, e intrínsecamente a este, es objetiva y la misma en cada tipo de negocio. Como dice Moisset de Espanes, es la que "jala" al negocio. Es esta la que se toma como elemento esencial del negocio, y nuestro objeto de estudio. (5)

Esta exposición de las acepciones de causa nos servirá doblemente, por un lado para delimitar nuestro objeto de estudio, y al mismo tiempo para poder analizar detenidamente las tesis anticausalistas, lo que se hará a continuación.

III. TESIS ANTICAUSALISTAS

Una vez que Domat y sus seguidores delinieron y conformaron la teoría de la causa de las obligaciones, surgieron una serie de autores que, bajo la denominación de "anticausalistas", se dieron a la tarea de tratar de demostrar que la causa es un elemento inútil o falso. Su precursor es Antonio Ernst, que la inició en 1826.

Ernst dice que la causa se confunde con los otros elementos de la obligación. Si la causa en los contratos sinalagmáticos es lo que cada parte debe a la otra, no es otra cosa que el objeto; si en los gratuitos es la liberalidad, no es sino el consentimiento (6).

Planiol sostiene que la causa es falsa científicamente pues en los contratos sinalagmáticos, las prestaciones mutuas nacen al mismo tiempo, no pudiendo ser una la causa y la otra el efecto. En los gratuitos, si la causa es el espíritu de liberalidad, independiente del motivo, se estaría expresando una opinión vacía de sentido. También sostiene que es inútil, pues la causa solo existe cuando existen los demás elementos esenciales y si falta uno, falta la causa (7).

Más recientemente, algunos autores han expresado opiniones negativas sobre la causa, como Luis Moisset de Espanes (8), para quien la causa es un requisito inútil; o Amenodoro Rangel Lamus (9), que dice que la causa es un concepto que ya murió. Expondremos rápidamente estas dos opiniones.

Moisset de Espanes distingue entre dos causas: la causa fuente o la que "empuja" (según sus propias palabras), y la causa fin o la que "jala". Para este autor, toda obligación tiene causa fuente, que son los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley. Afirma que sólo en los contratos y otros negocios jurídicos hay causa fin, lo que no impide que nazcan obligaciones. Pone como ejemplo el cuasicontrato, pues dice que carece de fin jurídico pero sirve de fuente produciendo los efectos que dicte la ley.

Rangel Lamus va aun más lejos, pues afirma que el estudio de la doctrina y la jurisprudencia lo convence de que la causa es un concepto muerto, pues a pesar del intento de distinguirlo de los motivos, los jueces convencidos de que el Derecho vive de realidades y no de abstracciones, le han dado el mismo uso que al motivo, especialmente si tienen que anular una convención por culpa de este.

Con esta visión, podemos agrupar a los anticausalistas según su opinión en: 1) Los que asimilan causa y objeto, 2) Los que reducen causa a consentimiento, 3) Los que confunden causa con intención, 4) Los que limitan causa al por qué se contrata, 5) Los que dicen que la causa "ya murió" (10). Vemos que el concepto de causa ha sido fuertemente atacado, tanto en su concepción clásica como en su formación más moderna. Esto nos servirá más adelante para lograr una mejor limitación conceptual del término, y así poder encontrar cuál es la finalidad práctica del mismo.

IV. NEOCAUSALISMO

Es una corriente que pretende reivindicar la causa. Comienza con Henry Capitant y lo siguen entre otros, Ripert y De Ruggiero.

Según Capitant, las críticas a la teoría clásica están bien fundadas, pues confundieron la causa con el objeto o el consentimiento. Sin embargo, sigue considerando que en principio el concepto, luego de darle su verdadero enfoque, debe utilizarse en el campo de las obligaciones. Dice que no debe verse como un elemento rígido y abstracto, sino como el fin inmediato que lleva a las partes a contratar, o sea, el cumplimiento del contrato (11). Donde este fin falta o es ilícito, no hay obligación. Capitant dice que la obligación es el medio para llegar a ese fin. En las donaciones, el "animus donandi" es el medio para llegar al fin que se desea al donar.

Los neocausalistas, para averiguar cuál es la causa, parten de una fórmula romana, preguntando: ¿por qué te obligas? (contrario a la pregunta: ¿a qué te obligas? para conocer el objeto). Esto los hace caer en un error, pues la teoría no permite distinguir la causa de los motivos (12). Por eso estas teorías se denominan subjetivas. La teoría de la causa debe ser construida bajo una perspectiva objetivista. Autores más recientes han tratado de darle este enfoque, pero esto ha hecho que hayan surgido múltiples teorías que no concuerdan del todo entre sí. Por ejemplo:

-Emilio Betti dice que " ... la causa o razón del negocio se identifica con la función económico-social del negocio entero, considerado con independencia de la tutela jurídica, en la síntesis de sus elementos esenciales" (13). Esta teoría disocia función y estructura. A la primera le da un carácter metajurídico, en tanto ubica la segunda en el ámbito jurídico. A ella se adhiere también María de los Angeles Villalobos Rodríguez en su tesis de graduación (14).

-Causa es el interés perseguido con el negocio, según Carnelutti; pero es una visión subjetiva contenida en el acto de voluntad.

-Causa es la relación económico-social de los sujetos, según Bonfante y Alessi, pero no explica esta relación según el ordenamiento, y se apoya en un elemento psicológico.

Hay muchas otras teorías: fundamento del negocio, finalidad objetiva y típica, operación judicial; pero siempre se reduce a un subjetivismo o a una abstracción. Son más acertadas, pues se ve el momento funcional del negocio, pero se observan sus deficiencias al aplicarles las hipótesis patológicas de falta o ilicitud (15). Debemos buscar un concepto de causa que no adolezca de subjetivismo o abstraccionismo, que no se confunda con otros elementos del negocio jurídico, y que pueda tener un fin práctico para que no muera a manos de la evolución que experimenta el derecho mediante su aplicación al caso concreto en los tribunales.

V. LA CAUSA EN EL CODIGO CIVIL

Como explicamos al principio de nuestro trabajo, nuestro Código Civil exige como uno de los elementos esenciales para la validez de la obligación que esta posea causa. En cuanto a este elemento como requisito, hay acuerdo tanto en doctrina como en legislación (16).

Aparte de exigir la causa como elemento esencial, también agrega una condición: que sea justa. En la doctrina este concepto ha sido ampliamente sustituido por el de lícita. Además, ha aparecido otro requisito: que sea real. "La ley exige que la causa sea real y lícita. Es causa real la que existe verdaderamente, y es causa lícita la que es conforme a la ley, a las buenas costumbres y al orden público". (17)

¿Qué sucede si no existe la causa, o si está viciada por la falta de alguna de sus condiciones? Cuando uno de los requisitos esenciales falta, se sanciona con la nulidad absoluta del negocio efectuado, según el art. 835 del Código Civil. La legislación, lo mismo que la doctrina, está ampliamente en acuerdo con este principio, que se basa en que todo negocio jurídico debe tener una causa que justifique la tutela del derecho (18). También se puede dar el caso de que la causa no pueda realizarse por factores que sobrevengan, como pueden ser una excesiva onerosidad sobreviniente o un incumplimiento, lo que conlleva a la resolución del negocio. Si un pago es efectuado en razón de causa falsa, viciada o inexistente, puede ser repetido, excepto si se conocían estos hechos (art. 805 C.C.).

Lo anterior, sin embargo, no es suficiente, pues si queremos que la concepción de causa tenga una verdadera utilidad práctica, debemos, por un lado, diferenciarla de los otros elementos del negocio jurídico, y a partir de allí determinar su importancia real dentro del campo de las obligaciones.

VI. DIFERENCIA CON OTROS ELEMENTOS

La noción de causa debe delimitarse de los otros elementos del negocio jurídico: los motivos, el consentimiento y el objeto. El motivo se considera como el fin remoto o lejano de quien se obliga, en tanto que la causa es el fin inmediato y directo. Los motivos pueden variar hasta el infinito, en tanto que la causa es siempre la misma para cada tipo negocial. El motivo es irrelevante, en tanto que la causa es trascendente (19).

En lo que respecta al consentimiento, dice Mosset Iturraspe: "Mientras el consentimiento es el acuerdo de voluntades, que trasunta el querer de las partes, la causa es el motivo determinante, el porqué del querer". (20)

La causa y el objeto tienden a confundirse, ya que existe una estrecha relación entre ambos. Hay que recordar que objeto es a lo que uno se obliga (*quid debetur*) y causa es el por qué uno se obliga (*cur debetur*). Así, vemos la posibilidad de que la causa sea inexistente, ilícita o inasequible; y sin embargo, el objeto existe. También se ve cómo en varias figuras negociales el objeto puede ser el mismo y sin embargo varía la causa; ejemplos serían la donación, el mutuo y el pago (21).

Hecha esta diferenciación, no resta más que buscar la esencia de la causa, para lo que debemos tener muy presente la delimitación antes efectuada, y con esta se hará la revisión de la concepción de causa que, aunque no ha salido a relucir concretamente hasta el momento, durante la fase investigativa fue la que mejor llenó los requisitos: causa como elemento esencial-funcional del negocio jurídico.

VII. CAUSA COMO ELEMENTO ESENCIAL-FUNCIONAL

Esta noción es la que desarrollan Víctor Pérez Vargas y Ana Lorena Umaña Rojas en su artículo "Elementos del negocio jurídico" (22). En esta, luego de hacer una recopilación de varias teorías, concluyen que la causa es el elemento esencial-funcional en el negocio jurídico. Para esto, se basan en la función que tiene el negocio, y la relevancia genética de la causa.

Ricardo Uribe Holguín señala que uno de los requisitos de la causa es que haya sido determinante para las partes: sin ella no hubieran contratado; por ende, ambas partes deben haber tenido pleno conocimiento de ella (23). O sea, la voluntad debe estar movida por la causa —tender a un fin conforme a la ley— (24). El factor que la autonomía privada quiere introducir requiere una justificación objetiva, que se la otorga el ordenamiento dependiendo del fin que persiga. "Cuando los intereses negociales son relevantes y actuales el negocio puede cumplir su función" (25). "*Debemos tener muy en cuenta la visión de Scialoja, de que la causa, antes que una noción jurídica, debe ser una noción social*". (26) Vemos así la importancia funcional que tiene la causa dentro del campo de la autonomía privada, como límite a ésta, para que no se tenga que tomar como válido cualquier acto de voluntad privado.

La importancia genética se encuentra en que la causa, como elemento esencial, debe existir desde el comienzo del negocio, debe mantenerse a todo lo largo de su vida, y no puede variar, pues se estaría cambiando de tipo de obligación; tampoco puede dejar de existir en este transcurso.

La causa también tiene otra función: como elemento objetivo del negocio jurídico "... *sirve para individualizar el determinado tipo de negocio frente a todos los otros tipos*" (27), ya que esta es finalidad típica y constante, independientemente de que sea tal o cual individuo el que se valga del negocio. Así, la causa se refiere a la especie y no al género; e incluso vemos que se aplica a toda clase de negocio jurídico, incluso los no patrimoniales, v.gr. los de derecho de familia.

En nuestra legislación no se concretizan los casos en que se puede aludir una desviación o mal funcionamiento de la causa. La doctrina señala que algunos de ellos pueden ser: la lesión, la excesiva onerosidad sobreviniente, la imposibilidad sobreviniente de una prestación, o el incumplimiento de una obligación de una parte en un negocio bilateral (28). En caso de que un negocio quiera anularse por falta o vicio en la causa, esta deberá ser aprobada por la parte que la pide, y para probarlo cualquier medio es conducente. Sin embargo, no es necesario que la causa se exprese en el escrito donde se documenta la obligación, se hace una suposición de que existe hasta que no haya prueba en contrario.

CONCLUSIONES

La institución de la causa como elemento esencial de las obligaciones *debe mantenerse*, pues como vimos es un límite a la autonomía privada, y el conjunto social no puede aceptar que cualquier programación de intereses pueda ser objetivada y llevada a cabo a través de un medio que el mismo ordenamiento jurídico provee; esta programación incluso no debe ser indiferente al ordenamiento, pues no se deben tutelar intereses vanos. También lo consideramos útil en tanto es un *término adaptable* a las circunstancias, a la moralidad, las necesidades y aun a los prejuicios del momento, pues no debe confrontarse la causa con concepciones abstractas, sino que el tribunal debe ver la realidad que lo circunda (29).

La causa debe poseer varios requisitos, entre otros: a) conocida y *aceptada* por las partes; b) *determinante*, sin ella no se hubiera contratado; c) *real*, que exista verdadera y efectivamente; d) que sea *lícita*, o sea conforme al ordenamiento, al orden público y a las buenas costumbres; incluso, pensamos que este requisito puede coexistir con el de justa, pues no siempre son sinónimos, y así se amplía el ámbito de acción en beneficio de la sociedad (30).

Estos requisitos deben existir en todo momento del negocio; entonces podemos ver que la causa tiene una *relevancia esencial y funcional con miras a un fin* dentro de la obligación. El negocio debe transitar por un camino que es el de la causa, si se quiere tener la tutela del ordenamiento y alcanzar el fin propuesto por las partes. Si el negocio no comienza a avanzar por dicho camino, es porque no tiene un fin al cual llegar; si toma por otro que no es el que le corresponde, el fin será inalcanzable; si comienza bien y luego se desvía, se rompen los requisitos objetivos de la causa; y en último caso, si al llegar al fin resulta que este no era el esperado, han equivocado el negocio, pues las partes no pueden hacer una adaptación de cualquier negocio según su propio caso concreto, ya que cada tipo de negocio jurídico tiene su propia causa y esta no puede

ser variada, ahí es donde reside su objetividad.

Para concluir, vemos que nuestra jurisprudencia no ha hecho un muy buen uso del término (31), indudablemente por una falta de conocimiento o al menos coherencia intersubjetiva en el uso de los términos. Los jueces son los que se deben encargar de darle vida al término, por su carácter de abierto y aplicable según el momento objetivo de legislación y usos sociales. La intersubjetividad es muy importante, pues no pueden existir varias "causas" según el juez que se tope con ella; debe haber un solo concepto claro de causa. En esto debe ayudar la legislación, la cual es en este momento deficiente, pues o no regula bien el término o lo utiliza indistintamente para significar cosas diferentes.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Uribe Holguin, Ricardo. **De las obligaciones y de los contratos en general**. Editorial Temis, 2da. ed., Bogotá, 1982, p. 197.
- (2) Barros Errazuriz, Alfredo. **Curso de derecho civil**, Editorial Nascimento, 4ta. ed., Chile, p. 60.
- (3) Citado en Uribe Holguin, *op. cit.*, p. 197.
- (4) Moisset de Espanes, Luis. **Estudios de derecho civil: cartas y polémicas**. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1982. p. 135
- (5) Pérez Vargas, Víctor. **Derecho privado**. Editorial Publitex, 1era. ed., San José, Costa Rica, 1988, p. 268
- (6) *Idem*, p. 270.
- (7) Sánchez Medal, Ramón. **De los contratos civiles**. Editorial Porrúa S.A. México, 7a. edición, 1984, p. 52.
- (8) Moisset de Espanes, *op. cit.* p. 134 y siguientes.
- (9) Rangel Lamus, *op. cit.* p. 146
- (10) Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Editorial Heliasta S.R.L. Tomo II, 16va. ed. Buenos Aires, 1983, p. 109
- (11) Citado en Rojina Villegas, Rafael. **Derecho civil mexicano**, Tomo V. Editorial Porrúa S.A. 3era. ed., México, 1976, p. 322-323.
- (12) Pérez Vargas, *op. cit.* p. 271
- (13) Betti, Emilio. **Teoría general del negocio jurídico**. 2da. ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 141
- (14) Villalobos Rodríguez, María de los Angeles. **La invalidez en los contratos civiles**. Tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1984. p. 63
- (15) Ver Pérez Vargas, *op. cit.* pp. 272-273
- (16) En lo que a legislación se refiere, contienen este elemento los códigos de Bolivia, (art. 452), Colombia (art. 1502), Chile (art. 1445), Venezuela (art. 1141), Italia (art. 1325). También tenemos el Código Napoleón (art. 1108) que es donde fue utilizado por primera vez en legislación, citado en Borja Soriano, Manuel, **Teoría general de las obligaciones**. Editorial Porrúa S.A. 9na. ed. México, 1984, p. 119.
- (17) Barros Errazuriz, Alfredo. **Curso de derecho civil**. Editorial Nascimento, 4ta. ed. Chile, 1932. p. 61
- (18) Betti, *op. cit.* p. 291. Agrega " ... a más de realizable en concreto".
- (19) En este sentido ver Messineo, Francisco. **Manual de derecho civil y comercial**. Ediciones Jurídicas Europa América, tomo II, 1era. ed., Buenos Aires, 1954. p. 378. También Mosset Iturraspe, Jorge. **Teoría general del contrato**. Ediciones Jurídicas Obir, 2da. ed., Argentina, 1976. p. 252; y Sánchez Medal, *op. cit.* pp. 52-53.
- (20) *Ibid.*, p. 252
- (21) Brenes Córdoba, Alberto. **Tratado de las obligaciones**. Editorial Juricentro, 3era. ed., San José, Costa Rica, 1977, p. 24-25, *op. cit.* p. 141.
- (22) Ver Pérez Vargas, *op. cit.*, págs. 207 y ss.
- (23) *Op. cit.* pp. 200 a 203.
- (24) Santoro Passarelli, Francisco. **Doctrinas generales del derecho civil**, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964. p. 204
- (25) Pérez Vargas, *op. cit.* p. 274
- (26) Citado en Betti, *op. cit.* p. 140
- (27) Messineo, *op. cit.* 369.
- (28) Pérez Vargas, *op. cit.* p. 275
- (29) En este sentido, ver Josserand, Louis, **Derecho civil**. Ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1950. p. 98
- (30) Ver Uribe Holguin, *op. cit.* pgs. 200 a 203.
- (31) Ver Pérez Vargas, *op. cit.* 278-279

BIBLIOGRAFIA

- BARROS ERRAZURIZ, Alfredo. *Curso de derecho civil*. Editorial Nascimento, 4ta. ed. Chile, 1932.
- BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. 2da. ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- BORJA SOREANO, Manuel. *Teoría general de las Oobligaciones*, Editorial Porrúa S.A., 9na. ed., México, 1984.
- BRENES CORDOBA, Alberto. *Tratado de las obligaciones*. Editorial Juricentro, 3era. ed., San José, Costa Rica, 1977.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho Uusual*. Editorial Heliasta SRL. Tomo II, 16ava. ed., Buenos Aires, 1983.
- GONZALEZ, A. *Derecho civil*. Talleres Gráficos J. Korden, 1era. ed., Buenos Aires, Argentina, 1944.
- JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1950.
- MESSINEO, Francisco. *Manual de derecho civil y comercial*. Ediciones Jurídicas Europa América, Tomo II, 1era. ed., Buenos Aires, 1954.
- MOISSET DE ESPANES, Luis. *Estudios de derecho civil: cartas y polémicas*. Talleres Gráficos de la Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina, 1982.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Teoría general del contrato*. Ediciones Jurídicas Obir, 2da. ed. Argentina, 1976.
- PEREZ VARGAS, Víctor. *Derecho privado*, Editorial Publitéx, 1era. ed. San José, Costa Rica, 1988.
- RANGEL LAMUS, Amenodoro. *Estudios de derecho privado*. Editorial Elite, Caracas, Venezuela, 1937.
- RIPERT, Georges. *Tratado de derecho civil*. Tomo IV, Editorial la Ley, 1era ed. Buenos Aires, 1964.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho civil mexicano*, Tomo V, Editorial Porrúa S.A., 2era. ed. México 1976.
- SANCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*. Editorial Porrúa S.A. 7ma. ed. México 1984.
- SANTORO PASSARELLI, Francisco. *Doctrinas generales del derecho civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- URIBE HOLGUIN, Ricardo. *De las obligaciones y de los contratos en general*. Editorial Temis, 2da. ed., Bogotá, 1982.
- VARGAS A., Jorge. *Elementos del negocio jurídico*. 1era. ed. Universidad de Costa Rica, San José.
- VARGAS PACHECO, José María. *Doctrina general del contrato*. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1984.
- VILLALOBOS RODRIGUEZ, María de los Angeles. *La invalidez en los contratos civiles*. Tesis de grado, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1984.

LEGISLACION

- Bolivia, *Código Civil*. Instituto de Cultura Hispánica, Madrid 1959
- Colombia, *Código Civil*. Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1963.
- Costa Rica, *Código Civil y de Familia*. 2da. ed. San José, Editorial Porvenir, 1986.
- Chile, *Código Civil*. Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1961.
- España, *Código Civil*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965.
- Italia, *Codice Civile*. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1981.
- Venezuela, *Código Civil*. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978.

El veto al presupuesto

Luis Charpentier Acuña

SUMARIO

Introducción — I. Aspectos generales sobre el veto: A. Concepto; B. Naturaleza; C. Motivos de objeción; D. Objeto. — II. Los presupuestos ordinario y extraordinario de la República. A. Concepto; B. Contenido; C. Regulación Constitucional — III. La procedencia del veto contra el presupuesto: A. El veto al Presupuesto Ordinario; B. El veto a los presupuestos extraordinarios — Conclusión.

INTRODUCCION

Los artículos 125 y 140.5 de nuestra Constitución establecen la posibilidad para el Poder Ejecutivo de oponerse a un proyecto de ley a través de una institución jurídica llamada VETO. Esta figura ha sido tratada en la doctrina internacional por muchos autores, pero de una manera genérica. A nivel nacional, los estudios sobre el veto son más bien escasos y de poca profundidad. No obstante, en nuestro país ya se ha generado una problemática interesante sobre todo en lo referente al veto por razones de inconstitucionalidad. El debate ha sido en el sentido de si es posible vetar por inconstitucional el proyecto de ley de Presupuesto, a pesar de que el artículo 125 de la Constitución dice expresamente que no procede el veto contra el proyecto que aprueba el Presupuesto Ordinario de la República.

Ante este problema, obviamente importante, queremos avanzar desde ya una respuesta al mismo. Consideramos que es enteramente procedente el veto por razones de inconstitucionalidad al Presupuesto Ordinario de la República. Con relación a los presupuestos extraordinarios, también puede el Poder Ejecutivo interponer el veto. Creemos que existen suficientes razones jurídicas, e incluso morales, que justifican esas hipótesis.

El presente trabajo se divide en tres secciones. En la primera, hemos considerado conveniente tratar ciertos aspectos generales sobre el veto, que deben tenerse en cuenta para resolver el punto principal al que nos abocamos aquí. En una segunda sección establecemos una caracterización general de los presupuestos ordinario y extraordinario en nuestro país. En la tercera sección enfocamos directamente el problema principal a que hemos hecho referencia.

Este artículo no pretende agotar el problema del veto al Presupuesto de la República. En su estudio tratamos de analizar la problemática con cierta profundidad y presentar nuestro punto de vista personal; queremos que el mismo sirva para incentivar a quienes estudian el Derecho a realizar investigaciones más profundas sobre este interesante tema.

I. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL VETO

Nuestra Constitución Política, como es natural, regula todo un procedimiento para la formación de las leyes. En la

creación de este tipo de normas jurídicas juega un papel preponderante la Asamblea Legislativa, como órgano constitucional encargado de la creación de las leyes (entre otras funciones).

No obstante, en muchos casos, el Poder Ejecutivo también asume un papel relevante en la formación de las leyes; este órgano está facultado constitucionalmente para interponer una institución jurídica llamada veto, con la cual podría incluso impedir que el proyecto vetado llegue a ser ley de la República. El veto está regulado normativamente en dos cuerpos jurídicos básicos: la Constitución Política y el Reglamento de la Asamblea Legislativa; obviamente resulta preponderante la regulación constitucional, en tanto representa las normas jurídicas de más alta jerarquía; el reglamento interno de la Asamblea simplemente desarrolla en algunos aspectos específicos las normas constitucionales.

Con el ejercicio del veto el Poder Ejecutivo puede oponerse a que un proyecto de ley se convierta en norma jurídica vigente; esa oposición puede fundamentarse en motivos de oportunidad (conveniencia política) o de inconstitucionalidad (razones jurídicas); en el primer caso (razones de oportunidad) el veto reviste una naturaleza esencialmente política, en tanto que en el segundo caso (inconstitucionalidad), el veto adquiere -para nosotros- naturaleza jurídica.

A. Concepto

Con base en nuestra Constitución Política, el veto es una potestad atribuida exclusivamente al Poder Ejecutivo para oponerse a proyectos de ley de la Asamblea Legislativa, ya sea porque considere que un determinado proyecto no conviene por razones políticas, o bien por considerarlo contrario a la Constitución. Consideramos muy acertada, y por ello tomamos como base, la definición que del veto nos da el profesor Rubén Hernández:

"El veto se define como la potestad que tiene el Poder Ejecutivo para objetar, por razones de oportunidad o de inconstitucionalidad, proyectos de ley aprobados por la Asamblea Legislativa" (1).

Esa potestad se fundamenta en los artículos 125 y 140.5 de nuestra Constitución Política. Obviamente, la competencia del Poder Ejecutivo para vetar leyes, le concede a este poder una importante participación en la creación de las leyes, lo cual produce efectos que luego analizaremos.

"Esta competencia del Poder Ejecutivo (...) constituye uno de los controles interórganos más importantes en el Estado moderno, pues permite que el Poder Ejecutivo participe activamente en el procedimiento legislativo" (2).

El veto, para ser válido, debe ser ejercido en forma conjunta por el Presidente de la República y el Ministro del ramo:

"Son deberes y atribuciones conjuntas que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: 5) ejercer iniciativa en la formación de las leyes, y el derecho de veto (3).

B. Naturaleza

Se ha considerado modernamente que el veto tiene naturaleza política, en razón de ser ejercido por el Poder Ejecutivo sobre proyectos de ley aprobados por el Poder Legislativo. La doctrina ha destacado la naturaleza política de esta institución con base en la relación concreta que para el caso se da entre dos órganos políticos (Ejecutivo y Legislativo).

Creemos que el criterio para establecer la naturaleza del veto debe ser otro: nos referimos a los motivos del veto, a su fundamentación. En este sentido, debemos distinguir entre veto por razones de inconstitucionalidad y veto por razones de oportunidad; en el primer caso -como luego veremos- el veto reclama la oposición que supuestamente existe entre el proyecto de ley y la Constitución, es decir, se arguyen razones de orden jurídico; en el segundo caso, el Ejecutivo alega motivos de conveniencia, es decir, se manifiestan razones de orden meramente político. Al respecto, Rubén Hernández nos dice:

"La naturaleza del veto por razones de inconstitucionalidad es jurídico-política, por cuanto en su ejercicio interviene, en última instancia, la Corte Suprema de Justicia, la cual resuelve el conflicto surgido entre ambos poderes, conforme a criterios estrictamente jurídicos y no políticos" (4).

Consideramos tal enfoque sumamente formalista y, en nuestro concepto, errado. El autor hace referencia al caso en que la Asamblea rechaza las razones de inconstitucionalidad alegadas por el Ejecutivo: en ese caso el proyecto es enviado a la Corte para que esta se pronuncie sobre el problema. En esa cita observamos que la naturaleza política le es asignada al veto por la mera intervención del Poder Ejecutivo, en tanto que al intervenir la Corte el veto "adquiere además" naturaleza jurídica. No compartimos ese criterio. Creemos que la naturaleza política o jurídica del veto depende de los caracteres fundamentales que este presenta. En el veto por razones de oportunidad, su esencia radica en ser una oposición por motivos estrictamente políticos. Por su parte, la esencia del veto por razones de inconstitucionalidad descansa en la consideración -jurídica y no política- de que hay un contraste normativo entre el proyecto de ley y la Carta Política.

Así pues, sencillamente debemos concluir que el veto por razones de oportunidad reviste naturaleza política, y el veto por inconstitucionalidad es de naturaleza jurídica; esto desde un punto de vista objetivo y no subjetivo, sin tomar en cuenta los órganos que participen. En orden a lo anterior, un veto en el que se aleguen a la vez razones de oportunidad y de in-

constitucionalidad, será de naturaleza jurídico-política. Manteniendo la tesis general de la naturaleza política del veto, Hernández Valle señala:

"Consecuencia de su naturaleza política, el veto está regulado directamente por la Constitución y sometido a ella" (5).

No creemos que la regulación constitucional del veto obedezca a su naturaleza política (6). Ello es claro, a nuestro entender, pues muchos institutos que están regulados en la Constitución no tienen una naturaleza política en sentido estricto. El que el veto esté regulado en la Constitución se explica por el hecho de ser ese un instrumento básico en el sistema de frenos y contrapesos, en la división de poderes; el veto obviamente tiene repercusiones políticas, pero en el caso del veto por razones de inconstitucionalidad, vemos que su naturaleza de base es jurídica: muchos fenómenos, por naturaleza, son jurídicos, lo cual no impide que tengan efectos políticos.

La regulación del veto en la Constitución Política es sumamente importante, pues las normas que regulan esa potestad se ubican en el máximo grado en la jerarquía de las normas. Por lo tanto, la Asamblea no podría mediante ley (por falta de competencia) regular el objeto, condiciones y efectos del veto; solo mediante normas de reforma constitucional se podría regular y limitar el ejercicio de esa potestad (7).

C. Motivos de objeción

Como ya adelantamos, la motivación del veto puede consistir en razones de oportunidad, o bien de inconstitucionalidad. Los motivos de oportunidad hacen referencia a razones de conveniencia política. Así, pues, se puede vetar un proyecto alegando falta de recursos para el caso, falta de adecuación a las necesidades sociales, mala planificación técnica, eventuales efectos indeseables, etc. En este caso, como en las razones de inconstitucionalidad, el veto debe ser debidamente fundamentado. Los motivos de inconstitucionalidad buscan combatir un proyecto que contrarie la Constitución.

"En el veto por razones de inconstitucionalidad, indudablemente estamos en presencia de un mecanismo de control preventivo, o control "a priori". Esto es claro, pues por ese medio se alega la inconstitucionalidad de un proyecto de ley para evitar la entrada en vigencia de normas inconstitucionales" (7).

Las razones de inconstitucionalidad pueden darse con respecto a vicios formales o sustanciales, según que el proyecto de ley incurra en defecto de procedimiento (sea que viole reglas procedimentales establecidas en la Constitución o en el reglamento de la Asamblea), o en violación de principios o normas sustantivas de la Constitución. Al respecto, ha dicho la doctrina:

"... en cuanto a los vicios formales, cuya comprobación es más fácil, el Ejecutivo está obligado a interponer el veto (...) En cambio, respecto de los vicios sustanciales, el veto sólo se debe interponer cuando el contraste entre la Constitución y el proyecto sea evidente y manifiesto, puesto que normalmente la inconstitucionalidad de las normas solo puede captarse al momento de su aplicación y no en abstracto" (8).

Consideramos acertada esa afirmación. En efecto, el veto es una potestad constitucional, y en cuanto tal, es una atribución que debe ser obligatoriamente ejercida cuando se den las condiciones requeridas. Cuando el Poder Ejecutivo detecte la violación (que debe ser evidente en los vicios sustanciales) de normas y de principios de la Constitución, debe interponer el veto: así lo exige una sana interpretación fundamentalmente de los artículos 125 y 140.5 constitucionales. Como bien lo ha dicho nuestra jurisprudencia, el veto debe ser debidamente fundamentado:

"De acuerdo con los artículos 125, 127 y 128 constitucionales, todo veto debe ser razonado y debe indicarse (en caso de inconstitucionalidad) clara y concretamente cuáles son las disposiciones del proyecto que se enfrentan a determinadas normas de la Constitución y por qué lo estima así el Poder Ejecutivo" (9).

D. Objeto del veto

El artículo 125 de nuestra Carta Magna reza: *"Si el poder Ejecutivo no aprobare el proyecto de ley votado por la Asamblea, lo vetará y lo devolverá con las objeciones pertinentes" (10).* Eso nos muestra claramente que el veto sólo puede interponerse contra los proyectos de ley aprobados por la Asamblea Legislativa. El proyecto de ley para tal efecto debe estar debidamente aprobado, y debe haber recibido discusión en tres debates: *"Todo proyecto para convertirse en ley debe ser objeto de tres debates, cada uno en distinto día, obtener la aprobación de la Asamblea ..." (11)*

El artículo 124 constitucional, in fine, nos dice: *"No tienen el carácter de leyes (...) los acuerdos que se tomen en uso de las atribuciones enumeradas en los incisos: 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 16, 21, 22, 23 y 24 del artículo 121, que se votarán en una sola sesión y deberán publicarse en el Diario Oficial" (12).*

Estos acuerdos que se toman en un solo debate, son los llamados "meros actos legislativos", los cuales no requieren sanción del Poder Ejecutivo: esto, aunado al hecho de que aun aprobados no tienen el carácter de leyes, confirma la tesis de que esos actos no son susceptibles de ser vetados.

Incluso los convenios, contratos, y otros actos de naturaleza administrativa, aunque se hagan por el trámite de formación de las leyes, tampoco pueden ser objeto del veto, precisamente por carecer del carácter de leyes, según lo prescribe expresamente el párrafo final del artículo 124 citado. Tampoco son objeto del veto, las llamadas "leyes de reforma constitucional", pues estas revisten un carácter de jerarquía netamente distintos con relación a las leyes ordinarias, en razón del procedimiento agravado que sufren para poder surgir a la vida jurídica. La problemática que se presenta es, indudablemente, con relación al Presupuesto Ordinario de la República. En principio, pareciera que tal problema no existe, pues el artículo 125 de la Constitución dispone:

"No procedé el veto en cuanto al proyecto que aprueba el Presupuesto Ordinario de la República" (13).

A primera vista, la prohibición se nota clara. No obstante, como veremos después, ella admite muchas limitaciones. Al respecto HERNANDEZ VALLE apunta:

"Esta prohibición es aparente, y su verdadero sentido sólo puede desentrañarse si se armoniza esa disposición con lo establecido en otras normas del mismo ordenamiento constitucional" (14).

II. LOS PRESUPUESTOS ORDINARIO Y EXTRAORDINARIO DE LA REPUBLICA

Tanto el presupuesto ordinario como los extraordinarios están regulados en la Constitución. Sus disposiciones son distintas de las que rigen para las leyes ordinarias. El presupuesto de la República se apueba, en lo fundamental, en la llamada "Ley de Presupuesto Ordinario"; esta ley, en nuestro ordenamiento constitucional, constituye el único caso en que aparentemente se le niega el derecho de veto al Poder Ejecutivo; no obstante, ya veremos que esa prescripción no puede tomarse al pie de la letra. La prohibición del artículo 125 constitucional no puede extenderse a los presupuestos extraordinarios de la República, ya que tal norma constituye una excepción a la regla general de que todos los proyectos de ley pueden ser vetados, y, como tal, solo es susceptible de aplicación para el caso que específicamente se indique.

La ley de Presupuesto Ordinario de la República se diferencia radicalmente de las leyes comunes, lo cual es evidenciado por la regulación específica que con respecto a ella hace nuestra Constitución. Así, por ejemplo, dicha ley cuenta con un término para su promulgación fijado constitucionalmente, el cual encuentra su justificación en la imperiosa necesidad de su rápida aprobación, ya que esa ley constituye, entre otras cosas, el mecanismo jurídico que autoriza el gasto público del Estado; así, pues, si esa ley no se aprobara, se paralizaría la Administración Central (15).

A. Concepto

En relación con la ley de Presupuesto Ordinario, diremos en primera instancia -aunque parezca perogrullesco- que ella es una ley, en sentido formal y material. Así lo ha dicho la Corte Plena:

"Las normas de Derecho Presupuestario contenidas en los artículos 176 a 180 de la Constitución permiten afirmar, fuera de toda duda, que en el ordenamiento jurídico costarricense la ley de Presupuesto es una ley formal (porque emana del órgano legislativo) y también ley material, pues no constituye una simple cuenta de ingresos y gastos sino que al propio tiempo impone deberes que tiene que cumplir el Poder Ejecutivo, todo lo cual le imprime un evidente carácter normativo, aunque sus disposiciones no estén estructuradas de la manera como se enuncian los preceptos de una ley común" (16).

Ese mismo tribunal ha dicho -acertadamente- que la Ley de Presupuesto reviste una naturaleza distinta a las leyes comunes:

"Se trata pues de una ley formal y material, aunque ciertamente deba calificarse de especial o sui generis, porque difiere de las otras leyes en cuanto a su iniciativa y a su preparación, formación y vigencia, al igual que por la acentuada supremacía de la Asamblea Legislativa en esta materia" (17).

En efecto, la ley de Presupuesto tiene carácter formal, en razón de ser emitida por el Poder Legislativo; asimismo, posee carácter material de ley en razón de su naturaleza normativa, la cual se deduce básicamente del artículo 180 de nuestra Carta Política, el cual señala:

"El Presupuesto Ordinario y los Extraordinarios constituyen el límite de acción de los poderes públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado ..."

Esta ley, en razón de su naturaleza especial, no puede regular cualquier tipo de situaciones. De su regulación constitucional (arts. 176 a 182) podemos extraer que ella solo puede regular materia presupuestaria; no podría regular materias ajenas, por falta de competencia constitucional al efecto:

"No obstante su carácter normativo, su ámbito de competencia es limitado, pues esta ley sólo puede contener disposiciones generales (normas) que regulen el modo como la acción pública pueda realizarse durante el año. Es decir, la competencia necesaria de la ley de presupuesto, además de los rubros estrictamente contables, abarca también la regulación de aquellos aspectos que sean mera ejecución del presupuesto" (18).

Ello nos confirma que la Ley de Presupuesto es una ley atípica, pues difiere de las leyes comunes u ordinarias.

Relacionando todo lo anterior, para nosotros, la Ley de Presupuesto Ordinario, es un conjunto de normas jurídicas con carácter de ley formal y material, que regulan y autorizan durante el año económico todo lo relativo a los ingresos financieros y al gasto público del Estado, a efecto de dotarlos de carácter jurídico (19).

Ahora bien, dentro el curso del año pueden surgir problemas nuevos o situaciones que no fueron previstas en el Presupuesto Ordinario, que obligan a modificarlo, lo que se debe hacer por iniciativa del Poder Ejecutivo (20). A la vez, cuando existen entradas provenientes del crédito público o de otra fuente extraordinaria, también corresponde al Ejecutivo preparar los proyectos de Presupuestos Extraordinarios. Estos presupuestos, se pueden definir como aquellas leyes -de carácter extraordinario- destinadas a regular lo relativo a la inversión de esos ingresos provenientes del uso del crédito público, o de cualquier otra fuente extraordinaria (21). De acuerdo con el artículo 180 de nuestra Carta Magna, al igual que en el caso del Presupuesto Ordinario, las leyes que modifiquen a este y las que aprueben los presupuestos extraordinarios, constituyen el límite de acción de los poderes públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado (22).

B. Contenido

Como hemos dicho anteriormente, la ley de Presupuesto solo puede contener materia presupuestaria, es decir, no puede contener materias ajenas a la regulación de ingresos y gastos del Estado. La doctrina permite hacer un deslinde claro y preciso entre las disposiciones típicamente presupuestarias y las que no tienen esa naturaleza; ello resulta relevante, sobre todo a efectos de determinar si cabe o no el veto contra el Presupuesto Ordinario. En los últimos años, ha sido costumbre, al aprobar la Ley de Presupuesto Ordinario, adicionar un capítulo denominado "Disposiciones Generales". Tales disposiciones se destinan a indicar la mecánica del Presupuesto y facilitar su ejecución. En tanto que esas normas generales se relacionen con el Presupuesto, son válidas; nuestra jurisprudencia ha sido en ese sentido:

"Al ser verdad, como lo dispone el artículo 180 de la Constitución, que el Presupuesto constituye el límite de acción de los poderes públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado (...) si el presupuesto señala esos límites de acción, por ahí mismo la regla del artículo 188 está autorizando que se dicten determinadas normas para regular el modo como la acción de los poderes públicos debe realizarse durante el año (...) en la Ley de Presupuesto sí pueden dictarse las llamadas normas generales ..." (23)

La Ley de Presupuesto, por otra parte, y dejando de lado esas "normas generales", tiene siempre un contenido básico al cual nos referimos brevemente a continuación: En primer lugar, dicha ley regula lo referente a ingresos o, mejor dicho *"autoriza la recolección de tributos y demás entradas previstas en su texto aritmético (...) En punto a ingresos, el presupuesto es una mera previsión técnico-financiera"*. (24).

En segundo lugar -siguiendo a don Eduardo Ortiz- esta ley: *"autoriza la erogación de recursos para la satisfacción de fines y necesidades públicas, con lo que se constituye en un verdadero plan de inversiones públicas"*. (25) Así, pues, desde ese punto de vista, el Presupuesto se presenta como el plan anual de gastos del Estado para la realización de los distintos planes de gobierno, con el fin de dotarlo de carácter jurídico y proveer a una adecuada ejecución del mismo.

En relación con los gastos, la ley de Presupuesto regula la destinación de cada gasto a un fin específico, de tal manera que la erogación y el pago correspondiente sólo podrá hacerse para el fin indicado. Consecuentemente, los créditos que existieren en contra del Estado, no podrán ser pagados si no se ha agotado previamente el trámite presupuestario al efecto (26). Obviamente, el Presupuesto debe regular adecuadamente el gasto, tomando en cuenta los ingresos probables, de tal manera que no puede autorizar algún gasto para el que no haya partida presupuestaria, o bien que esta exista pero sea insuficiente.

C. Regulación constitucional

De conformidad con el artículo 176 de la Constitución, la vigencia del Presupuesto Ordinario permanece durante el año para el cual se emite (del 1 de enero al 31 de dic.). Los gastos que se autoricen no pueden exceder los ingresos probables. Corresponde al Poder Ejecutivo ejercer la iniciativa en la creación de la ley de Presupuesto; este debe preparar y enviar el proyecto a la Asamblea para que lo conozca (27). Así, vemos que la creación de la ley de Presupuesto requiere de un específico y particular procedimiento establecido constitucionalmente:

"El procedimiento especial (de la ley de Presupuesto) está llamado a garantizar que el Poder Ejecutivo tenga la iniciativa y la responsabilidad de elaborar el Presupuesto Nacional, en razón de su mayor conocimiento del gasto público, como su principal protagonista; al mismo tiempo que asegure que la Asamblea pueda tener la última palabra para modificar el plan de inversiones presentado" (28).

Consecuentemente, una norma ajena a la materia presupuestaria debe regularse por el procedimiento común de formación de las leyes (artículos 123 a 129) y no debe ser incluida en una ley como la de Presupuesto:

"El principio jurídico que justifica la prohibición de incluir normas ajenas a la materia presupuestaria, dentro de la

ley de Presupuesto, es el de la "ponderación legislativa", según el cual se exige que toda ley ordinaria debe recibir publicidad y ser discutida ampliamente en el seno legislativo, lo que no ocurre con la ley de presupuesto, por lo perentorio de sus plazos y por su complicación intrínseca" (29).

La Constitución expresa claramente en su artículo 180 que el Presupuesto Ordinario y los extraordinarios "constituyen el límite de acción de los poderes públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado ...". Se advierte, pues, que el Presupuesto Ordinario rige para el estado, es decir, la Asamblea tiene la potestad constitucional de dictar los presupuestos del Estado: contrario sensu, no el de otros entes. (30). La Corte Plena se ha manifestado sobre el punto, pero con una fundamentación que consideramos técnicamente imprecisa; veamos:

"El Presupuesto de la República es el de la Administración Central, integrada por los órganos que menciona el artículo 177 párrafo primero de la Constitución, o sea los ministerios de gobierno, la Asamblea Legislativa, la Corte Suprema de Justicia, y el Tribunal Supremo de Elecciones; con lo cual los entes descentralizados quedaron excluidos de ese régimen y, por lo tanto, de la potestad presupuestaria que otorga a la Asamblea el artículo 121 inciso 11 de la Carta Política, desde que, por ser descentralizados, no forman parte de ninguno de aquellos órganos del Poder Central". (31).

Creemos que la resolución anterior parte de una terminología inaceptable, que debemos aclarar, pues ubica a la Corte Suprema de Justicia, al Parlamento y al Tribunal Supremo de Elecciones como integrantes de la Administración Central. Al respecto, BREWER CARIAS apunta:

"La Administración Central, como complejo orgánico es una parte del Estado, el cual tiene otros órganos políticamente separados: los órganos legislativos y los tribunales. Todos ellos forman el Estado, y participan de su sola y única personalidad" (32).

Más adelante agrega el mismo autor:

"La Administración Pública (...) no solo está constituida por la "Administración del Estado" o Administración Central, sino también por la Administración descentralizada, constituida por otros entes con personalidad jurídica propia, distinta de la del Estado" (33).

Así, pues, la Corte Plena debió haber dicho: *"El Presupuesto de la República es el del Estado"* y no el de la Administración Central como erróneamente se dijo, ya que con esa expresión se alude a la llamada Administración del Estado. La ley General de la Administración Pública nos aclara un poco más el asunto:

*"1. Los órganos constitucionales superiores de la Administración del Estado (equivalente de Administración Central) serán: el Presidente de la República, los Ministros, el Poder Ejecutivo y el Consejo de Gobierno.
2. El Poder Ejecutivo lo forman el Presidente de la República y el Ministro del ramo". (34).*

Lo correcto, pues, es afirmar que el Presupuesto Ordinario es el Presupuesto del Estado. Los entes descentralizados, en efecto, quedan excluidos de la potestad establecida en el artículo 121 inciso once.

III. LA PROCEDENCIA DEL VETO CONTRA EL PRESUPUESTO

La Constitución Política en su artículo 125 ab initio establece: *"Si el Poder Ejecutivo no aprobare el proyecto de ley votado por la Asamblea, lo vetará y lo devolverá con las objeciones pertinentes"*.

Aquí resulta claramente manifestada la regla general de que el Poder Ejecutivo cuenta con la potestad de vetar los proyectos de ley aprobados en tres debates por el Parlamento. No obstante, el mismo artículo establece inmediatamente la excepción a esa regla general, al disponer que: *"No procede el veto en cuanto al proyecto que aprueba el Presupuesto Ordinario de la República"*.

Una interpretación aislada y literal de este artículo nos llevaría forzosamente a rechazar de plano la posibilidad de admitir el veto contra el Presupuesto Ordinario. Como ya hemos adelantado, esta prohibición no es absoluta, y más bien, debe ser considerablemente limitada. Por supuesto, la prohibición del 125 no puede extenderse a los proyectos que modifican el presupuesto ni a los que aprueban los presupuestos extraordinarios.

A. El veto al presupuesto ordinario

Creemos que el constituyente para establecer la supuesta prohibición del 125 se fundamentó en razones de tipo práctico. La ley de Presupuesto debe estar aprobada definitivamente para el 30 de noviembre de cada año (art. 178 C.P.); de ser vetado el Presupuesto por razones de inconstitucionalidad por la Asamblea, muy difícilmente la Corte resolvería el conflicto antes de esa fecha límite (35). No obstante, ya veremos que existe una solución para este problema.

No podemos aceptar de ninguna manera la prohibición absoluta en contra de que el Presupuesto Ordinario pueda ser vetado. Existen muchas razones que justifican esta tesis. En primer lugar, pareciera ilógico que una Ley de Presupuesto, por

el solo hecho de ser tal, pueda contener normas abiertamente contrarias a la Constitución, violentándose así el principio de que todas las normas jurídicas inferiores a la Constitución deben adecuarse a ella, según se deduce del artículo 10 de la Constitución (36). Así, pues,

"Si el veto por razones de inconstitucionalidad no se admitiera, se violaría el principio de supremacía constitucional (...) Si la ley de Presupuesto es una disposición de la Asamblea Legislativa, lógicamente su contenido debe respetar también el principio de supremacía constitucional". (37)

Si el Poder Ejecutivo no pudiera nunca vetar el Presupuesto, el Parlamento gozaría siempre de la posibilidad, con esa ley, de violar cuantas veces quiera la Constitución.

Piénsese, por ejemplo, si el día de mañana se aprobara un Presupuesto Ordinario que no contemplare ninguna partida para el Poder Judicial, a pesar de que la Constitución señala un porcentaje fijo para ese Poder. Es claro que en esa hipótesis, el Poder Ejecutivo podría válidamente vetar la ley por razones de inconstitucionalidad a pesar de la aparente prohibición del artículo 125". (38)

No parece razonable que para casos como el anterior se excluya el control "a priori", pues ello podría generar arbitrariedades obvias:

"Razones morales abonan la tesis de que las normas generales del Presupuesto puedan ser vetadas, ya que de no admitirse esa posibilidad, los diputados gozarían de una auténtica patente de corso para legislar sobre cualquier materia, a sabiendas de que no existe un control inmediato por parte del Ejecutivo para evitar que tales normas entren en vigencia". (39)

Ahora bien, si admitiéramos la posibilidad de vetar el Presupuesto Ordinario, el problema que se presenta es establecer los alcances de la prohibición del 125 de la Carta Fundamental.

Como se dijo en un aparte anterior (40), se acostumbra incluir las llamadas "normas generales" en la Ley de Presupuesto. Asimismo, la propia Constitución establece la materia que debe contener esta ley especial: debe contener materia presupuestaria. Por lo tanto, resulta enteramente legítimo incluir normas generales en el presupuesto, destinadas a indicar su mecánica y a facilitar su ejecución, sea referentes a materia presupuestaria.

No obstante, existen algunas de esas normas generales que no guardan relación con esos objetivos y vienen a significar materia ajena a la presupuestaria. Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, de la siguiente manera:

"No es posible incluir materia extraña al presupuesto en esa ley especial, a no ser con infracción de lo que disponen los incisos 1 y 11 del artículo 121 de la Constitución, pues el primero se refiere a la amplia potestad de "dictar leyes", y el otro (el once) a la de dictar los presupuestos; y si la Constitución contempla esas facultades por separado, ello es la razón lógica de que se trata de actos legislativos de distinta naturaleza y contenido" (41).

Don Eduardo ORTIZ, profundiza un poco más al respecto. Este autor parte del hecho de que la Constitución establece atribuciones o potestades taxativas para la Asamblea Legislativa, y esta no puede exceder esas atribuciones:

"La Asamblea sólo puede hacer lo que expresamente le autorice la Constitución, cuando ejerce la representación del pueblo, y todo lo demás le está prohibido" (42).

Así, pues, la Asamblea es competente para lo que le autorice la Constitución; ésta prohíbe, verbigracia, que un determinado tipo de ley sea creada por un procedimiento que no es el indicado para el caso. El mismo autor señala:

"Las normas no presupuestarias por la materia incluidas dentro del Presupuesto son nulas (...) La nulidad nace, cuando la Ley de Presupuesto toca materia "no presupuestaria", puede explicarse como una carencia de capacidad legal al efecto por falta de "legitimación" para el ejercicio de la potestad legislativa común u ordinaria, en razón de diferente procedimiento" (43).

Con base en ello, las leyes ordinarias o de materia común (no presupuestaria) deben dictarse por el trámite ordinario de formación de las leyes, de lo contrario serían nulas en razón de violar normas procedimentales establecidas en la Constitución. En consecuencia, la prohibición del artículo 125 no se refiere a aquellas disposiciones jurídicas que son ajenas a la materia presupuestaria, pero que se incluyen materialmente en el Presupuesto Ordinario. Tales normas deben sujetarse al procedimiento de formación de las leyes ordinarias, y de ser incluidas en la Ley de Presupuesto pueden ser vetadas por el Ejecutivo;

"Tales disposiciones sí pueden ser objeto de veto por cuanto escapan a la naturaleza misma del presupuesto en cuanto a gastos e ingresos" (44).

Tales normas no serían parte de la ley de Presupuesto propiamente dicha, ya que ella —en estricto sentido jurídico—

solo incluye materia presupuestaria;

"Las llamadas disposiciones generales son un anexo y no forman parte en sí de la Ley de Presupuesto: no están amparadas en la prohibición constitucional a que se ha hecho mérito (art. 125) y, en consecuencia, es factible la procedencia en cuanto a ellas del veto del Poder Ejecutivo". (45)

Si la Constitución señala la materia que debe contener la Ley de Presupuesto, no es posible, por tanto, que ella incluya materias extrañas a su esencia específica, a no ser que sean normas destinadas a aclarar o complementar los capítulos o las partidas que integran el Presupuesto, o que establezcan procedimientos para la correcta disposición de los recursos financieros durante el período fiscal correspondiente.

Las disposiciones generales de la Ley de Presupuesto no pueden (en razón del procedimiento) reformar leyes comunes, ni referirse a materia no presupuestaria, ni mucho menos violar la Constitución; ante tales hipótesis, procede vetar por razones de inconstitucionalidad las disposiciones generales de esa ley (46). Cabe agregar que, en cuanto a las normas generales, también cabe el veto por razones de oportunidad (47). Con base en todo lo anterior nos inclinamos por la tesis que afirma que el artículo 125 sólo prohíbe el veto por razones de oportunidad y respecto de la parte contable de la ley de Presupuesto, sea los ingresos probables y los gastos autorizados. En efecto, la parte contable del presupuesto podría ser vetada por inconstitucional: caso de que no se le asignara el seis por ciento del presupuesto al Poder Judicial, por ejemplo (48).

La prohibición del veto por razones de oportunidad a la parte contable del Presupuesto se da en razón de que es el órgano que veta las leyes (Ejecutivo) quien prepara el proyecto de Presupuesto; la Asamblea solo podría aumentar los gastos presupuestados por el Ejecutivo si señala los nuevos ingresos para cubrir tales gastos, para lo cual requiere un informe de la Contraloría sobre la efectividad fiscal de los mismos; lo anterior parece indicar que no habría criterios objetivos suficientes por parte del Ejecutivo para justificar la inconveniencia del proyecto, al punto de que la modificación presupuestaria ha sido fiscalizada por la Contraloría General de la República (49).

Hemos admitido, pues, la facultad de vetar normas generales del Presupuesto Ordinario por parte del Poder Ejecutivo. No obstante, de vetarse normas del Presupuesto, se presentaría un problema práctico —al que ya habíamos aludido— y es que muy difícilmente la Corte, en caso de razones de inconstitucionalidad rechazadas por el Parlamento, resolvería el conflicto antes del 30 de noviembre (50).

En contra de lo dicho por HERNANDEZ VALLE (51), la única solución viable parece ser —para nosotros— el vetar una parte de la ley y sancionar el resto. Rafael BIELSA manifiesta:

"El veto puede ser total o bien parcial, respecto del proyecto sancionado por el Congreso, pues el Poder Ejecutivo puede desecharlo solo en parte, en cuyo caso solamente en parte vuelve con sus objeciones al Congreso (...); es admisible el veto parcial cuando la supresión de la parte objetada no afecte el sistema general o la unidad de la ley" (52).

Por su parte, LINARES QUINTANA sostiene que la Constitución argentina excluye el veto parcial (o promulgación fragmentaria de la ley), pero agrega:

"Pueden admitirse algunas excepciones, entre ellas la Ley de Presupuesto, pero siempre que la disposición crítica no afecte el resto del proyecto" (53).

Por nuestra parte, creemos que el veto parcial a la Ley de Presupuesto encuentra fundamento jurídico en nuestra propia Constitución Política. En efecto, según el artículo 128, si la Corte declara: "... que el proyecto contiene disposiciones inconstitucionales, se tendrá por desechada la parte que las contenga. El resto se enviará a la Asamblea para la tramitación correspondiente" (54).

Consideramos que esa remisión para que el proyecto reciba nuevamente tres debates se justifica, únicamente, en la medida en que las disposiciones declaradas inconstitucionales afecten el contenido y estructura del proyecto en general, lo cual —naturalmente— haría necesario revisar la unidad del proyecto como un todo. En caso de que la parte objetada no afecte el sistema o la unidad del proyecto, el Poder Ejecutivo estaría facultado para sancionar la parte no objetada, ya que esta ha sido completamente aprobada en la Asamblea y —manteniéndose la unidad general— no hay razón suficiente para impedir que esas normas entren en vigencia. Asimismo, una cuidadosa interpretación del artículo 125 de la Constitución, refuerza el anterior argumento. Este artículo dispone que,

"Si el Poder Ejecutivo no aprobare el proyecto de ley votado por la Asamblea, lo vetará y lo devolverá con las objeciones pertinentes".

No creemos apropiado considerar que "proyecto de ley" sea el conjunto de disposiciones tituladas —por ejemplo— como "Ley de Presupuesto". Para nosotros, proyecto de ley será cada una de las disposiciones incluidas en ese conjunto llamado Ley de Presupuesto, pues cada una de ellas eventualmente puede no llegar a adquirir el carácter de ley; cada una de las disposiciones presupuestarias son proyectos, en tanto que son disposiciones normativas con la "expectativa" de llegar a adquirir carácter de ley formal y material.

Con fundamento en lo anterior, resulta válidamente interpretable que la Ley de Presupuesto está compuesta de un conjunto de proyectos relacionados íntegramente entre sí. Por tanto, el Poder Ejecutivo —de acuerdo con esa interpretación— puede vetar uno o varios de esos "proyectos" articulados con el nombre de Ley de Presupuesto, y sancionar el resto, siempre y cuando la parte vetada no afecte el resto.

B. El veto a los presupuestos extraordinarios

En relación con los proyectos que modifican el Presupuesto y los que aprueban los presupuestos extraordinarios, el Ejecutivo puede ejercer ampliamente el veto, en razón de que para ellos la Constitución no lo prohíbe expresamente:

"El instrumento jurídico para el uso y disposición de los recursos del Estado durante el año económico, puede estar integrado en concurrencia con la ley principal de Presupuesto, por leyes modificativas y por cualquier otra que se emita en aprobación de presupuestos extraordinarios (...); pero lo cierto es que el constituyente sólo proscribió el derecho de veto en el caso del Presupuesto Ordinario, no así en lo que se refiere a las leyes que lo modifican o las que aprueban los presupuestos extraordinarios" (55).

El carácter presupuestario de esos proyectos, no autoriza su inclusión por analogía en la prohibición del artículo 125 in fine;

"No cabe aducir analogía o paridad de razones en situaciones que no solo difieren en oportunidad y circunstancias, sino también en cuanto a su naturaleza, pues el Presupuesto Ordinario es de carácter urgente e indispensable, sin cuya aprobación se paralizaría la Administración Central, lo que desde luego no ocurre con las leyes modificativas ni con las referentes a presupuestos extraordinarios" (56).

En igual sentido, refiriéndose al art. 125 constitucional, el Dr. Hugo Alfonso Muñoz señala:

"Establece la disposición que 'no procede el veto en cuanto al proyecto que aprueba el presupuesto de la República'. Interpretando esta disposición en sentido contrario, sí cabe el veto contra los presupuestos extraordinarios" (57).

CONCLUSION

Por ser la Constitución Política la norma fundamental de un Estado y parámetro de validez de todo el ordenamiento jurídico, toda norma o disposición que pretenda violentarla debe ser anulada o desaplicada, para lo cual se ha establecido un sistema de control constitucional que actúa "a priori" y "a posteriori". El veto por razones de inconstitucionalidad constituye un mecanismo de control "a priori", pues se interpone contra proyectos de ley emanados de la Asamblea Legislativa; en esto, se diferencia evidentemente del recurso de inconstitucionalidad, el cual sólo es oponible contra normas que ya están vigentes.

En Costa Rica, el veto constituye una potestad exclusiva del Poder Ejecutivo para oponerse, por razones de oportunidad o inconstitucionalidad, a que un proyecto de ley llegue a convertirse en norma jurídica de la nación. El veto por razones de oportunidad reviste naturaleza política, en tanto que el veto por razones de inconstitucionalidad es, para nosotros, un acto de carácter esencialmente jurídico. Como regla general, el veto puede ser interpuesto contra cualquier proyecto de ley. Esta regla solo encuentra una excepción: el proyecto que aprueba el Presupuesto Ordinario de la República, excepción que debe ser interpretada restrictivamente.

A pesar de que el artículo 125 constitucional establece que "no procede el veto contra el proyecto que aprueba el Presupuesto Ordinario", creemos que sí procede vetar tal proyecto en muchas hipótesis. El Presupuesto Ordinario está constituido estrictu sensu por el balance normativo de ingresos probables y gastos autorizados para la disposición de los recursos del Estado. Las "normas generales" que se acostumbra incluir en el Presupuesto, en realidad no forman parte de él, y por tanto pueden ser vetadas tanto por razones de oportunidad como de inconstitucionalidad. La parte contable del Presupuesto Ordinario no puede ser vetada por oportunidad, ya que ello es lo que prohíbe el artículo 125 de la Constitución; sí podría serlo por razones de inconstitucionalidad en aquellos casos en que se oponga de una manera evidente a la Carta Política.

Las normas ajenas a la materia presupuestaria, por el solo hecho de incluirse en la ley de presupuesto, son inconstitucionales por vicio en el procedimiento de creación. La materia presupuestaria se rige por un procedimiento especial, el cual no puede ser utilizado para la formación de las leyes comunes; éstas deben sufrir el procedimiento ordinario de formación de las leyes. De no admitirse el veto al Presupuesto Ordinario, los legisladores estarían en la posibilidad de violar, mediante de esa vía, nuestra Constitución cuantas veces quisieran, perfectamente podrían "disfrazar" cualquier norma inconstitucional, simplemente incluyéndola en la ley de presupuesto. El Poder Ejecutivo debe tener la posibilidad de vetar por inconstitucionalidad disposiciones de la ley de Presupuesto Ordinario: así podrá impedir la entrada en vigencia de normas contrapuestas a la Carta Magna. Esto debe hacerse cuando la inconstitucionalidad sea manifiesta, ya que ella normalmente se detecta después de que la ley está vigente.

Por otro lado, es posible que el Poder Ejecutivo veto parcialmente el Presupuesto Ordinario y que sancione el resto, siempre y cuando la parte vetada no afecte la totalidad del mismo. Finalmente, los presupuestos extraordinarios de la República pueden ser ampliamente vetados por razones de oportunidad o inconstitucionalidad y de ninguna manera pueden ser alcanzados analógicamente por la prohibición del artículo 125 de nuestra Carta Política.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) HERNANDEZ VALLE (Rubén). El control de constitucionalidad de las leyes, pag. 107
- (2) *Ibid*, pag. 105
- (3) Constitución Política, art. 140.5
- (4) HERNANDEZ VALLE (Rubén), op. cit. pag. 109
- (5) *Ibid*., pag. 105
- (6) Partimos de que el veto por razones de inconstitucionalidad es de naturaleza jurídica.
- (7) MUÑOZ QUESADA (Hugo Alfonso). La Asamblea Legislativa en Costa Rica, pag. 305
- (8) HERNANDEZ VALLE (Rubén), Op. cit. pag. 109
- (9) CORTE PLENA, citada por ASAMBLEA LEGISLATIVA DE COSTA RICA. Constitución Política de la República de Costa Rica: anotada y concordada, pag. 433.
- (10) Constitución Política, art. 125
- (11) *Ibid*, art. 124
- (12) *Ibid*, art. 124 in fine.
- (13) *Ibid*., art. 125
- (14) HERNANDEZ VALLE (Rubén), Op. cit. pag. 106
- (15) Ver en igual sentido, CHACON MURILLO (Roberto). El veto por inconveniencia e inconstitucionalidad a la ley de Presupuesto Ordinario de la República, pag. 55
- (16) CORTE PLENA, cit. por TREJOS (Gerardo) y RAMIREZ (Marina), Jurisprudencia constitucional 1979-1982, pag. 71
- (17) CORTE PLENA, cit. por ASAMBLEA LEGISLATIVA, Op. cit. pag. 107
- (18) HERNANDEZ VALLE (Rubén), Op. cit. pag. 107
- (19) La definición se basa en el art. 176 constitucional.
- (20) Así, Constitución Política, art. 180.
- (21) *Ibid*, art. 177
- (22) Así, CHACON MURILLO (Roberto), Op. cit. pag. 54
- (23) CORTE PLENA, Cit. por TREJOS (Gerardo) Op. cit. pag. 70
- (24) ORTIZ ORTIZ (Eduardo), La ley de presupuesto: una doble reserva de ley especial, pag. 22
- (25) *Ibid*, pag. 33
- (26) Así, *ibid*, pag. 24
- (27) Véase, Constitución Política, arts. 140.5, 177 y 178
- (28) ORTIZ ORTIZ (Eduardo) Op. cit. pag. 39
- (29) HERNANDEZ VALLE (Rubén) Op. cit. pag. 108
- (30) Véase Constitución Política, arts. 121.11 y 180
- (31) CORTE PLENA, cit. por ASAMBLEA LEGISLATIVA, op. cit. p. 491
- (32) BREWER CARIAS (Allan R.). Comentario sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, pag. 35
- (33) *Ibid*, pag. 38
- (34) Ley General de la Administración Pública, art. 21.
- (35) Si el Poder Ejecutivo alega en el veto razones de inconstitucionalidad y éstas no son aceptadas por la Asamblea, debe enviarse el proyecto a la Corte Suprema de Justicia para que se pronuncie sobre la supuesta inconstitucionalidad; la resolución de la Corte es vinculante (128 C.P.)
- (36) Es el principio de supremacía constitucional.
- (37) HERNANDEZ VALLE (Rubén) Op. cit. pag. 107
- (38) HERNANDEZ VALLE (Rubén) Op. cit., 107
- (39) *Ibid*, pag. 109
- (40) Ver *supra*, contenido de la Ley de Presupuesto
- (41) CORTE PLENA, cit. por ASAMBLEA LEGISLATIVA, op. cit. 487
- (42) ORTIZ ORTIZ (Eduardo), op. cit. pag. 13
- (43) *Ibid*., pag. 39
- (44) MUÑOZ QUESADA (Hugo Alfonso) op. cit. pag. 210
- (45) CHACON MURILLO (Roberto), op. cit. pag. 54
- (46) *Ibid*., pag. 55
- (47) Así, HERNANDEZ VALLE (Rubén), op. cit. pag. 108
- (48) En contra, MUÑOZ QUESADA (Hugo Alfonso), op. cit. p. 211
- (49) Véase, artículo 184 constitucional

- (50) Véase artículo 178 constitucional.
- (51) Cfr. HERNANDEZ VALLE (Rubén), *op. cit.* pág. 109.
- (52) BIELSA (Rafael), citado por CHACON MURILLO, *op. cit.* p. 56
- (53) LINARES Q.(Segundo) cit. por CHACON MURILLO, *op. cit.* p. 35
- (54) Constitución Política, art. 128, (el subrayado es nuestro).
- (55) CHACON MURILLO (Roberto) *op. cit.*, pág. 54.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

LIBROS:

- ASAMBLEA LEGISLATIVA DE COSTA RICA (Dpto. Servicios Técnicos). **Constitución Política de la República de Costa Rica: anotada y concordada**. San José. Ed. Juricentro, 1985, 572 pp.
- CHACON MURILLO (Roberto). **El veto por inconveniencia e inconstitucionalidad a la Ley de Presupuesto Ordinario de la República de Costa Rica**. San José, Tesis para optar el título de Licenciado en Derecho, UCR, 1970, 73 pp.
- HERNANDEZ VALLE (Rubén). **El control de constitucionalidad de las leyes**. San José, IVS Ediciones Jurídicas, 1988, 112 pp.
- KELSEN (Hans). **La garantía jurisdiccional de la Constitución**. México D.F. Ed. México, 3era. edición, 1974, 385 pp.

REVISTAS:

- BREWER CARIAS (Allan R.). Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica. **Revista del Seminario internacional de derecho administrativo**. San José, 1981, pp. 29-57
- ORTIZ ORTIZ (Eduardo). La Ley de Presupuesto: una doble reserva de ley especial. **Revista Judicial**. San José, Nº 33, junio de 1985, pp 10-72

LEYES:

- ASAMBLEA LEGISLATIVA. Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior. San José, Imprenta Nacional, 1970.
- Constitución Política de 7 de noviembre de 1949. San José, Imprenta Nacional, 1980.
- Ley General de la Administración Pública, Nº 6227 de 2 de mayo de 1978.

Créditos privilegiados especiales y prelación de créditos

José Roberto Brenes Chinchilla
Junny Villalobos Moreno

SUMARIO

Introducción — Capítulo I: Generalidades de los privilegios — Sección I: Conceptos elementales. I. Principio de la responsabilidad patrimonial universal. II. La pars condicio. III. Clasificación general de los acreedores. IV. Concurso de acreedores — Sección II: Los privilegios. I. Etimología. II. Definición. III. Caracteres. IV. Fundamento jurídico. V. Naturaleza jurídica. VI. Clasificación de los privilegios. VII. Graduación de los privilegios. VIII. Extinción — Capítulo II: Los créditos privilegiados especiales y la prelación de créditos. — Sección I: Los créditos privilegiados especiales. I. Definición. II. Principales características. III. Razón de ser de los privilegios especiales. IV. División. V. Los créditos privilegiados especiales de nuestro Código Civil (art. 993). VI. La prelación entre créditos preferentes — Sección II: Jurisprudencia nacional y legislación comparada. I. Jurisprudencia nacional. II. Derecho comparado — Conclusiones

INTRODUCCION

El Derecho, al regular las obligaciones, reconoce que son vínculos importantes socialmente, porque tienden a satisfacer un interés. Todo vínculo obligatorio que se establece entre dos personas genera una deuda; un mismo sujeto puede tener varias deudas. Por principio, debe haber igualdad entre los acreedores, en cuanto a la exigibilidad de su crédito. No obstante, surge una excepción que no es otra cosa que el nacimiento de una situación jurídica preferente, técnicamente conocida como privilegio. Este se manifiesta a través de la prelación, que es el orden establecido tanto entre los créditos comunes con respecto a los privilegiados, como entre los mismos créditos privilegiados. A la vida jurídica, surgen dos tipos de privilegios: los generales y los especiales. La presente investigación tiene por objetivo analizar los privilegios especiales.

El trabajo se ha dividido en dos capítulos; en el primero de ellos se ofrecen nociones básicas, en las que se enmarca la teoría de los privilegios y se busca la respuesta a lo que es un crédito privilegiado. El segundo desarrolla el tema central de la investigación. En la primera sección se da un doble tratamiento de los créditos privilegiados especiales, la indagatoria doctrinal del concepto y su identificación en la legislación nacional. En la sección segunda se exponen las reglas que rigen la prelación de créditos, tal y como funcionan en el derecho costarricense. Cabe aclarar que el capítulo referente a la teoría de los privilegios fue desarrollada con base en la doctrina extranjera dada la carencia de una doctrina nacional relativa al tema. La única intención fue dar a conocer teóricamente los privilegios, sin entrar de lleno al análisis de la legislación costarricense, como sí se hace en el segundo capítulo. El método usado en la exposición del tema del trabajo y sus diferentes partes ha sido el deductivo.

CAPITULO I GENERALIDADES DE LOS PRIVILEGIOS

Es necesario hacer una referencia a los aspectos generales que componen determinada figura para facilitar su comprensión. He aquí el motivo generador de hacer explícitos los rasgos generales del privilegio.

SECCION I CONCEPTOS ELEMENTALES

Antes de referirnos a la conceptualización y caracterización de los privilegios, creemos conveniente indicar algunos conceptos que servirán de base para llegar al estudio de los mismos.

I. PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL

El concepto de deuda soporta dos elementos que la determinan, ellos son: el débito y la responsabilidad. Nos corresponde ahora estudiar el segundo de estos elementos que se refiere al aspecto patrimonial de una deuda, o como lo dicen RUGGIERO Y MAROI:

"... la responsabilidad no es otra que la sujeción del patrimonio del deudor, considerado como pertenencia de su persona, al poder coactivo o de agresión del acreedor, a objeto de obtener satisfacción por equivalencia de la prestación no cumplida". (1)

A. En el derecho romano

En el derecho romano toda relación que se establecía entre el acreedor y el deudor contaba con la característica de ser "personalísima", por tal razón, el crédito lo fue. Era la persona del deudor la que respondía de sus obligaciones (2), él era el que estaba obligado al cumplimiento de la obligación y en caso de incumplimiento servía como garantía. Esto quiere decir que el vínculo que se establecía era material, un verdadero atar o aprehender temporalmente la persona del deudor (3).

B. Derecho moderno

Ya en el derecho moderno se abandonó por completo el vínculo personal y se instauró el "vinculum iuris", conforme al cual la sujeción sería únicamente psicológica y patrimonial, sin anular la libertad del deudor. Fue necesaria una larga evolución para que los juristas se dieran cuenta de que lo que importaba para dar satisfacción a los derechos del acreedor no era la persona del deudor, sino los valores económicos que representaban el conjunto de sus bienes, o sea su patrimonio (4).

La responsabilidad patrimonial es un vínculo de garantía general, perteneciente al acreedor sobre todos los bienes del deudor (5) cuyo fin es la obtención de lo debido o su equivalente económico. Se caracteriza porque la garantía se extiende a todos los bienes, presentes y futuros del deudor, mas no a aquellos que en el momento de la reclamación no estén en el patrimonio del deudor, ni aquellos que no tengan valor económico. En principio, la garantía no recae sobre bienes determinados, sin embargo, en algunos casos la ley concede derechos de preferencia a determinados acreedores sobre determinados bienes. Lógicamente, hay que estimar como nulas las convenciones dirigidas a exonerar al deudor de su responsabilidad patrimonial ya que es un derecho del acreedor satisfacer su interés en defecto de la prestación debida (5).

II. LA PARS CONDITIO CREDITORUM

La "pars conditio" es la regla general que se aplica en aquellos casos en que existe un vínculo obligatorio, compuesto por una pluralidad subjetiva activa y frente a un solo deudor.

A. Concepto

La "pars conditio" significa la igualdad de todos los acreedores (7) debido a que existe un mismo sujeto que tiene varias deudas, entonces, frente a cada uno responde el deudor con todos sus bienes, y cada uno de los acreedores goza, en principio del mismo derecho a cobrar su crédito que los restantes. Podemos encontrar este principio en el artículo 982 de nuestro Código Civil, porque estipula el mismo, que no existir ningún motivo legal de preferencia; en caso de que los bienes no alcancen para cubrir todas las deudas, deberán pagarse estas a prorrata (8), es decir, proporcionalmente.

B. Excepciones

Se cataloga como una excepción todo aquello que rompe con una regla establecida. Pues bien, en este caso la regla de la pars conditio se deja de aplicar cuando el deudor se declara o es declarado en concurso o en quiebra también cuando hay acreedores a los que la ley concede preferencia (derecho a cobrar primero) y en un momento determinado la hacen valer (9). La presente investigación está basada en esta excepción que se conoce como "privilegio".

III. CLASIFICACION GENERAL DE LOS ACREEDORES

La materia de los privilegios se halla relacionada con la concurrencia de varios acreedores frente al patrimonio del deudor.

A. Categorías de acreedores

Podemos decir que básicamente existen dos grandes categorías de acreedores, a saber: (10) a) los acreedores que carecen de acción para reclamar lo que se les debe; b) Los acreedores a quienes la ley les confiere acción para obtener satisfacción, por vía judicial, en caso de que el deudor no cumpla con sus obligaciones. Esta última categoría es mucho más numerosa que la primera ya que a su vez comprende cinco clases de acreedores: los acreedores quirografarios o comunes, acreedores munidos de derecho de retención, acreedores con derecho real de anticresis, acreedores que tienen constituido a su favor un derecho real de garantía y, por último, los acreedores privilegiados. Por ahora, será únicamente de nuestro interés lo concerniente a estos últimos, es decir a los acreedores privilegiados.

B. Acreedores privilegiados

A menudo existen casos en los cuales para que el acreedor se encuentre protegido por un derecho determinado es necesario que así se haya pactado entre acreedor y deudor tal seguridad. Pero caso muy distinto sucede con relación a los privilegios que, por el contrario, nacen en forma exclusiva de la ley, la voluntad de las partes es impotente para crearlos (11). Entonces, acreedor privilegiado es aquel que tiene preferencia en el cobro de su crédito respecto a otros acreedores concurrentes, por disposición exclusiva de la ley (12). Analizando esta situación puede observarse que: "El legislador ha querido beneficiar a algunos acreedores teniendo en cuenta la naturaleza intrínseca de las relaciones creditoras existentes a su favor, y por ello les ha concedido el beneficio de ser pagados sobre determinados bienes, o sobre alguna cosa, según los casos, con prelación a los demás acreedores de su deudor, sean cuales fueren las características de los créditos de los co-acreedores" (13).

IV. CONCURSO DE ACREEDORES

Cuando se determina el incumplimiento del deudor, existen varias formas de accionar contra él, ya sea procesando al acreedor individualmente por la vía ejecutiva directa o en ejecución de sentencia ordinaria, o bien mediante el concurso de acreedores, quedando en este supuesto sometido a la clasificación y a la prelación de créditos (14).

El concurso de acreedores está determinado para aquellos casos en que se compruebe que los bienes del deudor son insuficientes para cubrir sus deudas (15), es decir, que ese patrimonio liquidado y convertido en dinero no alcanza para pagar todos los créditos. En este caso, se procede a la declaratoria del concurso de acreedores, y ya propiamente dentro de él el juez tendrá que graduar los créditos tomando en cuenta la prelación de los mismos. (16)

SECCION II LOS PRIVILEGIOS

Procederemos seguidamente a cubrir el estudio de los privilegios en sí, mencionando los rasgos sobresalientes de dicha figura.

I. ETIMOLOGIA

La palabra privilegio deriva de la expresión latina "privilegium", la que a su vez proviene de las voces "privada" y "lex". En el derecho romano el privilegio se entendía como una ley, la cual era dictada tomándose en cuenta una persona particular, sea a favor, sea en contra de la misma. A pesar de que la Ley de las Doce Tablas suprimió estas leyes particulares, la expresión se conservó para utilizarse en otro sentido, es decir, para significar los beneficios que se concedía a determinadas personas. Más tarde se aplicó la palabra en lo concerniente al campo jurídico para indicar el grado de prelación que tenía un acreedor respecto a otro.

En el derecho romano, en cuanto a estas preferencias, puede decirse que existieron dos tipos (17): *-privilegia personae*: se concedían por el hecho de revestir la calidad de acreedores determinadas personas; *-privilegia causas*: por la naturaleza intrínseca del crédito.

II. DEFINICION

El término "privilegio" puede conceptualizarse en dos sentidos (18): en sentido amplio serían las disposiciones especiales que contienen un trato de favor a las clases de personas, cosas o relaciones jurídicas a que se refieren; en sentido estricto los privilegios (o normas individuales) son las disposiciones que se dictan, no para regular una relación de tipo abstracto, sino para una relación concreta y determinada, no siendo valederas más que para ella (19).

En cuanto a la definición de privilegio hay uniformidad: "situación jurídica preferente con relación a los demás situados en iguales condiciones" (20). Ubicándonos en un campo jurídico, "El privilegio es un derecho de preferencia sobre ciertos bienes o sobre el conjunto de los bienes del deudor ..." (21)

En realidad el privilegio se ha considerado como una prelación otorgada por la ley, tomando en cuenta la causa del derecho de crédito y que asiste al derecho de crédito. Derecho en virtud del cual una persona puede exigir de otra que le dé, haga o no haga alguna cosa (22).

También podemos encontrar definiciones dadas por la doctrina y así tenemos que para LACRUZ BERDEJO

"... privilegio es el derecho del acreedor a cobrar su crédito pasando por delante de los acreedores ordinarios, e incluso, en su caso, de otros acreedores privilegiados, pero menos". (23).

Creemos que este autor plantea muy bien el problema en una sencilla definición, y nos llama la atención que él refiera tal derecho al acreedor, así igualmente lo hace MAZEAUD, para quien

"El privilegio es un derecho de preferencia sobre ciertos bienes o sobre el conjunto de los bienes del deudor, derecho conferido por la ley a un acreedor en razón de la naturaleza de su crédito". (24)

La definición de MOLINARIO es la siguiente:

"Se entiende por privilegio el derecho dado a un acreedor, exclusivamente por la ley sin que medie convención a tal efecto, para ser pagado con preferencia a otro acreedor" (25).

Muchos han usado indistintamente el término privilegio o preferencia, como en este caso la utiliza CASTAN,

"Privilegio o preferencia es el beneficio de que gozan ciertos créditos para ser pagados antes que otros con el producto de la venta de algunos bienes o de todos los del deudor" (26).

Queda comprobado que entre los autores el privilegio está claro, todos van a lo mismo, están en armonía. Nuestro Código Civil no escapa a la definición del privilegio, aunque lo hace de una forma escueta, es decir, se obtiene por deducción de su artículo 982 al decir que si los bienes no alcanzan a cubrir las deudas, estas deberán pagarse a prorrata "a menos de tener un motivo legal de preferencia" (27). Es de admirar el Código Civil argentino porque sí contiene una definición del privilegio, en una forma muy clara, así lo dice el artículo 3875 (28).

III. CARACTERES

Una forma de distinguir inmediatamente una institución jurídica, es a través de sus notas sobresalientes, es decir, a través de sus caracteres. Aplicado el caso en estudio, podemos decir que los privilegios presentan tanto caracteres esenciales como caracteres naturales.

A. Características esenciales

Los caracteres esenciales son aquellos que constituyen la exteriorización de los elementos básicos sin los cuales la institución no existiría.

1. Son legales

Como primera característica esencial de los privilegios está la de tener origen exclusivamente legal (29) en términos generales se dice que es una garantía legal (30) en el sentido de que "no hay privilegio sin texto legal", ya que no pueden ser establecidos por vía de convención o acuerdo entre las partes. Se ha dicho que solo el legislador puede establecer un privilegio (31) y su orden está taxativamente fijado por la ley (32). Nuestro Código Civil también le atribuye un carácter legal estipulado en el ya mencionado artículo 982. Esta característica es precisamente uno de los elementos que permiten establecer el distinguo substancial entre los privilegios y los derechos reales de garantía (33), tales como la hipoteca y la prenda, otorgados por la exclusiva voluntad del dueño.

"Si en un contrato se conviene entre las partes que el crédito que surge del mismo sea preferente a cualquier otro, esa declaración podrá tener valor entre los contratantes, si es que lo tiene, pero no frente a los demás acreedores, que es a quienes interesa o afecta ese pacto de preferencia, por lo que ellos, prescindiendo de tal estipulación, podrán hacer efectivos sus créditos en igualdad con el contratante" (34).

MOLINARIO enfoca muy bien su punto de vista al respecto afirmando que el privilegio viene a ser una garantía que la ley otorga en ciertas hipótesis debido a la imposibilidad en que se encuentran los contratantes, de asegurar las consecuencias de un contrato determinado. Y como a la ley, por razones de orden superior, le interesa facilitar la celebración de esos contratos, entonces toma muy en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los particulares, viene en auxilio de

ellos y establece a favor de los acreedores los privilegios (35). Hablando de esta excepcionalidad, varios autores califican esta situación como otra de las características esenciales de los privilegios, debido a que *"la ley establece el privilegio como una excepción a la par conditio creditorum ..."* (36), por eso se dice que el privilegio es, aparte de legal, excepcional. En el ya mencionado artículo 982 de nuestro Código Civil se indica el carácter legal del privilegio.

2. Son accesorios

El privilegio considerado en sí mismo, a pesar de crear orden de prelación, está desprovisto de contenido propio; necesariamente

"Es preciso que los particulares realicen un contrato y que éste origine un crédito a favor de uno de los contratantes, para que si ese crédito goza del favor de la ley, encaje dentro de alguno de los privilegios" (37).

Podemos observar que el privilegio carece de autonomía y de existencia independiente, por lo tanto al ser accesorio a un crédito es algo meramente adjetivo y carente de sustantividad. Aun cuando MOLINARIO considere que la accesoriedad es una característica esencial puesto que ella es consustancial al concepto mismo del privilegio, *"no debe figurar en el cuerpo del Código en forma expresa"* (38). A pesar de ello nuestro Código expresamente remite a tal accesoriedad diciendo que *"la venta o cesión de un crédito comprende sus accesorios, como las fianzas, prendas, hipotecas o privilegios"* (39). quede de esta forma legalizada la característica intrínseca del privilegio.

3. Engendra una preferencia

Todo privilegio concede al acreedor que se beneficia del mismo, un rango de preferencia sobre otros créditos. Esto por la sencilla razón de que desde el derecho romano el ordenamiento viene considerando que, por razones morales, sociales o económicas, ciertos acreedores deben poder anteponer sus pretensiones a las de los otros (40) y entonces se atribuyen calidades favorables a ciertos créditos en razón de su naturaleza, contenido, origen, forma en que constan, etc. Tal característica no amerita mayor explicación ya que está indisolublemente unida al concepto de privilegio, de tal manera que ella resulta siempre clara y nítida.

4. Son de hermenéutica restringida

Esta última característica está referida a la interpretación sumamente estricta y restringida que hay que hacer de las disposiciones legales que consagran tal institución. Para MOLINARIO

"Esto significa que siendo solamente la ley la que puede crear el privilegio, ni el juez ni el intérprete están autorizados a establecer o introducir otros privilegios, por vía de analogía, sean cuales fueren las circunstancias de semejanza o identidad que pudieran existir entre una situación no prevista y un privilegio consagrado en forma expresa" (41).

Muchos consideran que tal situación debe ser respetada al pie de la letra, es decir, estrictamente, e incluso se han atrevido a decir que

"No es posible crear un solo privilegio por vía de analogía, por más que la equidad y la justicia así lo aconsejen, pues es preferible una solución injusta al desorden jurídico que significaría el quebrantamiento de la institución y del sistema legal que la reglamenta" (42).

Lógicamente, tal posición se aparta de los valores fundamentales del Derecho, como lo son la equidad y la justicia, para perpetrarse en una mentalidad estrictamente legalista, pero en última instancia no debe olvidarse que se hace en pro de la sociedad misma. Lo restricto se refiere a la forma de aplicarse, ya que *"no hay que olvidarse que importan una excepción al principio según el cual todos los acreedores deben ser colocados en un pie de estricta igualdad"* (43), ya mencionados anteriormente (44).

B. Característica natural

Un carácter natural de un determinado instituto jurídico, es aquel que, si bien derivado de la institución, su existencia no es condición de vida para la misma, sino que más bien permite su identificación dentro de un régimen jurídico determinado. Por así decirlo, tiene un carácter relativo y no universal, como sí lo poseen los caracteres esenciales. Pues bien, esa característica natural, y la única de los privilegios, es la indivisibilidad.

El primero que habló de la indivisibilidad fue DUMOULIN en su famoso *"Estricatio labyrinthi divi dui et individui"*, la cual puede definirse como *"... la cualidad de la institución de garantía, en virtud de la cual la totalidad de los casos o de la cosa, así como también cualquiera de las partes de cualquier de ellas, que se encuentran afectadas, lo están hasta tanto el o los créditos a los cuales la institución accede, no hayan sido satisfechos íntegramente"* (45).

Y lógicamente, se le atribuye la indivisibilidad a los privilegios por ser una institución de garantía, al igual que se le atribuye a la prenda y a la hipoteca.

"El mismo (privilegio) importa que solo el pago íntegro del crédito libera el bien mueble gravado por la prelación; por consiguiente, el pago parcial no libera, ni siquiera en parte, el mueble gravado" (46).

No debe olvidarse que tal regla también es aplicable a los inmuebles, por ejemplo, en los privilegios especiales.

IV. FUNDAMENTO JURIDICO

A través del fundamento jurídico, se trata de averiguar cuáles fueron las razones que movieron al legislador para crear tal institución, de lo contrario la misma hubiera aparecido consagrada en la ley. Los diversos autores que se han ocupado del asunto no han usado un criterio, de ahí que, como una referencia al mismo, hemos elegido exponer la doctrina de MOLINARIO el cual dice que,

"El legislador, en presencia de una contratación que resulta ser irregular porque debido a las circunstancias de hecho el acreedor carece prácticamente de libertad para exigir o no la constitución de una seguridad personal o real que garantice el cumplimiento efectivo de la obligación por parte del deudor, cuando el contrato resulta ser interesante desde el punto de vista económico o social para la colectividad, acuerda al crédito un privilegio" (47).

De ahí se desprende que el privilegio es una garantía establecida supletoriamente por la ley a favor de determinados acreedores y viene a desempeñar el papel que en la contratación absolutamente regular juegan las distintas clases de fianzas, la hipoteca, la prenda con registro y la anticresis. Dentro de la gama de autores, encontramos uno que en nuestro criterio expone claramente el fundamento jurídico del privilegio al decir que

"La creación de los privilegios debe responder a ciertos casos verdaderamente excepcionales, justificados con razones tan fuertes que hagan posible romper la igualdad entre los acreedores, base del crédito y cimiento sobre el cual reposa todo el derecho de las obligaciones" (48).

Sin embargo, con la institución en estudio no se pretende proteger exclusivamente el interés del acreedor, sino que también se toma en cuenta el interés del deudor ya que *"... al dispensar una mayor protección al acreedor se favorece al deudor, ya que o bien se le facilita la celebración de un contrato, que de no mediar esa circunstancia, no se habría realizado"*. (49).

V. NATURALEZA JURIDICA

Al establecer la naturaleza jurídica de una determinada institución, se pretende fijar su esencia misma indicando sus elementos constitutivos y la forma como estos se exteriorizan, asimismo se trata de identificar la categoría de derecho a que pertenece. Es bien sabido que los derechos patrimoniales se dividen en dos grandes grupos: los derechos reales y los derechos personales. El problema ha girado en torno a ellos dos, es decir, en cuál de los dos se ubican los privilegios. Mucho se ha discutido al respecto y así hay quienes sostienen que son verdaderos derechos reales; otros afirman que son simples derechos creditorios. La situación se agrava aun más cuando hay quienes, destruyendo la unidad de la institución, colocan algunos dentro de una categoría y otros dentro de otra; por último otra tendencia los ubica como un grupo autónomo frente a las dos categorías clásicas de los derechos patrimoniales, asimilándose a la hipoteca, la prenda y la anticresis.

Para evitar confusiones, debemos hacer una breve distinción entre los derechos reales (3) y los creditorios. Para los autores clásicos el derecho real viene definido por la inmediatez. *"Es un derecho que recae directa e inmediatamente sobre una cosa y genera una relación directa de la persona con la cosa" (51).*

Para AUBRY ET RAU el derecho real se da *"... cuando una cosa se encuentra sometida total o parcialmente al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata oponible a toda otra persona" (52).*

Notamos que en ambos conceptos los autores no discrepan. Por el contrario,

"... los derechos de crédito o derechos personales suponen una relación entre dos personas y no recaen directamente sobre las cosas, sino que en ellos el titular del derecho lo único que tiene es una facultad para exigir una conducta del sujeto pasivo o deudor" (53).

Entre los partidarios que consideran al privilegio como un derecho real están: SEGOVIA (54), SALVAT (55), MAZEAUD. Es importante retomar la idea que MAZEAUD expone, ya que de ella surgirá claramente la naturaleza jurídica del privilegio. Dice MAZEAUD:

"Si se admite que todos los privilegios llevan consigo el derecho de persecución, el privilegio, por conceder entonces el derecho no de preferencia y el derecho de persecución, parece como un derecho real, y no como un simple refuerzo de un derecho de crédito". (56)

Y es que para este autor los privilegios conllevan el derecho de persecución, por lo cual discrepan con otros autores,

que consideran que no son derechos reales, precisamente porque "... les falta la característica esencial del *ius persequendi*, puesto que sólo puede hacerse valer en el patrimonio del deudor ..." (57).

Pasa algo muy diferente con los privilegios especiales que han sufrido una evolución que los aproxima a las hipotecas (58), y quizás de ahí derive la confusión. Tendremos oportunidad de hablar sobre ello en nuestro próximo capítulo.

Entre los que consideran al privilegio como un derecho creditorio, podemos distinguir entre varios, a CORDEIRO y MOLINARIO. Para el primero, los privilegios son derechos personales, y solo por excepción los derechos reales importan privilegios cuya situación no puede confundirse con la de los otros privilegios (59). Para el segundo, la razón de ser derechos personales se encuentra

"... en la circunstancia de tratarse de un derecho accesorio que, en principio, por aplicación de la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal ha de participar forzosa y necesariamente de la naturaleza del derecho al cual accede, que un derecho de índole exclusivamente personal" (60).

Además de estas clásicas posiciones podemos distinguir una tercera posición que CORDEIRO ha llamado la corriente moderna. Esta corriente es la que siguen JULIEN BONNECASE, JORGE JOAQUIN LLAMBIAS y LACRUZ BERDEJO. Para ellos,

"... el privilegio no es un derecho, sino más bien la calidad de un derecho o mejor aun la propiedad de un derecho en el sentido científico y filosófico de la palabra". (61).

Esto significa que para BONNECASE, los privilegios no son derechos reales, ni personales, lo que la doctrina moderna ha considerado como cualidades, de modos de ser de ciertos créditos que les atribuyen determinada prelación de cobro (62).

VI. CLASIFICACION DE LOS PRIVILEGIOS

Para lograr un mejor estudio acerca de un instituto jurídico es preciso que este pueda dividirse. Así sucede con los privilegios, los cuales se dividen en privilegios generales y especiales, y según sea tal clasificación será completamente distinto el régimen jurídico que los regirá en ciertos aspectos.

A. Privilegios generales

Los privilegios generales se caracterizan por concederle al acreedor que se beneficia del mismo, un rango de preferencia sobre una masa de bienes. Tres aspectos distintivos son: (63)

- Solo pueden funcionar en los supuestos de liquidación coercitiva del patrimonio del deudor, ya sea por concurso civil o por quiebra (64).
- El titular de un crédito con privilegio general debe esperar los resultados del concurso o de la quiebra.
- El crédito dotado de privilegio general no devenga intereses a partir de la apertura del concurso o de la declaración de quiebra.

B. Privilegio especial

El privilegio será especial cuando el crédito ha nacido con ocasión o por motivo de una cosa que puede ser perfectamente individualizada. En el derecho romano solo existieron los privilegios de carácter general; los privilegios especiales no existían como tales, sino que actuaban bajo la forma de "hipotecas privilegiadas". Se caracterizan los privilegios especiales porque:

- Sólo pueden hacerse valer en la ejecuciones individuales, por vía de tercera de mejor derecho (63).
- El titular de un crédito privilegiado de carácter especial puede ejecutar sus créditos con total independencia del concurso general.
- Para aquel crédito dotado con privilegio especial, los intereses continúan devengándose hasta el día en que se hacen efectivos los créditos respectivos.

VII. GRADUACION DE LOS PRIVILEGIOS

La teoría de los privilegios presenta dos aspectos: a) determinar cuales son los créditos que han de ser privilegiados; b) cuál será el orden que han de tener los unos respecto de los otros.

Este último aspecto es el que se refiere a la gradación de los privilegios o más comúnmente llamada "prelación", básicamente se trata de saber si los privilegios generales han de tener preferencia sobre los especiales o viceversa; aspectos que serán analizados con profundidad más adelante.

VIII. EXTINCION

Debe entenderse por "medios de extinción" de los privilegios, los diversos hechos y actos jurídicos que traen como consecuencia la desaparición de la preferencia conferida por la ley (66). Por razones de conveniencia los medios de extinción se han clasificado en dos grupos. 1) medios de extinción directos: atacan al privilegio mismo, haciéndolo desaparecer con independencia total y absoluta de la subsistencia del crédito al cual accede (67); ellos son: pago, novación, compensación, transacción, confusión, renuncia de los derechos de acreedor, remisión y la imposibilidad de pago; 2) medios de extinción indirectos: es aquella causa que extingue el crédito y a consecuencia de la cual se produce la desaparición del privilegio, dado el carácter de accesorio que este reviste respecto de aquel (68). Estos son los casos: a) renuncia del privilegio, hecha por el beneficiario del mismo, b) destrucción de la cosa del patrimonio del deudor, c) salida de la cosa del patrimonio del deudor, d) pérdida de la posesión de la cosa por parte del acreedor, e) absorción del precio de la cosa objeto del privilegio por otros créditos privilegiados.

CAPITULO II LOS CREDITOS PRIVILEGIADOS ESPECIALES Y LA PRELACION DE CREDITOS

Corresponde seguidamente analizar la especialidad que presentan algunos créditos con respecto a otros y orden de prelación que necesariamente debe seguirse para la satisfacción del interés del acreedor. El análisis está hecho con base en la legislación costarricense, principalmente, y otras legislaciones extranjeras.

SECCION I LOS CREDITOS PRIVILEGIADOS ESPECIALES

La doctrina califica a los créditos privilegiados según que pesen sobre la totalidad del patrimonio del deudor o solo sobre determinados bienes, surgen así las categorías mencionadas de créditos privilegiados generales y especiales, también conocidos en la doctrina española como créditos simplemente privilegiados y créditos singularmente privilegiados, respectivamente (69). Debido a su función, el privilegio especial se separa en gran parte de la disciplina del privilegio general; de acuerdo con MESSINEO el privilegio especial tiene una función más penetrante "lo que lo convierte en un instituto en gran parte diverso, no obstante la identidad del nombre (del privilegio general)". (70)

I. DEFINICION

La definición que da la mayoría de los autores consta de pocas palabras y ha sido recogida por algunos códigos. Puede verse su influencia en el Título VIII Capítulo IV del Libro de las Obligaciones de nuestro Código Civil: "De los Créditos con Privilegio sobre determinados bienes". El elemento esencial de la definición del privilegio especial lo es su relación, no con el total patrimonio del deudor sino con un sector o sectores determinados de ese patrimonio. De gran calidad es la definición que da CORDEIRO ALVAREZ.

"El privilegio especial es aquel que tiene afectado uno o varios bienes particulares, dentro del patrimonio del deudor, en garantía de su crédito. El concepto doctrinario y legal de éstos no está vinculado a la idea de unidad y pluralidad sino a la determinación de los bienes afectados" (71).

II. PRINCIPALES CARACTERISTICAS

Dentro de los caracteres distintivos que presentan los privilegios especiales podríamos señalar dos como los más importantes, ellos son: la relatividad y su no supeditación a la declaratoria de insolvencia y apertura del concurso.

A. Relatividad

El privilegio especial está referido a determinados bienes dentro del patrimonio del deudor, esto los distingue de los privilegios generales, pero doctrinariamente hace surgir la discusión sobre la diferenciación de las garantías reales. Los mecanismos de determinación de los bienes sobre los que recae el privilegio especial son dados por la ley. Por ejemplo el artículo 993 inciso 4º del Código Civil establece los bienes sobre que tiene privilegio para el pago de su crédito el acreedor que teniendo derecho de retención lo haya usado; el valor de la cosa o cosas detenidas. Esta característica del privilegio especial surge de su fundamento (72) y tiene importantes efectos: "...el privilegio especial... tiene una función más penetrante, puesto que es diversa la situación creada por la ley a los bienes sobre los cuales el privilegio especial se ejerce; aquí -respecto del privilegio general- se agrega a la prelación una función de garantía real". (73)

B. No está circunscrito a la declaratoria de insolvencia y apertura del concurso

Debido a la especialidad, determinación o relatividad del privilegio especial, el acreedor no solo puede hacerlo valer en el concurso, sino que puede hacerlo efectivo en aquellos casos en que existe peligro de que el bien sobre el que recaiga su privilegio, pueda llegar a desaparecer del patrimonio de su deudor, con lo que quedaría convertido en un acreedor común.

Un caso que demuestra lo anterior es la tercería excluyente de preferencia, cuya pretensión es hacer valer la preferencia de un tercero a la relación procesal (juicio ejecutivo) ya que su crédito es privilegiado con respecto al bien o bienes objeto de la ejecución (arts. 492 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles). La razón de la no circunscripción del privilegio especial al concurso es que no otorga reipersecutoriedad; una vez que el sustrato del privilegio especial abandone el patrimonio del deudor su acreedor privilegiado queda convertido en acreedor simple.

III. RAZON DE SER DE LOS PRIVILEGIOS ESPECIALES

Está en la estrecha relación del crédito privilegiado con el bien o bienes sobre los que recae. Siempre se toma en cuenta para la asignación de un privilegio "el origen particular de determinados derechos de crédito", esto es válido para los créditos privilegiados especiales. Las relaciones que justifican un privilegio especial han sido divididas por los autores en grupos típicos; por ejemplo, MAZEAUD, refiriéndose a los créditos privilegiados inmobiliarios los divide de la siguiente manera: (74)

1. Aquellos cuya causa es la idea de una prenda tácita. Caso del arrendador de un inmueble sobre los bienes introducidos en él por el deudor. Coincide con la existencia de este privilegio la doctrina nacional:

"...En garantía del pago de rentas o alquileres vencidos, goza el arrendador de prenda tácita sobre los objetos con que el arrendatario haya amueblado, guarnecido o provisto la finca o cosa que tenga en arrendamiento...; en la frecuencia y facilidad con que los propietarios de los inmuebles que se dan en arrendamiento son defraudados por los arrendatarios en cuanto al pago de alquileres, halla cumplida justificación el privilegio que les otorga la ley sobre el valor de los objetos antes mencionados". (75)

2. Basados en el ingreso o conservación de un valor en el patrimonio del deudor. Si no existiera este privilegio se daría un enriquecimiento injustificado de los otros acreedores en sus expectativas de ser satisfechos. (76) Casos típicos, privilegio del conservador y privilegio del vendedor que no recibe pago simultáneo por la cosa que ingresó al patrimonio del deudor. Pero en nuestro ordenamiento estos créditos no son privilegiados especiales, sino privilegiados generales: deudas de la masa según el art. 990 inc. 1º in fine del Código Civil y el inc. 4º ibidem.

Los privilegios especiales sobre inmuebles también se basan en causales muy especiales, el principal en nuestro derecho, art. 993 inc. 1º, en la dependencia que tienen los entes públicos, principalmente el Estado, del cobro de los impuestos para financiar sus presupuestos.

IV. DIVISION

La división de los privilegios en mobiliarios e inmobiliarios proviene de la antigua división de las cosas inmuebles y muebles, conocida ya por los romanos:

"Cosas inmuebles, como su etimología lo indica, son las que no pueden ser movidas, trasladadas de un lugar a otro. Cosas muebles, son las móviles, las trasladables". (77)

Los inmuebles lo son por naturaleza (art. 254 CC), por ejemplo las tierras; o por disposición de la ley (255 CC), por ejemplo todo lo que esté unido a los edificios y construcciones de una manera fija y permanente. Todas las demás cosas son muebles (art. 256 CC). Para la definición de los subtipos de créditos privilegiados especiales, solo basta con restringir la definición de crédito privilegiado especial de la siguiente manera:

1. Crédito privilegiado especial mobiliario. Es el que tiene el arrendador con respecto a determinados bienes muebles (uno o varios) del patrimonio del deudor.
2. Crédito privilegiado especial inmobiliario. Es el que tiene el acreedor con respecto a determinados bienes inmuebles (uno o varios) del patrimonio del deudor.

V. LOS CREDITOS PRIVILEGIADOS ESPECIALES DE NUESTRO CODIGO CIVIL (ART. 993 CC)

Los créditos que en muchas legislaciones son privilegiados especiales no lo son en la nuestra. Ya ha sido citado el caso del privilegio del conservador. (78) Este punto se va a limitar al análisis de los privilegios especiales presentes en el citado artículo; además, tratará de la distinción entre los créditos privilegiados especiales y las garantías reales.

A. El privilegio del Fisco

Inciso 1º: El Fisco y los municipios por los impuestos que correspondan al año precedente a la declaración de insolvencia, sobre el valor de las cosas sujetas a dichos impuestos. Este es un privilegio que puede caer tanto sobre inmuebles sujetos a tributo—verbigracia una finca— como sobre muebles, en la misma situación se encuentra un vehículo. La justificación de este privilegio no presenta grandes diferencias de un autor a otro. Para CORDEIRO es la siguiente:

"...es uno de aquellos casos en que el privilegio se otorga dada la calidad del acreedor, ya que la formación del tesoro fiscal resulta indispensable para que el poder público pueda realizar la gestión de los intereses colectivos que le está encomendada...". (79)

El privilegio del fisco es especial cuando se refiere al año precedente a la declaración de insolvencia con respecto a los impuestos vencidos y no pagados, no son privilegios especiales, sino deudas de la masa (créditos privilegiados generales), según el art. 990 inc. 6 del Código Civil: *Las deudas provenientes de impuestos fiscales hasta su extinción y los impuestos municipales corrientes* (reformado por ley N° 249 del 22 de agosto de 1934). La ubicación de este privilegio en el inc. 1° de este artículo lo favorece, para efectos de prelación entre créditos privilegiados especiales, punto que se desarrollará posteriormente. (80)

B. Las garantías reales

Inciso 2: el acreedor hipotecario sobre el valor de la cosa hipotecada.

Inciso 3: El acreedor pignoraticio, sobre el valor de la cosa dada en prenda.

La hipoteca y la prenda son derechos reales de garantía, constituyen un privilegio en sentido amplio, pero no en el sentido técnico jurídico del término privilegio. El mismo Código Civil hace diferencia entre las garantías reales y los privilegios, por ejemplo en el art. 1109. La concepción de la hipoteca y la prenda como "privilegios" (sensu strictu) no es aceptada hoy en día por la mayoría de los autores:

"...el privilegio difiere de ambas, ya sea porque funcione únicamente en los casos y dentro de los límites minuciosamente indicados por la ley... ya sea porque no tiene un objetivo (o no tiene una finalidad esencial) de garantía. Es siempre una causa de prelación de un crédito respecto de otro...". (81)

Para Lacruz Berdejo: *"Lo peculiar del crédito hipotecario o pignoraticio no es, en suma, el privilegio sino la garantía: el derecho real y no la preferencia para cobrar de un deudor"*. (82)

Por su parte, MOLINARIO opina que: *"...Los privilegios tienen el carácter de accesorios y como... lo accesorio sigue a lo principal, ha de participar forzosa y necesariamente de la naturaleza del derecho del cual accede, que es un derecho de índole exclusivamente personal (la hipoteca, la prenda, siendo derechos accesorios no por eso dejan de ser derechos reales)"*. (83)

Si bien la prenda y la hipoteca no son privilegios en el sentido estricto, no por ello dejan de estar privilegiados los acreedores garantizados con prenda e hipoteca para cobrarse con el producto de la venta de la cosa hipotecada, por esto resulta útil su inclusión en este artículo, ya que se establece un crédito de prelación para cuando concurren acreedores con créditos privilegiados especiales sobre un bien, y al mismo tiempo, acreedores prendarios o hipotecarios.

C. El privilegio de quien ejerció su derecho de retención

Inciso 4: Los acreedores que teniendo el derecho de retención hayan usado ese derecho sobre el valor de la cosa o cosas detenidas. Se ha criticado su carácter de privilegio en sentido estricto por razones similares a las de la prenda y la hipoteca:

"...El privilegio puro no es un derecho subjetivo, y está desprovisto del carácter de la realidad que, en cambio, como veremos, es propio de los derechos de prenda e hipoteca; los privilegios posesorios que tienen el carácter de la realidad no son privilegios en sentido técnico, sino casos de prenda legal". (84)

(Esta crítica podría hacerse también al privilegio del locador: inciso 5).

MAZEAUD acepta más la idea de la extensión de los principios de la prenda, por analogía, a los privilegios especiales, que la existencia de una prenda tácita o legal, extensión general y no válida únicamente para este grupo de privilegios.

"En la mayoría de los casos en que los acreedores obtienen un privilegio especial, basado en un contrato tácito de prenda tal convención es pura ficción. Los principios de la prenda no dejan de dominar por ello en la reglamentación de estos privilegios. No deja de ser menos cierto además para los restantes privilegios especiales, para aquellos en los que no se ha acudido a la ficción de constitución de prenda". (85)

Son varios los casos en que nuestro derecho privado da a los acreedores el derecho de retención, derecho por cuanto puede ser ejercido o no por su titular, y cuyo uso es presupuesto de esta clase de privilegios especiales inmobiliarios. Ejemplos:

1. El poseedor de buena fe, en caso de reivindicación, tiene este derecho hasta que se le pague el precio que desembolsó y los gastos de conservación en que incurrió. (art. 329 CC).
2. El que ha ejecutado una obra sobre una cosa mueble tiene el derecho de retención hasta que se le pague. (art. 1195 CC).
3. El comodatario puede retener la cosa (objeto de la prestación del contrato de comodato) hasta que se le paguen los gastos en que incurrió para la conservación de la cosa (art. 1337 CC).

4. El depositario goza del derecho de retención con respecto a su derecho de que el depositante le pague los gastos y pérdidas derivados de la conservación de la cosa depositada (art. 1357 CC).
5. En el depósito mercantil, el depositario puede ejercer el derecho de retención hasta que le sean retribuidos sus servicios (art. 522 CCo).

D. Privilegio del locador (arrendante)

Inciso 5: El arrendador de finca rústica o urbana, por el monto de lo que por arriendo se le adeude hasta la terminación de este, sobre el valor de los frutos de la cosa arrendada, existentes en la finca o en la masa y sobre el de todos los objetos con que el arrendatario lo haya provisto. La historia de este privilegio se remonta al derecho romano:

"La prenda (pignus) consistió al principio en la simple entrega de la tenencia de una cosa mueble o inmueble al acreedor... Este inconveniente se superó a través de la evolución de la garantía de la relación contractual entre un locador y un conductor (locatario) de fundos. Era costumbre que los esclavos y otros elementos necesarios para la agricultura introducidos por el locatario en el fundo arrendado fueran vinculados en pignus para la garantía de alquiler". (86)

Este inciso se debe concordar con el art. 1143 del C.C. y 701 del CPC. La justificación de este privilegio está en dar una protección al contrato de arrendamiento, en el que se dan a menudo situaciones litigiosas, entre ellos fraude al locador (arrendante).

"La finalidad de que los hombres encuentren a su alcance una casa donde vivir o una finca donde trabajar determinó, en todo tiempo, el uso reiterado del contrato de arrendamiento. Sin embargo, si la ley no hubiera protegido suficientemente al locador, otorgándole las garantías necesarias para el cobro de sus créditos, seguramente este contrato no hubiera alcanzado la difusión que ha tenido permanentemente". (87)

Dada su base, el uso de este privilegio ha generado una gran cantidad de jurisprudencia, la cual ha dicho que:

"Si el arrendante pretende que se declare privilegio a su favor sobre los bienes del inquilino que se encuentren en el inmueble de aquel, en virtud de que no se le han pagado unos alquileres vencidos, procede confirmar la resolución que denegó esa gestión, toda vez que la misma al igual que la liquidación y el cobro de esas rentas, deben ser tramitadas en la vía incidental". (88) (1979. Tribunal Superior Civil. N° 1018 de las 17:05 hrs. del 26 de setiembre. Desahucio de FDB c/ITSA).

Esta sección, que comenzó con el tratamiento general de los privilegios especiales, finaliza con el análisis de los privilegios especiales contenidos en el art. 993 del Código Civil.

En la siguiente sección se tratará de la prelación de créditos, aspecto muy importante de este trabajo porque consiste en ver a los privilegios desplegando su función.

Art. 981: Todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas...

Art. 982: Si los bienes no alcanzan a cubrir todas las deudas, deberán pagarse éstas a prorrata, a menos de tener alguno de los acreedores un motivo legal de preferencia. En esta hipótesis se ubica también el caso de acreedores privilegiados que no quisieron, o no pudieron, hacer valer su privilegio y que por tanto concurren como acreedores comunes.

E. Concurrencia de acreedores donde al menos uno es privilegiado y al menos uno es común (quirografario)

A diferencia de la hipótesis anterior, aquí surge necesariamente la prelación de créditos. Un primer aspecto es claro: los créditos privilegiados son preferentes a los comunes, esto con base en el citado art. 982 del CC, lo que es reafirmado por el art. 618 del CPC. Doctrinariamente este aspecto tampoco presenta dudas.

"...cuando el choque se produce con un crédito no privilegiado no hay conflicto posible: privilegio es, por excelencia, primacía sobre los créditos quirografarios". (90)

El segundo aspecto, eventual y cuyo análisis requiere un cuidadoso orden es el de la prelación de créditos privilegiados en sentido amplio (créditos privilegiados en sentido estricto y créditos garantizados por garantías reales).

VI. LA PRELACION ENTRE CREDITOS PREFERENTES

Los problemas que han de resolverse en este punto son:

1. La prelación entre créditos privilegiados generales
2. Los acreedores superprivilegiados.
3. La prelación entre créditos privilegiados especiales y créditos privilegiados generales.
4. La prelación entre créditos privilegiados especiales y entre estos y las garantías reales.

A. Los superprivilegios

Los superprivilegios que existen en nuestro país pertenecen a los créditos privilegiados generales. La característica de los superprivilegios es que aquellos acreedores beneficiados con ellos son preferidos no solo a los acreedores comunes, sino que también a los acreedores privilegiados, incluso con créditos privilegiados especiales. La fuente sustancial de estos privilegios se encuentra en la necesidad de proteger a los menos fuertes y satisfacer las necesidades básicas del ser humano, coincidiendo con lo anterior su fuente formal son leyes de gran contenido social, el Código de Familia y el Código de Trabajo. Incluso entre superprivilegios existe prelación, el crédito por deudas alimentarias es preferido al privilegio de las deudas laborales.

1. El crédito por deudas alimentarias

Este privilegio estuvo regulado anteriormente en la "Ley de Pensiones Alimenticias", pero al promulgarse el Código de Familia este privilegio pasa a ser regulado en este cuerpo legal. "Artículo 158: la deuda alimentaria tendrá prioridad sobre cualquier otra, sin excepción". (el subrayado es nuestro). En la citada Ley de Pensiones Alimenticias existe todavía un artículo que claramente demuestra la potencia del superprivilegio en análisis:

"No será obstáculo para el secuestro de las pensiones ordenado por la autoridad respectiva, la existencia de embargos sobre los sueldos ni de venta o cesiones de los mismos; estos solo valdrán en el tanto no cubierto por la imposición alimentaria" (91)

2. El superprivilegio salarial

Anteriormente regulado en el Código Civil, este pasa en 1943 a regularse en la ley específicamente creada para regular las relaciones laborales. Antes del Código de Trabajo, este no era un superprivilegio sino un crédito privilegiado general en igualdad de condiciones que los otros créditos privilegiados generales. En España también se da el rango de superprivilegio al crédito salarial:

"...los créditos por salarios, por los últimos 30 años de trabajo, y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque este se encuentre garantizado por prenda o hipoteca". (92)

Nuestra regulación es muy diferente a la española, por ejemplo el art. 175 del Código de Trabajo elimina limitaciones de tiempo o monto al privilegio salarial, además el art. 33 ibidem lo extiende a otras deudas que benefician al trabajador pero que no son laborales. Por su importancia citamos los mencionados artículos:

"Art. 33: Las indemnizaciones previstas en los artículos 28, 29 y 31 procederán también cuando el patrono liquide o cese en sus negocios, voluntariamente o no. En caso de insolvencia, concurso, quiebra, embargo, sucesión u otros similares, gozarán los créditos que por estos conceptos correspondan a los trabajadores de un privilegio especialísimo sobre todos los demás acreedores de la masa, excepto los alimentarios; y el curador, depositario, albacea o interventor, estarán obligados a pagarlos dentro de los 30 días siguientes al reconocimiento formal que ellos o los tribunales de trabajo hagan de dichos créditos, o en el momento en que haya fondos si al vencerse este plazo no los hubiere del todo". (93)

Los artículos 28, 29 y 31 mencionados en la cita anterior se refieren respectivamente al preaviso, al auxilio de cesantía y a los daños y perjuicios derivados de un contrato laboral a término fijo o por obra determinada al que el patrono pone fin sin justa causa.

"Art. 175. En los casos a que se refiere el concepto segundo del art. 33, se hará extensivo el privilegio que ahí se establece a los créditos por salarios devengados, sin limitaciones de suma ni de tiempo trabajado, ya sea que el trabajador continúe o no prestando servicios". (94)

B. La prelación entre créditos privilegiados especiales y entre estos y las garantías reales

Estos dos problemas son resueltos por el art. 994, pero valga decir que con respecto a los privilegios especiales y las garantías solo son preferentes los superprivilegios, sin olvidar que los acreedores que gozan de privilegio especial tienen la responsabilidad establecida en el art. 992 párrafo 2º con respecto a los deudores del art. 990 inciso 1º. Establece el art. 994:

"Los créditos a que se refiere el artículo anterior -créditos privilegiados especiales y garantías reales- se excluyen entre sí, y en caso de haber varios acreedores con privilegio especial sobre determinada cosa, deberán pagarse por el orden en que están expresados sus privilegios en dicho artículo".

El orden es el que ya ha sido indicado: 1. El crédito del Fisco y los municipios; 2. El del acreedor con hipoteca; 3. El del acreedor con prenda; 4. El de quien usó su derecho de retención; 5. El del locatario. Una vez pagado el acreedor con crédito privilegiado especial, triunfante sobre los otros, si sobra dinero, se continuará con el siguiente acreedor con privilegio

especial, si no existen más, el dinero sobrante se incorpora a la masa. (96) Si el acreedor con privilegio especial o con garantía real no es pagado (total o parcialmente) con el precio del bien o bienes a los que se refería su privilegio, conserva su derecho a cobrar la totalidad o lo que falte de su crédito como acreedor del concurso. (97)

SECCION II

JURISPRUDENCIA NACIONAL Y LEGISLACION COMPARADA

I. JURISPRUDENCIA NACIONAL

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico la jurisprudencia de los tribunales superiores no vincula a los inferiores, las tendencias jurisprudenciales son, de hecho, de mucho valor para estos. Para los estudiosos del Derecho, la aplicación que de las normas jurídicas hace la jurisprudencia es siempre útil y aclarativa. Hemos de decir que la jurisprudencia respecto al tema de los privilegios es escasa. De la consultada no encontramos una que definiera o al menos aclarara el concepto de privilegio.

Dice el art. 982 de nuestro Código Civil que si los bienes no alcanzan a cubrir todas las deudas, deberán pagarse estos a prorrata, a menos de tener alguno de los acreedores un motivo legal de preferencia. Jurisprudencialmente se ha dicho que en caso de juicios hipotecarios o prendarios, los acreedores deben proceder a la ejecución correspondiente para que se les pague sus créditos de acuerdo con su grado de prelación.

"El art. 485 del Código de Procedimientos Civiles no contempla un caso de acumulación de autos en juicios hipotecarios o prendarios entre sí cuando en ellos se persigan los mismos bienes hipotecarios o pignoralos, sino que impide a los acreedores instaurar por separado la correspondiente ejecución, pues en ese caso deben apersonarse en el proceso que ya se estableció, para que ahí se les pague sus créditos de acuerdo con su grado de prelación, de tal suerte que 'si se plantease una nueva ejecución, el juez que conozca de ella ordenará suspenderla tan pronto llegue a su conocimiento la existencia de la demanda anterior'; este sistema, que se conoce con el nombre de procedimiento de orden y que en otras legislaciones se contempla en el procedimiento por contribución, que se aplica a los acreedores quirografarios para hacer efectivo el principio de igualdad que les garantiza el pago de sus créditos, sin ninguna preferencia entre ellos por razón del embargo, y que está previsto en los artículos 981 y 982 del Código Civil, pero que solo lo realizan dentro del concurso civil, se instituyó por economía procesal como para no hacer más gravosa la situación del deudor. En consecuencia, debe aprobarse lo resuelto por el juzgado a quo en cuanto declara que el citado artículo 485 no autoriza la acumulación de los autos".
(1984. Sala Primera de la Corte; núm 66, de las 15:45 hrs. del 6 de julio. Conflicto de competencia dentro del ejecutivo hipotecario de CRBSA/c/ GOCHSA). (98)

La siguiente cita de la jurisprudencia aclara el principio contenido en el art. 992 párrafo segundo del Código Civil, de acuerdo con el cual los acreedores con un crédito privilegiado especial deben contribuir en el pago de los gastos tendientes a la conservación y liquidación del patrimonio del deudor (privilegio general); esta es una clara relación entre créditos privilegiados generales y especiales. La jurisprudencia es ilustrativa porque explicita el alcance del principio, no solo a los concursos sino que también a las ejecuciones individuales paralelas al concurso de acreedores.

"No es admisible jurídicamente la tesis de que el acreedor separatista únicamente debe satisfacer los gastos de la masa, en el evento de que legalice su crédito, pues aunque ello no ocurra, hasta tanto no se le adjudique y se le haga entrega del respectivo bien, o de su precio, este se beneficia igualmente de todos los actos de conservación y vigilancia que a menudo se llevan a cabo en un concurso, resultando que tan activo es un bien gravado como otro que está libre y todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas.
(1982. Tribunal Superior Segundo Civil. Sec. segunda, N° 864 de las 14:30 hrs. del 30 de noviembre. Diligencias de quiebra de PPSA y otra).

Nuestra legislación acoge, aparte de los privilegios especiales, una serie de superprivilegios. (99) Responden estos superprivilegios a la necesidad de proteger a los menos fuertes y principalmente a satisfacer las necesidades básicas del ser humano. Nuestros tribunales no defraudan tal intención, sino que por el contrario la apoyan y le otorgan al superprivilegio la importancia que reviste. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre tal punto de la siguiente manera:

"Si bien el incidentista fue despedido de su empleo, dejó de ser arrendatario de un local que le producía buen ingreso y tiene grandes deudas, es cierto que recibió el pago de las prestaciones legales y que sus obligaciones como son cuantiosas deudas, más bien constituyen un signo de su gran capacidad económica, lo mismo que su situación puede ser temporal y con ello no se puede la obligación alimentaria, conforme a lo establecido en el artículo 158 del Código de Familia, que la califica como prioritaria, en consecuencia, y tomando en cuenta la situación precaria de la incidentada, lo procedente es revocar la resolución recurrida y declarar sin lugar el incidente de baja de pensión alimentaria".

(1983. Tribunal Superior Segundo Civil. Sec. I, N°um. 696 de las 9:30 horas del 2 de setiembre". (100)

Reafirma la jurisprudencia el carácter especialísimo del privilegio de que gozan los trabajadores en el cobro de aquellos créditos producto de sus derechos garantizados en el Código de Trabajo, por ejemplo el derecho al pago del preaviso. Pero

esta cita señala un privilegio formal que se añade a su privilegio sustancial, la no obligación de estos acreedores de acudir al trámite de legalización de créditos.

"La disposición acordada por la ley de que en caso de quiebra gozarán los créditos de los trabajadores de un privilegio especialísimo sobre todos los demás acreedores de la masa, excepto los alimentarios, sin que sea necesario que agoten el previo trámite de legalización, ni en este ni en ningún otro juicio universal es correcto, en tanto las reclamaciones de esos acreedores fueron acogidas por los tribunales de trabajo, debiendo ser pagados en los términos del artículo 331 del Código de la materia, sin necesidad de ningún trámite adicional de legalización o reconocimiento por parte del resto de los acreedores del concurso.

(1983. Tribunal Superior Segundo Civil. Sec. Segunda. Nº 540 de las 8:30 hrs. del 21 de julio. Diligencias de quiebra de Cía. BTSA). (101)

II. DERECHO COMPARADO

En los anteriores puntos del desarrollo se han citado normas legales pertenecientes al ordenamiento jurídico que estudian los autores citados, en su mayoría argentinos, españoles e italianos. En el presente punto se hace algo diferente y complementario de lo hecho antes, un análisis crítico de la legislación costarricense referente a los créditos privilegiados y a la prelación, a través de su comparación con cuerpos legislativos no tan conocidos, específicamente los códigos civiles colombiano, panameño y puertorriqueño. La materia de los privilegios, principalmente por la antigüedad de los códigos civiles latinoamericanos, es copia fiel de los preceptos contenidos en el Código Civil español, en la mayoría de los casos. La legislación costarricense sigue un desarrollo más aproximado al francés que al español. Dentro de los códigos civiles latinoamericanos, el argentino se distingue por su precisión terminológica; por ejemplo, inicia su desarrollo con el concepto, características y división de los privilegios, artículos 3875 a 3878. (102)

A. Puerto Rico

En su art. 1811, se establece la *par conditio creditorum*. De los artículos 1822 a 1824 se hace la enumeración de los créditos privilegiados, aclaración necesaria debido a que el art. 1825 limita terminantemente la conexión de privilegios a los acreedores. "No gozarán de preferencia los créditos de cualquier otra clase, o por cualquier otro título, no comprendidos en los artículos anteriores". (103)

El orden de enumeración es más lógico que el costarricense. El Código Civil puertorriqueño define en el 1822 los créditos privilegiados especiales mobiliarios. El 1823 los créditos privilegiados especiales inmobiliarios, y el 1824 los créditos privilegiados generales. El Código Civil costarricense define primero los créditos privilegiados generales, artículos 990 y 991, posteriormente define en un solo artículo los créditos privilegiados especiales mobiliarios e inmobiliarios, artículo 993. El orden más lógico sería el contrario, dada la preferencia de los créditos privilegiados especiales sobre los generales.

El sistema de prelación del C.C. puertorriqueño se puede resumir de la siguiente manera: El crédito especial mobiliario excluye a todos los concurrentes sobre el bien; si concurren créditos especiales mobiliarios se prefieren al pignoraticio, luego la fianza y de tercero el de las semillas. Definidos los tres como privilegios, no obstante las críticas doctrinales al carácter estricto de los dos primeros, si confluyen otros privilegios ordinarios se pagan a prorrata. El crédito especial inmobiliario excluye a los demás; en caso de concurrencia entre ellos predominan los del artículo 1823:

- "a) Los créditos a favor del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, o de la correspondiente municipalidad, sobre los bienes de los contribuyentes por el importe de las tres últimas anualidades, y la corriente no pagada de las contribuciones que graviten sobre ellos.
- b) Los créditos por refacción agrícola, en cuanto a los frutos de las fincas objeto de la refacción, según lo determine la ley especial sobre esta materia". (104)

Por tanto, todo crédito privilegiado especial prevalece sobre el general. Si concurren créditos privilegiados generales, se aplica el 1824, siguiéndose su orden de exposición; en el citado artículo Nº 3 subdivisiones d) y f) se contemplan las deudas salariales y alimentarias respectivamente, aunque se caracteriza por estar más restringido su privilegio que en la legislación costarricense, además de la gran diferencia en la escala de prelación. Por último, se satisfacen, de ser posible, los créditos comunes (art. 1829).

B. Panamá

La legislación panameña y la puertorriqueña no se diferencian; el texto de sus artículos es el mismo. Varía su numeración, que va del art. 1659 al art. 1667. Pero una variación importante fue introducida por el art. 14 del D-C-2 de 1955, que concede preferencia de pago al acreedor hipotecario con prelación a todo otro acreedor privilegiado especial inmobiliario. (105) Las principales diferencias de fondo de las dos legislaciones citadas hasta el momento, con respecto a la nacional, son que en Costa Rica los gastos de conservación, reparación, construcción, etc. son "deudas de la masa", mientras que en las legislaciones extranjeras son créditos privilegiados especiales. En la disposición costarricense, el acreedor gana seguridad, debido a que el privilegio general no es relativo, pero pierde las comodidades de la ejecución individuales. Otra importante diferencia es la posición que gozan los acreedores salariales y los alimentarios en las respectivas escalas de prelación. En

nuestro país, los mencionados son acreedores especialmente privilegiados por razones de orden social (Código de Trabajo y Código de Familia). En los sistemas panameño y puertorriqueño sus créditos están sumamente limitados y el grado de prelación es muy bajo.

C. Colombia

El C.C. colombiano divide las causas de preferencia en clases. Distinguirá privilegios e hipotecas. Los privilegios corresponderán a las I, II y IV clases, la II clase comprende los créditos hipotecarios. La primera clase, art. 2495, enumera privilegios generales como los gastos funerarios y los de la última enfermedad, además del salarial entendido en sentido amplio, gracias a una reforma de la ley 165 de 1941, art. 1º (106) y no en el sentido tradicional usado en Panamá y Puerto Rico, o sea, salario de los dependientes y criados. La segunda clase, art. 2497, comprende créditos especiales, el del posadero, el del transportista e incluye el crédito garantizado con prenda. Según el art. 2498, si concurren créditos de primera y segunda clase sobre un bien, prevalecen los de segunda, esto por su especialidad. La tercera clase es la del acreedor hipotecario, art. 2499. Las hipotecas prevalecen sobre los créditos de primera clase. La cuarta clase se refiere a créditos propios de la legislación familiar colombiana, ejemplo de ello son los bienes de la esposa administrados por el marido, los cuales son privilegios especiales inmobiliarios, y conforme con el art. 2506 las preferencias de cuarta clase solo tienen lugar después de cubiertos los créditos de las tres primeras clases. El método usado por la legislación colombiana es una técnica legislativa muy práctica, especialmente para dar las reglas de la prelación, un acierto de la legislación en estudio es el haber distinguido privilegios e hipotecas, por haberlos conservado en un género común, causas de preferencia, art. 2493.

CONCLUSIONES

La existencia de los privilegios crediticios tiene justificación en el interés real de brindar protección a ciertos acreedores para el cobro de sus créditos, solo así es admisible la excepción a un principio general tan importante como la par conditio. Los privilegios no han sido establecidos arbitrariamente, ni pueden serlo convencionalmente; reposan en una base de justicia. Por un lado, protegen a grupos altamente dependientes del cumplimiento de una obligación determinada, por ejemplo los beneficiarios de una deuda alimentaria o los trabajadores que requieren el pago efectivo de un sueldo a cambio de su trabajo. También sirven para que actividades necesarias socialmente, pero comercialmente riesgosas, adquieran atractivo a pesar de sus peligros; por ejemplo el contrato de alquiler y los servicios funerarios. Las reglas de la prelación se darán también tomando en cuenta los mismos intereses sociales e individuales que justifican la creación de un crédito privilegiado.

Los créditos privilegiados especiales tienen las características de todo crédito privilegiado. Son derechos personales, accesorios del crédito, y solo pueden ser creados por ley, pero se distinguen en que dan al acreedor beneficiado una preferencia en relación con determinados bienes muebles o inmuebles que se encuentran dentro del patrimonio de su deudor, dan una preferencia en *relación con*, no *sobre*, y por tanto, para poder hacer valer la preferencia, se requiere que el bien o bienes con los que el acreedor se puede satisfacer preferentemente no hayan dejado de formar parte del patrimonio del deudor. La relatividad del privilegio hace que su ejercicio no se circunscriba a la apertura del concurso o de la sucesión, puede hacerse valer en un juicio ejecutivo por medio de las tercerías, art. 492 Código de Procedimientos Civiles.

Para la prelación, los créditos privilegiados especiales se ubican en una posición similar a otras razones de preferencia como la prenda y la hipoteca. En las reglas de prelación se nota lo que don Alberto Brenes Córdoba llama "la aplicación, con la mayor libertad, de las reglas de la lógica a la materia de las obligaciones". Los créditos privilegiados especiales, precisamente como consecuencia del privilegio de que gozan, son preferentes a los créditos comunes, y debido a su especialidad, prevalece su preferencia ante los créditos que tengan un privilegio general, las garantías reales dan a quienes las tienen estos mismos beneficios, preferencia sobre los acreedores comunes y sobre los privilegios generales. Si concurren acreedores con privilegio especial o con garantía real, el art. 993 del Código Civil, con su orden de exposición, da a la vez el orden en que se excluirán entre ellos al estar en relación con un mismo bien o bienes, el privilegio y la prelación siguen teniendo importancia en las hipótesis de concurrencia de acreedores.

Nuestra legislación sobre los privilegios carece de definiciones, lo que resulta positivo para unos y negativo para otros, pero en todo caso es necesaria una mayor precisión terminológica en el Código Civil, debido a que los términos empleados resultan doctrinalmente anacrónicos; por ejemplo, no se hace una distinción entre los privilegios propiamente dichos y otras causas de preferencia (garantías reales). Falta en el Código Civil o en algún otro cuerpo legal costarricense una exposición clara de reglas sobre la prelación de créditos. Un sistema que resulta muy práctico para la formulación de estas reglas es el del Código Civil colombiano. Es una labor impostergable para los juristas costarricenses evaluar la importancia de los privilegios y decidir, sobre todo en momentos en que se pretende la creación de un nuevo Código Civil, que responda a la realidad y necesidades del país, cuáles créditos deben permanecer en la categoría de privilegiados y cuáles están debidamente justificados para entrar en ella.

esta cita señala un privilegio formal que se añade a su privilegio sustancial, la no obligación de estos acreedores de acudir al trámite de legislación de créditos.

"La disposición acordada por la ley de que en caso de quiebra gozarán los créditos de los trabajadores de un privilegio especialísimo sobre todos los demás acreedores de la masa, excepto los alimentarios, sin que sea necesario que agoten el previo trámite de legalización, ni en este ni en ningún otro juicio universal es correcto, en tanto las reclamaciones de esos acreedores fueron acogidas por los tribunales de trabajo, debiendo ser pagados en los términos del artículo 331 del Código de la materia, sin necesidad de ningún trámite adicional de legalización o reconocimiento por parte del resto de los acreedores del concurso.

(1983. Tribunal Superior Segundo Civil. Sec. Segunda. Nº 540 de las 8:30 hrs. del 21 de julio. Diligencias de quiebra de Cía. BTSA). (101)

II. DERECHO COMPARADO

En los anteriores puntos del desarrollo se han citado normas legales pertenecientes al ordenamiento jurídico que estudian los autores citados, en su mayoría argentinos, españoles e italianos. En el presente punto se hace algo diferente y complementario de lo hecho antes, un análisis crítico de la legislación costarricense referente a los créditos privilegiados y a la prelación, a través de su comparación con cuerpos legislativos no tan conocidos, específicamente los códigos civiles colombiano, panameño y puertorriqueño. La materia de los privilegios, principalmente por la antigüedad de los códigos civiles latinoamericanos, es copia fiel de los preceptos contenidos en el Código Civil español, en la mayoría de los casos. La legislación costarricense sigue un desarrollo más aproximado al francés que al español. Dentro de los códigos civiles latinoamericanos, el argentino se distingue por su precisión terminológica; por ejemplo, inicia su desarrollo con el concepto, características y división de los privilegios, artículos 3875 a 3878. (102)

A. Puerto Rico

En su art. 1811, se establece la *par conditio creditorum*. De los artículos 1822 a 1824 se hace la enumeración de los créditos privilegiados, aclaración necesaria debido a que el art. 1825 limita terminantemente la conexión de privilegios a los acreedores. "No gozarán de preferencia los créditos de cualquier otra clase, o por cualquier otro título, no comprendidos en los artículos anteriores". (103)

El orden de enumeración es más lógico que el costarricense. El Código Civil puertorriqueño define en el 1822 los créditos privilegiados especiales mobiliarios. El 1823 los créditos privilegiados especiales inmobiliarios, y el 1824 los créditos privilegiados generales. El Código Civil costarricense define primero los créditos privilegiados generales, artículos 990 y 991, posteriormente define en un solo artículo los créditos privilegiados especiales mobiliarios e inmobiliarios, artículo 993. El orden más lógico sería el contrario, dada la preferencia de los créditos privilegiados especiales sobre los generales.

El sistema de prelación del C.C. puertorriqueño se puede resumir de la siguiente manera: El crédito especial mobiliario excluye a todos los concurrentes sobre el bien; si concurren créditos especiales mobiliarios se prefieren al pignoraticio, luego la fianza y de tercero el de las semillas. Definidos los tres como privilegios, no obstante las críticas doctrinales al carácter estricto de los dos primeros, si confluyen otros privilegios ordinarios se pagan a prorrata. El crédito especial inmobiliario excluye a los demás; en caso de concurrencia entre ellos predominan los del artículo 1823:

- "a) Los créditos a favor del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, o de la correspondiente municipalidad, sobre los bienes de los contribuyentes por el importe de las tres últimas anualidades, y la corriente no pagada de las contribuciones que graviten sobre ellos.
- b) Los créditos por refacción agrícola, en cuanto a los frutos de las fincas objeto de la refacción, según lo determine la ley especial sobre esta materia". (104)

Por tanto, todo crédito privilegiado especial prevalece sobre el general. Si concurren créditos privilegiados generales, se aplica el 1824, siguiéndose su orden de exposición; en el citado artículo Nº 3 subdivisiones d) y f) se contemplan las deudas salariales y alimentarias respectivamente, aunque se caracteriza por estar más restringido su privilegio que en la legislación costarricense, además de la gran diferencia en la escala de prelación. Por último, se satisfacen, de ser posible, los créditos comunes (art. 1829).

B. Panamá

La legislación panameña y la puertorriqueña no se diferencian; el texto de sus artículos es el mismo. Varía su numeración, que va del art. 1659 al art. 1667. Pero una variación importante fue introducida por el art. 14 del D-C-2 de 1955, que concede preferencia de pago al acreedor hipotecario con prelación a todo otro acreedor privilegiado especial inmobiliario. (105) Las principales diferencias de fondo de las dos legislaciones citadas hasta el momento, con respecto a la nacional, son que en Costa Rica los gastos de conservación, reparación, construcción, etc. son "deudas de la masa", mientras que en las legislaciones extranjeras son créditos privilegiados especiales. En la disposición costarricense, el acreedor gana seguridad, debido a que el privilegio general no es relativo, pero pierde las comodidades de la ejecución individuales. Otra importante diferencia es la posición que gozan los acreedores salariales y los alimentarios en las respectivas escalas de prelación. En

nuestro país, los mencionados son acreedores especialmente privilegiados por razones de orden social (Código de Trabajo y Código de Familia). En los sistemas panameño y puertorriqueño sus créditos están sumamente limitados y el grado de prelación es muy bajo.

C. Colombia

El C.C. colombiano divide las causas de preferencia en clases. Distinguirá privilegios e hipotecas. Los privilegios corresponderán a las I, II y IV clases, la II clase comprende los créditos hipotecarios. La primera clase, art. 2495, enumera privilegios generales como los gastos funerarios y los de la última enfermedad, además del salarial entendido en sentido amplio, gracias a una reforma de la ley 165 de 1941, art. 1º (106) y no en el sentido tradicional usado en Panamá y Puerto Rico, o sea, salario de los dependientes y criados. La segunda clase, art. 2497, comprende créditos especiales, el del posadero, el del transportista e incluye el crédito garantizado con prenda. Según el art. 2498, si concurren créditos de primera y segunda clase sobre un bien, prevalecen los de segunda, esto por su especialidad. La tercera clase es la del acreedor hipotecario, art. 2499. Las hipotecas prevalecen sobre los créditos de primera clase. La cuarta clase se refiere a créditos propios de la legislación familiar colombiana, ejemplo de ello son los bienes de la esposa administrados por el marido, los cuales son privilegios especiales inmobiliarios, y conforme con el art. 2506 las preferencias de cuarta clase solo tienen lugar después de cubiertos los créditos de las tres primeras clases. El método usado por la legislación colombiana es una técnica legislativa muy práctica, especialmente para dar las reglas de la prelación, un acierto de la legislación en estudio es el haber distinguido privilegios e hipotecas, por haberlos conservado en un género común, causas de preferencia, art. 2493.

CONCLUSIONES

La existencia de los privilegios crediticios tiene justificación en el interés real de brindar protección a ciertos acreedores para el cobro de sus créditos, solo así es admisible la excepción a un principio general tan importante como la par conditio. Los privilegios no han sido establecidos arbitrariamente, ni pueden serlo convencionalmente; reposan en una base de justicia. Por un lado, protegen a grupos altamente dependientes del cumplimiento de una obligación determinada, por ejemplo los beneficiarios de una deuda alimentaria o los trabajadores que requieren el pago efectivo de un sueldo a cambio de su trabajo. También sirven para que actividades necesarias socialmente, pero comercialmente riesgosas, adquieran atractivo a pesar de sus peligros; por ejemplo el contrato de alquiler y los servicios funerarios. Las reglas de la prelación se darán también tomando en cuenta los mismos intereses sociales e individuales que justifican la creación de un crédito privilegiado.

Los créditos privilegiados especiales tienen las características de todo crédito privilegiado. Son derechos personales, accesorios del crédito, y solo pueden ser creados por ley, pero se distinguen en que dan al acreedor beneficiado una preferencia en relación con determinados bienes muebles o inmuebles que se encuentran dentro del patrimonio de su deudor, dan una preferencia en *relación con*, no *sobre*, y por tanto, para poder hacer valer la preferencia, se requiere que el bien o bienes con los que el acreedor se puede satisfacer preferentemente no hayan dejado de formar parte del patrimonio del deudor. La relatividad del privilegio hace que su ejercicio no se circunscriba a la apertura del concurso o de la sucesión, puede hacerse valer en un juicio ejecutivo por medio de las tercerías, art. 492 Código de Procedimientos Civiles.

Para la prelación, los créditos privilegiados especiales se ubican en una posición similar a otras razones de preferencia como la prenda y la hipoteca. En las reglas de prelación se nota lo que don Alberto Brenes Córdoba llama "la aplicación, con la mayor libertad, de las reglas de la lógica a la materia de las obligaciones". Los créditos privilegiados especiales, precisamente como consecuencia del privilegio de que gozan, son preferentes a los créditos comunes, y debido a su especialidad, prevalece su preferencia ante los créditos que tengan un privilegio general, las garantías reales dan a quienes las tienen estos mismos beneficios, preferencia sobre los acreedores comunes y sobre los privilegios generales. Si concurren acreedores con privilegio especial o con garantía real, el art. 993 del Código Civil, con su orden de exposición, da a la vez el orden en que se excluirán entre ellos al estar en relación con un mismo bien o bienes, el privilegio y la prelación siguen teniendo importancia en las hipótesis de concurrencia de acreedores.

Nuestra legislación sobre los privilegios carece de definiciones, lo que resulta positivo para unos y negativo para otros, pero en todo caso es necesaria una mayor precisión terminológica en el Código Civil, debido a que los términos empleados resultan doctrinalmente anacrónicos; por ejemplo, no se hace una distinción entre los privilegios propiamente dichos y otras causas de preferencia (garantías reales). Falta en el Código Civil o en algún otro cuerpo legal costarricense una exposición clara de reglas sobre la prelación de créditos. Un sistema que resulta muy práctico para la formulación de estas reglas es el del Código Civil colombiano. Es una labor imposterizable para los juristas costarricenses evaluar la importancia de los privilegios y decidir, sobre todo en momentos en que se pretende la creación de un nuevo Código Civil, que responda a la realidad y necesidades del país, cuáles créditos deben permanecer en la categoría de privilegiados y cuáles están debidamente justificados para entrar en ella.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) CASTAN TOBEÑAS (José). *Derecho civil español común y foral*. Madrid, Reus S.A., 12a. edición, T. II, Vol. II, 1978, p. 188
- (2) *Ibid*, p. 189
- (3) SANCHO REBULLIDA, En: *Antología del curso de Derecho civil de obligaciones I*, Facultad de Derecho de la U.C.R., 1988, p. 6
- (4) CORDEIRO ALVAREZ (Ernesto). *Tratado de los privilegios*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2a. edición, 1969, p. 2
- (5) CASTAN, *op. cit.*, T. III, p. 191
- (6) *Ibid*, p. 194
- (7) LACRUZ BERDEJO, (José Luis). *Elementos de derecho civil*. Zaragoza, Editorial Cometa, Parte General, T. II, Vol. II, 1985, p. 397
- (8) *Código Civil*, de 23 de abril de 1886, San José, Editorial Porvenir, 1985, art. 982.
- (9) LACRUZ, *op. cit.*, p. 387.
- (10) MOLINARIO (Alberto), *Los privilegios en el derecho civil argentino*. Buenos Aires, Editor Valerio Abeledo, 1941, p. 5
- (11) *Ibid*, p. 18
- (12) *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, T. I, p. 303.
- (13) MOLINARIO, *op. cit.*, p. 13.
- (14) LINO RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *Derecho de las Obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1965, p. 258.
- (15) *Código Civil de Costa Rica*, art. 886.
- (16) BRANCA (Giuseppe). *Instituciones de Derecho Privado*, México, Ed. Porrúa S.A., 1a. edición 1978, p. 339.
- (17) MOLINARIO, *op. cit.*, p. 2
- (18) CASTAN, *op. cit.*, T. I., pp. 229-300
- (19) En el mismo sentido véase DE CASTRO Y BRAVO (Federico), *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, s.n.e., T.I y II, 1957, p. 25.
- (20) CABANELLAS (Guillermo). *Diccionario de derecho usual*. Buenos Aires, Bibliografía Omeba, 6a. edición. T. III, 1968, p. 386
- (21) *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. II, p. 241
- (22) CAPITANT (Henry), *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981, p. 172
- (23) LACRUZ, *op. cit.*, p. 388
- (24) MAZEAUD (Henri), *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte III, Vol. I, 1962, p. 180
- (25) MOLINARIO, *op. cit.*, p. 19.
- (26) CASTANTOBEÑAS (José), *Derecho civil español común y foral*, Instituto Editorial Reus, 9a. edición, T. III, 1958, p. 199.
- (27) *Código Civil de Costa Rica*, art. 982
- (28) *Código Civil de Argentina*, Ley Nº 340 de 29 de setiembre de 1869, Buenos Aires, Editor Víctor P. de Zavalía, 1969, art. 3875.
- (29) MOLINARIO, *op. cit.*, p. 31
- (30) MAZEAUD, *op. cit.*, p. 181
- (31) *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. I, p. 306.
- (32) BRANCA, *op. cit.*, p. 340
- (33) MOLINARIO, *op. cit.*, p. 31
- (34) LACRUZ, *op. cit.*, p. 390
- (35) MOLINARIO, *op. cit.*, p. 32
- (36) LACRUZ, *op. cit.*, p. 391
- (37) MOLINARIO, *op. cit.*, p. 34
- (38) *Ibid*, p. 35
- (39) *Código Civil de Costa Rica*, art. 1109.
- (40) LACRUZ, *op. cit.*, p. 387
- (41) MOLINARIO, *op. cit.*, p. 36 y en el mismo sentido LACRUZ, *op. cit.*, p. 391
- (42) *Ibid*
- (43) *Ibid*
- (44) Véase *supra*, pp. 58.59.
- (45) MOLINARIO, *op. cit.*, p. 38.
- (46) MESSINEO (Francesco), *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, s.n.e., 1971, p. 68
- (47) MOLINARIO, *op. cit.*, p. 52
- (48) CORDEIRO, *op. cit.*, p. 20
- (49) MOLINARIO, *op. cit.*, p. 53
- (50) Ver en tal sentido CASTAN, *op. cit.*, T. II, Vol. II, p. 395

- (51) DIEZ PICAZO (Luis) y GULLON (Antonio), *Sistema de derecho civil*, Madrid, Editorial Tecnos, Vol. III, 1977, p. 59.
- (52) MOLINARIO, op. cit., p. 62
- (53) DIEZ, op. cit., p. 39
- (54) CORDEIRO, op. cit., p. 9
- (55) MOLINARIO, op. cit., p. 82
- (56) MAZEAUD, op. cit., p. 182.
- (57) CORDEIRO, op. cit., p. 8
- (58) MAZEAUD, op. cit., p. 8
- (59) CORDEIRO, op. cit., p. 15
- (60) MOLINARIO, op. cit., p. 67
- (61) Ibid, p. 72
- (62) CORDEIRO, op. cit., p. 12.
- (63) MOLINARIO, op. cit., pp. 137-139.
- (64) En la vía de ejecución y liquidación colectiva, el acreedor provoca la liquidación de todos los bienes del deudor, y hace converger a ese juicio a todas las personas que tengan derechos creditorios contra este.
- (65) Ver al respecto LACRUZ, op. cit., p. 39
- (66) La acción individual de los acreedores es aquella que cadauno inicia y prosigue por su propia cuenta y en su exclusivo interés.
- (67) MOLINARIO, op. cit., p. 238
- (68) Ibid
- (69) CASTAN, op. cit., T. III, p. 243
- (70) MESSINEO, op. cit., p. 66
- (71) CORDEIRO, op. cit., p. 503
- (72) Infra, p. 62
- (73) MESSINEO, op. cit., p. 66
- (74) MAZEAUD, op. cit., pp. 226 y 243.
- (75) BRENES CORDOBA (Alberto), *Tratado de los contratos*. San José, Juricentro, 1985, p. 158.
- (76) LACRUZ, op. cit., p. 392.
- (77) DIPIETRO (Alfredo) y LAPIEZA (Angel), *Manual de derecho romano*. Buenos Aires, Depalma, 4a. edición, 1985, p. 135. En igual sentido PEREZ (Víctor), "Objetos, cosas y bienes en sentido jurídico". *Revista Judicial*, San José, Editorial Judicial, N° 15, pp. 108-110.
- (78) Supra, p. 62
- (79) CORDEIRO, op. cit., pp. 106-107.
- (80) Infra, p. 67
- (81) BRANCA, op. cit., p. 339. En igual sentido MESSINEO, op. cit., p. 88
- (82) LACRUZ, op. cit., p. 390.
- (83) MOLINARIO, op. cit., pp. 63-64
- (84) MESSINEO, op. cit., p. 73.
- (85) MAZEAUD, op. cit., p. 246.
- (86) DI PIETRO, op. cit., p. 248.
- (87) CORDEIRO, op. cit., p. 208
- (88) ASAMBLEA LEGISLATIVA, *Ley de inquilinato y disposiciones sobre desahucio*. Anotado y concordado. San José, Juricentro, 1984, p. 333.
- (89) MESSINEO, op. cit., p. 63.
- (90) CORDEIRO, op. cit., p. 49
- (91) *Ley de pensiones alimenticias y sus reformas*, N° 1620 de 5 de agosto de 1953, art. 13.
- (92) *Estatuto de los trabajadores* (España), art. 32 inciso 1, citado por LACRUZ, op. cit., p. 401
- (93) *Código de Trabajo*, 23 de agosto de 1943, San José, Librería Lehman, edición 83-84, art. 33.
- (94) Ibid, p. 65
- (95) *Código Civil de Costa Rica*, art. 992.
- (96) Ibid, art. 995
- (97) Ibid, art. 996
- (98) Corte Suprema de Justicia, *Revista Judicial*, N° 40, San José, Editorial Judicial, marzo, 1987.
- (99) Véase supra, p. 63
- (100) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Revista Judicial*, San José, Editorial Judicial, N° 36, marzo de 1986.
- (101) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Revista Judicial*, N° 36, San José, Editorial Judicial, marzo de 1986.
- (102) *Legislación argentina. Código Civil*, Ley N° 340 del 29 de setiembre de 1869, Buenos Aires, Editor Víctor P. de Zavalia, 1969.
- (103) *Código Civil de Puerto Rico*, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1960.
- (104) *Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Código Civil*.
- (105) *República de Panamá. Código Civil anotado*, de 1° de julio de 1917, Panamá, Editorial de la Universidad, 1960, comentarios al art. 1660.
- (106) *Código Civil de Colombia (anotado)*. Bogotá, Temis, 3a. edición, 1955, pág. 962.

Resolución, rescisión y nulidad

Saúl Araya M.

SUMARIO

Introducción — Capítulo I: Nulidad — Capítulo II: La acción rescisoria; I. Concepto y efectos; II. Legitimación; III. Oponibilidad; IV. Nulidad de pleno derecho — Capítulo II: La acción rescisoria; I. Concepto; II. Clases; III. Efectos frente a terceros — Capítulo III: La acción resolutoria; I. Concepto; II. Campo de aplicación; III. Fundamento de la resolución; IV. Requisitos para su aplicación; V. Efectos generales; VI. Efectos frente a terceros; VII. Excepción de contrato no cumplido; VIII. Causales de exoneración en la resolución; IX. La resolución de pleno derecho.

INTRODUCCION

En vista de la confusión técnica que se registra en nuestro Código Civil, incluso alguna de nuestra jurisprudencia y doctrina sobre las figuras de la resolución, rescisión y nulidad, este trabajo quiere presentar una apretado deslinde del régimen general de cada una de ellas. La presente labor tiene la limitación de que no trata sistemáticamente los diversos problemas como el tema merece, dada la naturaleza del artículo. Se le puede abonar el intento de evitar citas doctrinales innecesarias que enriquecen la exposición. Tampoco se tocan los lugares comunes de las instituciones en comentario. Más bien se buscan las áreas problema y los ámbitos donde se debe amojonar con criterios jurisprudenciales y doctrinales que aclaren el punto.

Las tres figuras son tradicionalmente tenidas como medios de extinción del contrato, por tanto operan dentro de la fase patológica del mismo. Esto no significa que la doctrina no mencione otras formas de extinción, e incluso que a algunas de las anteriores se les niegue ese carácter. Este trabajo toma lugar al respecto y plantea la proposición de que la nulidad no es un modo de extinción de los contratos, como lo pretende nuestro Código Civil. Se busca demostrar que la nulidad es una causal que da lugar a la aplicación de la acción técnica apropiada para extinguir los contratos cuando no se trata de incumplimiento, y ella es la rescisión, como se hará oportunamente:

CAPITULO I NULIDAD

I. CONCEPTO Y EFECTOS

Es la acción por medio de la cual puede invalidarse un contrato por tener en su fase de formación un vicio que lo hace imperfecto y que la ley no tolera. El Código Civil ha establecido los elementos que hacen fe de la validez o de la eficacia de

toda obligación, tales como capacidad de parte de quien se obliga, certidumbre y posibilidad del objeto o cosa que sirva de materia a la obligación (exigibilidad, determinabilidad, posibilidad física y/o legal), justicia de la causa, vicios del consentimiento. De ahí que la nulidad pueda ser absoluta o relativa, dependiendo de la saneabilidad del vicio que la convención contenga. Sus efectos operan retroactivamente.

Sobre la autonomía de la nulidad como *acción* en sí o como *causal* para declarar con lugar una acción rescisoria se volverá más adelante. Por ahora se puede adelantar que el 843 del Código Civil también permite oponerla como excepción, si bien aquí se le prefiere dar el tratamiento como acción. En ambos casos el efecto es el mismo, pues la normativa contractual permite que las partes sean restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (retroacción de efectos) y dispone las reglas para determinar la retroacción eventual.

Para los fines de este estudio, el término *nulidad* comprenderá tanto la absoluta como la relativa de que hablan los artículos 835 y 836 Código Civil, pues en punto a la aplicación de la acción respectiva los efectos son esencialmente semejantes; las diferencias en cuanto a prescripción, subsanación, etc. no son objeto del presente, pero pueden verse en los artículos citados y los siguientes. Asimismo, el término nulidad, tal como se maneja aquí, es suficiente para alcanzar los efectos de la *inexistencia*, figura que ha elaborado la doctrina, más bien que la legislación, pues, en puridad, los alcances vienen a ser los mismos.

Es consecuencia natural de la nulidad que su declaración conlleve la insubsistencia del contrato viciado, retornando las cosas al estado primitivo de actuación previo a la constitución del vínculo obligacional: el propietario recupera la cosa y el comprador el precio pagado, en los contratos de compraventa, por ejemplo. Además, hay que añadir que se debe hacer devolución de los frutos percibidos. El interés dinerario se entiende fruto natural del mismo (así 706 Código Civil).

II. LEGITIMACION

La figura de la legitimación es importante para accionar por una nulidad, sobre todo por el paralelo que encuentra en la *resolución*. Para pedir la nulidad del contrato se necesita tener un *interés* (837 Código Civil). No se refiere a un interés directa o indirectamente derivado del contrato viciado. Para estar legitimado, basta con que el acto nulo pueda llegar a perjudicar un interés jurídicamente tutelable. El comerciante que impugna la validez de un contrato viciado donde otros dos comerciantes constituyen una empresa que le traerá competencia no tiene el interés jurídico a que se refiere el 837.

La legitimación en la acción de nulidad opera así: a) por todo el que tenga interés (algunos hablan de interés legítimo para distinguirlo del interés simple). Debería funcionar de oficio (nulidad absoluta e inexistencia) (837 Código Civil), si se es coherente con el Código Civil, pero ya la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que si el juez concede una nulidad oficiosamente actúa con extrapetencia, pues no puede conceder más que lo pedido por las partes⁽¹⁾; b) por aquel en cuyo favor estableció la ley esa nulidad, o por sus causahabientes, cesionarios o representantes (nulidad relativa).

En la *resolución*, en cambio, solo está legitimada para pedirla aquella parte que no ha incumplido sus deberes contractuales; de ello se desprende que la legitimación para resolver tiene como requisito ser parte en el contrato, primero; y segundo, no encontrarse en situación de incumplimiento. Un penitus extranei (tercero absoluto) no estaría legitimado para pedir una resolución contractual. En la acción rescisoria, está legitimado para pedirla el sujeto (no la parte) perjudicado. De donde puede afirmarse que es característica de la rescisión el hecho de que la legitimación obedece al principio de sucumbencia, en tanto que para la resolución se sigue el criterio de parte contratante. Clara consecuencia de lo que se lleva dicho es que un tercero absoluto respecto de un contrato celebrado por otros sujetos puede pedir la rescisión del mismo, y no necesita legitimarse por ser parte, pues le basta el perjuicio o sucumbencia que padecerá con tal contrato, aparentemente ajeno. Ejemplo de ello lo proporciona nuestro mismo ordenamiento, el cual prevé las acciones de retroacción patrimonial cuando un contrato determinado de traspaso de bienes se hace en perjuicio de acreedores. Y nuestros tribunales han reiterado las sentencias donde se obliga a la rescisión (que no resolución) de los contratos simulados o reales, donde el perjudicado, se repite que siendo un tercero absoluto para ellos, tiene legitimación para pedir su rescisión (rescisión judicial por tercero) por depararle perjuicio. Obsérvese que no podemos hablar de que ese contrato perjudicial para el acreedor sea *resuelto* sino *rescindido*, puesto que, como insistiremos oportunamente, la resolución opera por incumplimiento.

III. OPONIBILIDAD

Respecto de terceros, en tratándose de actos o contratos viciados de nulidad, su inscripción no convalida esos actos o contratos, y eventualmente tampoco perjudica a terceros en cuanto a extinción de un contrato determinado. En otras palabras, los actos o contratos inscritos con vicios, si bien pueden invalidarse, su invalidez no es oponible a terceros de buena fe, en cuanto a los derechos que les hubieren constituido;⁽²⁾ y si bien pueden inscribirse, su registro tampoco afecta derechos adquiridos por terceros de buena fe.

En más simples términos: una vez que se logró que un contrato fuese anulado, si el mismo concedió derechos a terceros que con base en el mismo los adquirieron, el fenecimiento del contrato no les quita esos derechos (les es inoponible la nulidad), siempre que hubieren contratado de buena fe. Ejemplo: el arrendamiento de una fotocopiadora, celebrado entre un representante de la Casa X que no tenía poder para ese acto, y Juan Pérez; el contrato fue anulado por los jueces a pedido del

apoderado generalísimo de dicha empresa, en vista de la falta de capacidad de obrar de parte de quien se obligó (627:1 Código Civil). Pero no puede quitársele la fotocopiadora a Y, quien había contratado con Juan Pérez un subarriendo lícito de la misma, sin tener conocimiento del vicio que existía en el contrato inicial (o bien, habría que pagarle daños y perjuicios). Distinto sería si Y conocía el vicio constitutivo, en cuyo caso su contrato con Juan Pérez sí sería nulo. En consonancia con lo afirmado, la nulidad del contrato entre Juan Pérez y Y puede ser pedida (solamente pedida) por la Casa X, en tanto tiene un interés legítimo para hacerlo, pero difícilmente le será concedida pues la nulidad del convenio entre Casa X y Juan Pérez le es inoponible a Y, dado que obró de buena fe.

Se dijo también que, 'si bien pueden inscribirse, su inscripción tampoco afecta derechos adquiridos por terceros de buena fe', con lo cual se quiere decir que el vicio que lleva en su seno el contrato inscribible no se convalida por la inscripción (excepto si se llega a la figura de la prescripción ordinaria; compárense 838 y 868 Código Civil), y aunque subsista tampoco puede poner en entredicho los derechos de terceros de buena fe que habían contratado sin tener conocimiento del vicio. Ejemplo: el mismo representante de la Casa X, sin tener poder generalísimo (que le permitiría efectuar actos de disposición patrimonial) vende a Juan Pérez un automóvil de su representada. El adquirente lo lleva a inscribir al Registro de Vehículos del Registro Nacional, el registrador no se percata del vicio e inscribe el traspaso. Este acto de inscripción no convalida el vicio, el cual subsiste, pues la venta fue hecha viciadamente. En consecuencia, los derechos de Y, quien posteriormente compró el automóvil a Juan Pérez, no serán invalidados por haber un vicio de nulidad en la compra-venta entre el representante de Casa X y Juan Pérez: así, Y es un adquirente de buena fe. A este tenor es importante revisar el artículo 847 Código Civil sobre oponibilidad e inoponibilidad en relación con la buena fe del tercero contratante.

IV. NULIDAD DE PLENO DERECHO

Al igual que la jurisprudencia mexicana, la nuestra no admite la nulidad contractual de pleno derecho o de plano; en todos los casos se necesita declaración judicial. Esta afirmación tiene sentido en el paralelo que encuentra con la figura de la resolución, para la que nuestros tribunales tampoco aceptan la resolución de plano o de pleno derecho. Debe pasarse por el previo trámite jurisdiccional. Como resultado de lo cual, ninguna de las partes puede, unilateralmente, dejar sin efecto el contrato por estar viciado.

CAPITULO II LA ACCION RESCISORIA

I. CONCEPTO

Es la acción por la cual se pide la ineficacia de un contrato para que se anulen los efectos que debería producir hacia el futuro, a fin de que las partes queden liberadas de su cumplimiento. Lo normal es que la rescisión no permita retroacción de efectos, pero una acción rescisoria aplicada a un contrato por ser nulo (si un contrato se extingue por nulidad, o sea, si un contrato se anula, la palabra propiamente técnica para denominar ese acto es la acción de rescisión por nulidad) permite, al tenor del 844-847 Código Civil, la devolución de prestaciones. En el mismo sentido excepcional, puede pedirse devolución de las prestaciones que una de las partes, o ambas, hayan realizado por adelantado, pero no en virtud de los efectos de la rescisión, sino por no haberse operado la causa de esas prestaciones efectuadas. En tal sentido, estaríamos en presencia de una devolución por falta de causa, la cual, de no observarse, daría lugar a un enriquecimiento sin causa o indebido.

De modo que, cuando un contrato de arriendo de casa de habitación se extingue, pero no por falta de cumplimiento, hablamos de que se rescinde, y no por ello el arrendante debe devolver las mensualidades que el arrendatario pagó (no hay retroacción de efectos); cuando las partes acuerdan que sobrevinida una condición resolutoria (ejemplo: graduación del becario), quedará sin efecto el giro de un cheque mensual por estudios, estamos en presencia de una rescisión convencional, y tampoco se devuelven prestaciones. Si el estudiante tuviera que pagar la beca recibida, sería en virtud de una cláusula de devolución del servicio prestado, pero no como efecto de la rescisión convencional.

En buena técnica, si la normativa civil permite que la nulidad pueda oponerse como excepción, como ya se dijo, la rescisión debería tener la misma propiedad, si es cierto que la nulidad no es una acción autónoma sino la especie de una acción genérica llamada rescisión. De ahí que en este trabajo se considere que la nulidad es una causal para pedir la rescisión del contrato, lo que directamente saca la nulidad de los modos de extinción contractual, para ubicarla en los motivos o causales que justifican la rescisión, la que sí sería un modo de extinción contractual.

Entre otros casos, la rescisión puede pedirse en virtud de existir una convención que así lo acuerde, un perjuicio o lesión (no en Costa Rica), un hecho sobreviniente ajeno a la convención, un fallo judicial. Algunos autores citan el origen de esta acción en la *restitutio in integrum* del derecho romano. Veamos.

II. CLASES

De los reportes doctrinales y de la elaboración heurística, se puede admitir la existencia de las siguientes clases de rescisión.

A. Rescisión convencional unilateral

Por tal se alude aquella en que la ineficacia (no la validez) del contrato respectivo puede ser decidida sin necesidad de causal, por la sola voluntad de cualquiera de las partes, derecho que se reservó en el contrato (obsérvese que su régimen es distinto del de la nulidad y la resolución, que no pueden operar de plano)(3). La jurisprudencia reconoce esta variante de la figura(4)

La rescisión unilateral convencional no está permitida para el vendedor u oferente en los contratos de adhesión o contratos tipo, pero no dice la ley que esté prohibida para el comprador o adquirente (artículo 1023:m Código Civil);(5) en otras palabras: el adquirente bien podría reservarse, en el contrato, el derecho de devolver el televisor por un daño que no cubre la garantía de funcionamiento, lo cual no es corriente, dada la forma como se articulan en nuestro país los contratos de compra-venta, donde el vendedor u oferente es casi siempre la parte más fuerte de la relación; podría suceder entre un pequeño productor de naranja y un mayorista exportador; el primero vende u ofrece vender a futuro, y en el contrato el mayorista-comprador se reserva el derecho de rescindir el convenio si la naranja no tiene cierto tamaño o grado de acidez. En tal caso, cabe la posibilidad de rescisión unilateral, pero siempre dentro de los cánones previstos por el 1023 C.C.

En cuanto a los contratos de libre discusión, es cuestionable si la rescisión unilateral puede funcionar en algunas hipótesis, dada su similitud con la condición potestativa, la cual está prohibida por el 681 Código Civil. Sin embargo, es bueno dejar claro que tal artículo hace referencia a "la mera voluntad del promitente", de ahí que si en un contrato se establecen claramente las causales por las que operaría una rescisión unilateral, cuando no se esté en los casos del 1023 Código Civil, y cuyo génesis y control puedan darse independiente de la mera voluntad de las partes, no es aplicable el 681, pues tales condicionamientos son menos que potestativos, o bien su potestatividad está referida a condiciones materiales de verificación, lo cual rebasa la "mera voluntad". En definitiva: sí puede operar la rescisión convencional unilateral en los contratos de libre discusión, cuando no está dentro de las hipótesis del 681 ni del 1023 C.C.

La función de la rescisión convencional es permitir a las partes suprimir voluntariamente los efectos de un contrato cuya ejecución no desean continuar, con la salvedad de que ambas pueden hacer uso de ella. Esto es consecuencia de la soberanía de la voluntad(6). Por supuesto que para ciertos contratos hay prohibición de establecer cláusulas de rescisión convencional (unilateral). Tales limitaciones son de origen legal, establecidas para evitar que una sola de las partes pueda dar por terminada una convención súbitamente, con perjuicio para la contraparte. Tales son las restricciones para los contratos de inquilinato, donde no cabe la rescisión unilateral por parte del arrendante si no media causa justa, y aun mediando, debe pedirse la rescisión al juez. Este ejemplo demuestra que en nuestro ordenamiento jurídico también es aplicable la prohibición de la rescisión de plano o de pleno derecho para algunas especies, aunque no es el modo normal con que esta figura opera.

B. Rescisión unilateral legal

Existe la potestad de impedir los efectos hacia el futuro (rescisión), por una de las partes contratantes (unilateralidad). Tal derecho está establecido en el ordenamiento (legalidad) y por lo mismo no es necesario que forme parte del clausulado contractual. Ejemplo: en el contrato de donación se permite rescindir por ingratitud. La ley habla de revocación (1405 Código Civil) pero técnicamente es una rescisión tácita (en tal sentido, no debe hablarse de una acción de revocación sino de una acción rescisoria por razones de revocación). Cuando ello sucede, no cabe resolución porque no hay incumplimiento, puesto que la donación es un contrato traslativo de dominio de naturaleza no onerosa; tampoco puede hablarse de nulidad porque no hubo un vicio en la etapa de formación del mismo. Lo propio es hablar de rescisión, puesto que no hay problemas de validez sino de eficacia.

C. Rescisión judicial

A falta de convención, la rescisión la realiza el juez. Opera en los casos de lesión (llamada rescisión por lesión, y no opera en nuestro país, o sea, nuestros tribunales no la conceden), sea cuando las circunstancias sobrevinientes hacen más gravoso para una de las partes el cumplimiento. Debe aclararse que no es cualquier circunstancia posterior, sino aquella imposible de preverse al momento de contratar. No se trata de caso fortuito o fuerza mayor, porque estas son causales de exoneración, sino de excesiva onerosidad sobreviniente donde el cumplimiento es posible solo a costa de un gran esfuerzo y perjuicio para la parte agraviada. Ejemplo: una compañía extranjera de teatro se compromete a presentarse en nuestro país por una suma determinada. El contratista nacional de presentaciones efectúa la publicidad del caso y se dedica a esperar la fecha de cumplimiento. Una semana antes, la Asamblea Legislativa acuerda un impuesto a la presentación de espectáculos extranjeros en aproximadamente un doscientos por ciento del actual. En vista de que dicho aumento prácticamente consume las expectativas de ganancia de la compañía extranjera de teatro, esta se resiste a presentarse y así lo hace saber al empresario nacional, quien en vista de la inversión que ya ha hecho no acepta y amenaza con llevarlos a los tribunales. En tal caso, un abogado costarricense le recomienda al representante de los artistas extranjeros promover una acción de rescisión por lesión, sea por excesiva onerosidad sobreviniente. El abogado pierde el caso. La razón por la que no resultó victorioso no fue por la acción que intentó, la cual técnicamente es correcta, sino porque ese tipo de rescisión no opera en Costa Rica (aunque sean muy razonables los presupuestos por los que existe esa figura).

Aún en los países donde es reconocida, la rescisión por lesión no es la acción propia para quien ha sido impedido por

caso fortuito o fuerza mayor. Quien se haya ante esta última eventualidad tiene una causal de exoneración de cumplimiento, que sí reconocen nuestros tribunales (830 y ss Código Civil). Toda causal suficiente de exoneración da lugar a una acción de rescisión, si partimos de los mismos presupuestos que utilizamos para analizar los efectos de las condiciones resolutive y suspensiva, puesto que no hay vicio constitutivo de nulidad y tampoco incumplimiento de algún sujeto contractual (resolución).

En resumen, el efecto es el mismo para el caso de parte incumpliente por razones de caso fortuito o fuerza mayor, pero los argumentos del alegato judicial varían según las razones por las que se pida la rescisión.

En nuestro Código Civil se halla una figura que bien puede llamarse rescisión judicial, y es la que refiere el artículo 848. En virtud del mismo, el juez puede declarar la ineficacia de un acto o contrato traslativo de dominio realizado por un sujeto deudor cuando este perjudique la expectativa de pago del acreedor. Sin precisar las causales por las que opera, las cuales detalla ese artículo, importa señalar que la ley permite entrar a la fase extintiva del contrato por la vía judicial, que es la acción llamada revocatoria. Con ella los efectos del contrato entre el deudor transmitente y el tercero adquirente (no el de buena fe; examínese el 848:b in fine) cesan, y es necesario devolver las prestaciones en virtud de la sentencia. Es entre estos dos sujetos donde se presenta la figura rescisoria judicial. No entre el deudor transmitente y su acreedor, para quienes los efectos de su obligación permanecen intactos, esperando el cumplimiento del término o de la condición de su negocio. Entre estos nada se ha rescindido.

Es interesante observar que si bien la rescisión judicial y la unilateral legal se parecen, hay entre ellas una diferencia de sustancia: en la primera, cualquiera puede pedirla al juez, aunque no sea parte contractual (caso del acreedor en la acción revocatoria); en la segunda, solo puede pedirla una de las partes. ¿Cuál es la importancia técnica de ese deslinde? La legitimación ad causam activa: el derecho subjetivo reconocido en cada caso está supeditado a una condición que no debe confundirse, so pena del rechazo de la pretensión procesal.

D. Rescisión por nulidad

Opera como una acción que se ejerce para declarar la nulidad de un contrato viciado. Tal es la hipótesis del 844 Código Civil. Este tipo de rescisión se diferencia de las demás en sus efectos. Algunos tipos de rescisión no admiten efectos hacia atrás, y la sentencia que declara con lugar la acción rescisoria, constituye el derecho a partir de su firmeza. En cambio, la rescisión por nulidad parece trabajar diferente, a tenor del 844 C.C.: "La nulidad asoluta, lo mismo que la relativa, declaradas por sentencia firme, dan derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, siempre que la nulidad no sea por lo ilícito del objeto o de la causa, en cuyo caso no podrá repetirse lo que se ha dado o pagado a sabiendas". Sin duda, estamos en presencia de efectos retroactivos.

Se ha adelantado aquí que para el criterio de esta investigación la nulidad no es una acción autónoma sino una causal por la que la rescisión es declarada con lugar. La revisión sistemática del Código Civil hace pensar que hay razón en ello: las condiciones suspensiva y resolutive, las causales de exoneración de cumplimiento, la autonomía de la voluntad, entre otras, son figuras accesorias a la acción genérica de la rescisión, las cuales se examinan y si se está en presencia de ellas, bajo el dictado de la ley, se declara con lugar la rescisión con sus efectos para cada caso concreto. No así la nulidad, la cual por ser un vicio en la fase constitutiva del convenio origina el advenimiento de la acción que lo reprime con la extinción de efectos.

La rescisión por nulidad es el tipo más importante de la figura, y a la que el Código Civil dedica la mayor cantidad de artículos. En este análisis se ha pretendido que es una acción autónoma para tomar partido frente a la indecisión con que el C.C. la trata; en ese texto legal, la nulidad es presentada sistemáticamente como acción autónoma, pero técnicamente como causal de rescisión. A ese tenor, el legislador coloca la nulidad dentro de los modos de extinguirse las obligaciones (artículos 835 y ss C.C.), pero en el 847 ibidem establece que "las acciones rescisorias no podrán hacerse efectivas..." para referirse a la acción técnica para pedir la nulidad. En otras palabras, la nulidad se declara dentro de un juicio rescisorio.

También el art. 841 dice que "el plazo para pedir la rescisión será...", cuando está legislando sobre nulidades. Y en el artículo 836: "Hay nulidad relativa y acción para rescindir los actos o contratos:...". Pareciera dar a entender que la nulidad es un vicio específico de un negocio jurídico, y que el remedio, cuando ese vicio aparece en un contrato, es una acción llamada rescisión (al efecto puede verse el 1023 inciso 2).

Dentro de la patología negocial, un contrato puede declinar por varias razones (pago, novación, confusión, remisión, imposibilidad de cumplimiento u otras), pero pareciera que las acciones procesales propias de extinción son únicamente la resolución y la rescisión. Si un contratante muere se impone una acción rescisoria forzosa, si la obligación era personalísima. Si hay una causal legal (ingratitude en la donación, v.gr.) cabe una acción rescisoria para retrotraer el bien. Pero si en un contrato adhesivo aparece una cláusula abusiva de las del género 1023 C.C., lo que se impone no es una acción de rescisión del contrato sino una diligencia de nulidad de la cláusula viciada, y esa nulidad opera teniendo por no puesto tal acuerdo, pero no extingue el contrato ni amenaza con extinguirlo: el resto del cuerpo legalmente convenido subsiste. Queda claro con ello que la nulidad no es una forma de extinción de los contratos, sino una sanción procesal ante una causal prevista legalmente. Lo mismo sucede si todas las cláusulas estuvieran viciadas, o cualesquiera de los elementos constitutivos del pacto. Si se aplicara una rescisión tajante, podrían quedar eliminados elementos accesorios o autónomos que las partes quisieran o debieran conservar,

(estipulaciones a favor o a cargo de tercero, por ejemplo), en tanto que si se aplica correctamente la nulidad como sanción específica se deja sin efecto lo viciado y no más.

Igualmente debe observarse que las acciones pauliana, revocatoria y la de simulación son, siempre en buena técnica jurídica, acciones rescisorias, puesto que una simulación bien probada a lo que da lugar es a la extinción del convenio simulado. Las acciones de reversión patrimonial, como la pauliana y la revocatoria también buscan la aplicación de la rescisión contractual. Queda claro que jamás puede hablarse ahí de resolución, puesto que no hay incumplimiento por ninguna parte.

E. Rescisión por advenimiento de la condición suspensiva o la resolutoria

El cumplimiento de la condición resolutoria o resolutoria (no confundir con la acción resolutoria, como lo hace nuestro Código Civil y la vieja jurisprudencia), contrafigura de la condición suspensiva, siempre da lugar a una acción rescisoria, a fin de deponer un contrato con el que no puede seguirse, puesto que ha sobrevenido la condición esperada. No se trata de un incumplimiento, como prevé la acción resolutoria; tampoco es caso de nulidad, puesto que no hay elementos viciosos constitutivos; estamos en presencia de un hecho condicionado que se verificó, y que por ser objetivo no es imputable subjetivamente en la relación contractual. En consecuencia, el modo técnico con que ha de deponerse un contrato con condición resolutoria sobrevenida es la rescisión.

Con respecto a la condición suspensiva, se pueden reconocer dos opciones: que sobrevenga la condición esperada o que no suceda. El primer caso no tiene mayor relevancia para este estudio, puesto que si sobreviene la condición el contrato se extingue con el cumplimiento o pago. En la segunda hipótesis puede suceder que no nazca la condición y se agote además el término para que tenga lugar, o bien que se haga imposible su advenimiento. Verbigracia: una agencia de becas para posgrado conviene con un grupo de estudiantes que les dará becas con tal de que se apruebe determinada partida presupuestaria en la siguiente legislatura, de lo contrario no podrán otorgar lo convenido pues necesitan satisfacer ciertos gastos administrativos. Los estudiantes se comprometen a servirle a esa institución por dos años una vez que regresen. Agotado el plazo para que se verifique la condición, o no habiendo obtenido la aprobación presupuestaria, las obligaciones ulteriores de tal convención no nacen a la vida jurídica, si bien la misma ya había adquirido validez. El modo de terminar con ese acuerdo bilateral es la rescisión, mediante la cual las partes eliminan los efectos accesorios y futuros del acuerdo y se desligan de las prestaciones que se hubieren prometido en virtud del compromiso.

De ahí que podamos concluir que en tratándose de condiciones dentro de un negocio jurídico en particular, su sobreveniencia (en el caso de la resolutoria) o su no sobreveniencia (caso de la suspensiva) dan lugar a una acción de rescisión.

F. Rescisión por caso fortuito o fuerza mayor

El contrato deviene ineficaz por una circunstancia ajena a la convención o a la participación judicial. Ejemplo: la muerte del deudor personalísimo. En ese sentido el 1024 Código Civil. También se le llama rescisión convencional tácita, porque sin ser judicial (es convencional) opera aunque no se haya estipulado expresamente, pues se sobreentiende que la obligación personalísima solo puede ser ejecutada por quien se obligó, y no por sus sucesores.(7)

III. EFECTOS FRENTE A TERCEROS

Como la rescisión no opera por una sola causa —lo que hace que existan varias clases— los efectos de la misma son diferentes en lo que respecta a terceros. Por ejemplo, en la exótica rescisión por lesión, el perjuicio que da base para accionar contra el contrato lesivo se da indistintamente contra o a favor de terceros.

En nuestro ordenamiento, existe una acción con parecidos efectos, donde un sujeto puede rescindir un contrato ajeno, bajo las siguientes condiciones: a) siendo tercero respecto de ese contrato; b) que en ese convenio al menos una de las partes sea su deudor; c) que tal convención le depare un perjuicio patrimonial evidente a su deudor (con lo cual se menoscaba la garantía crediticia que opera por el principio de responsabilidad patrimonial universal). Tal es el caso de la acción pauliana, protectora del crédito.

Lo más importante de los efectos de la rescisión frente a terceros es en cuanto a si les es oponible o no tal rescisión contractual. La regla principal es que la ley no protege a los terceros de mala fe y, como la buena fe se presume, la mala siempre deberá ser probada. De tal forma que aun cuando el vendedor se despoja de sus bienes en fraude de acreedores, el adquirente de buena fe no resulta perjudicado por las acciones de simulación, paulianas o revocatorias; su buena fe precisamente radica en no conocer el motivo o la intención del vendedor.

CAPITULO III LA ACCION RESOLUTORIA

I. CONCEPTO

Es una acción para desligarse de un contrato bilateral, por medio de la cual se pide la ineficacia del contrato perfectamente celebrado entre las partes, debido al incumplimiento de una de ellas. Permite a la parte no incumpliente pedir la ejecución forzosa del contrato o el pago de daños y perjuicios, y sus efectos se retrotraen al momento de su celebración (excepto en los contratos de ejecución sucesiva). Tiene su antecedente histórico en la cláusula non adimpleti contractus, la cual opera como excepción. La acción resolutoria puede tener lugar por haberlo convenido así las partes (pacto comisorio expreso), o por disposición legal (pacto comisorio tácito, previsto en el 692 C.C.).

Es preciso acotar aquí que nuestros tribunales estiman que el incumplimiento no puede ser cualquiera, sino uno grave: "La resolución de un contrato solo puede tener lugar en presencia de un incumplimiento grave (según jurisprudencia reiterada) porque no es cualquier incumplimiento que tal cosa autoriza".

El artículo 692 C.C. plantea la alternativa de pedir la resolución con cargo de daños y perjuicios para la parte incumpliente o bien la ejecución forzosa. Nuestra jurisprudencia justifica esta norma con la consideración de que "...puede ser más conveniente para el interesado pedir el cumplimiento del contrato y no su resolución según sean las circunstancias, (...) en ciertos resultaría absurdo declarar resuelto el convenio que fue cumplido en su mayor parte y que uno u otro de los contratantes dejó de cumplir en algún extremo secundario, ayuno de trascendencia jurídica en relación a las demás estipulaciones".(8)

II. CAMPO DE APLICACION

La figura resolutoria se aplica a los contratos sinalagmáticos o bilaterales; sin embargo se discute si es igualmente aplicable a los contratos bilaterales imperfectos. En los primeros porque ambas partes están obligadas a ejecutar prestaciones recíprocamente (doy mi fuerza de trabajo y a cambio de ello recibo un salario) de forma que si una parte incumple sus obligaciones pone en estado de desventaja a la otra. En cambio, los contratos bilaterales imperfectos son aquellos donde, en principio, solo hay cargas para una de las partes, en tanto que la otra solamente recibe la prestación. Sea el caso de un contrato de depósito donde la obligación de cuidar el bien depositado corresponde al depositario. Una vez que sobrevienen gastos por el mantenimiento de la cosa, la obligación deja de ser unilateral para convertirse en bilateral, pues el depositante queda obligado al pago de tales gastos. Ejemplo: el depositario debe rociar los frutos agrícolas depositados con un químico que evita la proliferación de ciertos hongos.

III. FUNDAMENTO DE LA RESOLUCION

La razón jurídica para que opere la resolución es la causa. De tal modo que si la parte obligada no efectuó su prestación y su contraparte sí lo hizo, la segunda ha ejecutado una prestación sin causa, originando un enriquecimiento indebido para la otra. En tal sentido la doctrina argentina habla de *sinalagmas genético y funcional*. Por el primero entiende la corresponsabilidad de las prestaciones en el momento de la constitución del contrato, y por el segundo la reciprocidad de las prestaciones en su fase de efectividad, sea la de ejecución. Importa hacer esta distinción porque es en la fase sinalagmática funcional donde entra a operar la resolución, en el caso de incumplimiento de la relación obligacional establecida por las partes. De ahí que la resolución sea aplicable en los contratos sinalagmáticos funcionales.

En otras palabras, aunque en la constitución del contrato bilateral perfecto se hayan establecido las prestaciones de cada parte, si una de ellas —o ninguna— ejecuta lo convenido, no hay causa de obligación para la otra, y por lo tanto no hay sinalagma funcional, aunque sí hubo sinalagma genético. O lo que es lo mismo: una convención puede ocasionar una acción resolutoria si y solo si se cumplen las funciones del sinalagma funcional, pues por el hecho de haberse obligado "en el papel" nadie puede reclamar un comportamiento jurídico, si a su vez no ejecutó el suyo. Esta idea va pareja con la figura de la excepción de contrato no cumplido, que impide al deudor incumplimiento pedir la resolución del contrato. De omitirse la prestación por parte de uno de los obligados, desaparece la situación de deber en que se encontraría el otro si la prestación se hubiera efectuado en tiempo y forma. Aparece así la figura resolutoria como paso potestativo del incumplimiento. Decimos o facultativo porque también puede pedirse ejecución forzosa(9) según el fundamento del 692 Código Civil.

IV. REQUISITOS PARA SU APLICACION

Se señalan dos requisitos importantes: el **incumplimiento** y la **decisión judicial**. En cuanto al primero, es pacífica la doctrina al indicar que debe ser grave, imputable, y específicamente determinable. En cuanto a la intervención jurisdiccional, nuestros tribunales no admiten la llamada resolución de plano, en la cual la parte no incumpliente se reserva desde la constitución del contrato el derecho de dar por resuelto el mismo con obligación de daños y perjuicios a su contraparte, sin que medie intervención judicial; de modo que la parte no incumpliente deberá recurrir al juez para que sea resuelto el contrato. Tal reserva no debe confundirse con la cláusula penal.

V. EFECTOS GENERALES

La resolución determina la extinción de la relación obligatoria con efecto retroactivo: cada una de las partes debe reintegrar a la otra las prestaciones efectuadas. Si la restitución no fuese posible, debe equipararse pecuniariamente. No obstante, en las relaciones obligatorias duraderas parcialmente consumadas (también llamadas obligaciones de ejecución sucesiva) se extingue el vínculo con efectos *ex nunc* (hacia el futuro). En tal caso, la retroacción alcanza solo aquellas prestaciones consumadas para las cuales las correlativas no se hayan producido.

IRURZUN GOICOA afirma que el ejercicio de la acción resolutoria encuentra un límite en cuanto que aquella parte que no esté en situación de restituir la prestación recibida no podrá reclamar la suya, salvo que se le admita la prestación del equivalente. El deudor deberá restituir la cosa con sus frutos y el acreedor el precio con sus intereses. Los deterioros o mejoras se atenderán según el uso normal o la malicia de aquel en cuyo poder se encontraba el objeto de la prestación. Problema importante presentan las restituciones pecuniarias cuando ha habido devaluaciones importantes de la moneda.

VI. EFECTOS FRENTE A TERCEROS

SE DIJO Antes que la cláusula resolutoria puede formar parte del texto del contrato (pacto comisorio expreso) o sobrentenderse como formando parte del mismo, porque así lo dispone la ley (art. 692 C.C.), también mal llamado pacto comisorio tácito.⁽¹⁰⁾ Pues bien, solo puede afectar al tercero la cláusula resolutoria convencional que esté debidamente registrada, en tratándose de bienes registrables, o debidamente protocolizada en su defecto, pues se rige por el principio de publicidad registral, según ha dictado la jurisprudencia nacional.

Según esta, resuelto el derecho de quien da se resuelve el de quien recibe,⁽¹¹⁾ y para que esto tenga aplicación con respecto al derecho real de un tercero, inscrito en el Registro de la Propiedad, es necesario que quien lo ha adquirido sepa por el mismo registro que hay un motivo expreso o implícito que sujeta el derecho adquirido. El artículo 692 C.C. no exige la cláusula resolutoria convencional (pacto comisorio expreso), pero la jurisprudencia aclaró el punto en tratándose de bienes registrables.⁽¹²⁾

En concordante sentido se habían pronunciado los tribunales, desde 1954, cuando rescindiendo un contrato por nulidad advirtieron que: *"La nulidad del respectivo contrato afecta aun a terceros de buena fe, cuando las causas de esa nulidad constan o aparecen en el Registro de Prendas"*.

VII. EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO

También abreviada *exceptio non adimpleti contractus*, consiste en oponerse a la ejecución de la prestación acordada si la contraparte no efectúa la suya. No es una excepción procesal técnica sino práctica. Planiol y Ripert la definen así: *"La parte sujeta a un contrato sinalagmático, frente a la negativa de la otra de cumplir su obligación, ¿qué conducta podrá adoptar? ¿Acudir a la vía judicial y al cumplimiento forzoso para obtener lo que se le debe o pedir la resolución? Le sería conveniente negarse a su vez al cumplimiento provisionalmente, hasta el día en que la otra cumpla también. (...) En esto hallamos un medio de presión eficaz para provocar el cumplimiento correlativo sin exponer al que lo emplea a los riesgos del incumplimiento definitivo y a la insolvencia de su adversario, teniendo además la ventaja de no existir la intervención de los tribunales"*.⁽¹³⁾

Nuestra legislación no contiene esta excepción de forma expresa. Se desprende del 692 Código Civil, en concordancia con alusiones expresas en el 1072 y 1089 del mismo cuerpo. No es una excepción técnica sino de hecho. La oposición procesal sería la falta de derecho. La excepción de incumplimiento contractual es provisional, pues verificado el pago (que sería un cumplimiento defectuoso) ya hay causa para pedir la contraprestación.

Algunos autores extranjeros discuten si la recepción de ese pago inoportuno es obligatorio para la parte no incumpliente (así Baudrit y Casafont). Al respecto nuestra Casación sentenció, desde hace 32 años, que si la obligación se satisfizo, aunque fuese tardíamente, no cabe la excepción de incumplimiento como defensa: *"No es legítimo negarse a cumplir obligaciones propias a pretexto de que las del otro contratante no fueron llenadas por él, pero que sí aparecen satisfechas, tardíamente (...) La defensa supone resistencia a cumplir frente al incumplimiento contrario. Pero si este no existe, tampoco puede haber defensa"*.⁽¹⁴⁾

Baudrit Carrillo opina que la excepción de contrato no cumplido es aplicable a los contratos de ejecución sucesiva, pero que no puede decirse lo mismo de la resolución, por falta de claridad para aplicarla por parte de los jueces.⁽¹⁵⁾

VIII. CAUSALES DE EXONERACION EN LA RESOLUCION

En vista de que es la causa el elemento determinante del sinalagma funcional, sobrevenida una situación exoneradora del cumplimiento, la parte que no se ha visto afectada por tal situación puede pedir la resolución, puesto que no hay causa para deber. No puede pedirse, en cambio, ejecución forzosa. Si se quiere resolución ante causal de exoneración, no cabría petición de daños y perjuicios. Funcionan como causales de exoneración: fuerza mayor, caso fortuito, y hecho del acreedor,

según la hipótesis del 702 Código Civil.(16) Aquí se asume también como causal de exoneración el hecho de un tercero.

Es admisible que las llamadas causales de exoneración de cumplimiento den origen a acciones resolutorias. Puede ofrecerse como ejemplo el siguiente: en un contrato de actuación artística o profesional el obligado no pudo asistir por enfermedad sobreviniente; si es requerido en estrados será por incumplimiento, lo cual impone una acción resolutoria. Bien puede el demandado alegar la causal de exoneración pertinente, y librarse con ello del pago de daños y perjuicios irrogados a su contraparte, pero no de devolver las prestaciones recibidas en virtud de ese contrato, tales como adelantos, pago adelantado de estadía, hospedaje, vestuario, etc. los cuales no utilizó por no haber podido venir. Si no se permitiera la devolución de prestaciones, habría un enriquecimiento sin causa por parte del artista o profesional. Igualmente, el contratista deberá devolver los videofilmes y papelería publicitaria que se le había entregado para promocionar el evento.

IX. LA RESOLUCION DE PLENO DERECHO

La resolución de pleno derecho, también llamada de plano o ipso iure, consiste en la facultad que tiene la parte no incumpliente del contrato para tenerlo por resuelto con el solo incumplimiento de la contraprestación, sin necesidad de ir a la vía judicial. Aunque no admitida por nuestros tribunales, la doctrina mayoritaria insiste en que puede aceptarse si se observan los requisitos siguientes: a) establecer la gravedad del incumplimiento; b) determinar los criterios objetivos que lo determinan; c) expresar concretamente que tal gravedad objetiva provoca la resolución de plano de ese contrato. Es claro que de ello se sigue la liquidación del contrato principal y de los derechos accesorios que se libraron con él (hipotecas, prendas, pagarés, obligaciones a cargo o a favor de terceros, otras garantías, obligaciones personales y personalísimas, como ejemplo).

La jurisprudencia costarricense, siguiendo los dictados de la mejor tradición civilista, según ella misma ha dicho, se pronuncia por no aceptar la resolución de plano, puesto que deja en manos de los particulares la aplicación e interpretación del derecho, en primer punto; en segundo, porque desaplica tácitamente el principio de justicia jurisdiccional o del debido proceso, (17) garantizado constitucionalmente; tercero, que por el principio de imposibilidad de las leyes o de resistencia normativa, aunque la legislación común permita pactar según el principio de autonomía de la voluntad (1022 C.C.), no puede pactarse con prescindencia de los dictados constitucionales, so pena de que el agraviado acuda a la Sala Constitucional.

Desde 1893 nuestros tribunales se han opuesto a delegar en manos privadas la aplicación de la resolución ipso iure, criterio que se reiteró en 1917, 1945 y 1958. La tendencia moderna en todos los campos de actuación privada es evitar a cualquier costa la intervención de la maquinaria judicial, cuya justicia, si bien de buena fe, casi siempre llega tarde.

Hasta la fecha, nuestros tribunales no admiten que la parte no incumpliente pueda dar por resuelto el contrato ipso iure. Sin embargo, como ya hemos adelantado, nuestra doctrina ha criticado esa posición y ha señalado ejemplos de analogía e interpretación que hacen aplicable tal régimen. Sin embargo, también se señala que tales ejemplos (456 Código de Comercio y 1085 del Civil) solo tienden a ser la excepción que confirma la regla. CASAFONT y BAUDRIT, quienes critican esa afirmación, creen que el criterio de los tribunales se debe a razones morales: la parte más fuerte de la relación contractual (normalmente la que no ha incumplido) no debe disponer —piensan nuestros jueces— de un poder tan importante como es dar por resuelto el contrato sin necesidad de intervención judicial, con obligación de daños y perjuicios para su contraparte.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Así sentencia de Casación Nº 63 de 26-6-69, la cual sostiene que no es declarable de oficio.
- (2) En tal sentido pueden verse los arts. 480 y 481 del C.C. En lo pertinente el segundo dispone: "*La propiedad de los muebles se adquiere eficazmente respecto de terceros, por la tradición hecha a virtud de un título hábil*".
- (3) Los arts. 837, 838, 841, entre otros, son claros a este respecto: hablan de *alegarla* y *pedirla*.
- (4) Tocante a la imposibilidad de que la nulidad pueda ser ejercida de pleno derecho, Casación manifiesta: "Aunque un contrato sea nulo, produce todos sus efectos, mientras tal nulidad no sea sometida por acción o excepción al tribunal competente". Nº 83 de 15 hrs. del 30 de julio de 1953, II semestre, Tomo II, p. 150.
- (5) Casación Nº 95, de las 10:00 del 2-5-53. II Semestre, I Tomo, pág. 333. Asimismo: RAMIREZ CASTRO (Eduardo), "Rescisión convencional", *Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas*. San José, Facultad de Derecho, U.C.R. (fotocopias, pág. 15).
- (6) A pesar de esta afirmación, bien podría funcionar una rescisión unilateral convencional para el vendedor u oferente, en tratándose, por ejemplo, de la garantía de funcionamiento: el vendedor puede reservarse la rescisión del convenio de reparación gratuita o reposición del bien, cuando el adquirente incumple la obligación de llevarla a los talleres señalados en la garantía, durante el término en que la misma está vigente.
- (7) Es conveniente recordar una sentencia de Casación que permitió que si las partes querían desligarse de un convenio donde se había dado incumplimiento, podían hacerlo por una vía que no era la acción resolutoria sino la acción rescisoria convencional: "*En sentencia de las 16:10 hrs. del 14 de octubre de 1960, prohibiendo argumentos de la Sala Primera Civil, este tribunal declaró que es innecesaria la resolución de un contrato si las partes acuerdan amigablemente la conclusión de la relación contractual existente entre ellas. Tal doctrina, buena para el evento de un convenio consumado, a fortiori debe serlo cuando el convenio no llega a perfeccionarse*". Casación Nº 35 de 15:15 hrs. del 9 de abril de 1969. I semestre.

- (8) En los contratos de inquilinato puede darse también la figura resolutoria (por incumplimiento, se entiende, como la falta de pago), pero también es el juez el llamado a dictarla. Las causales de la Ley de Inquilinato bien podrían dividirse, a este tenor, en rescisorias y resolutorias. Las segundas operarían por incumplimientos taxativamente señalados por esa ley. Las primeras por cualquier causal que no sea incumplimiento contractual, verbigracia el desalojo por nueva construcción que, sin nacer de un incumplimiento del pacto, da origen a la rescisión del mismo.
- (9) El criterio personal es que toda preordenación legal se entiende que forma parte tácitamente de los contratos cuando la ley la prevé de un modo imperativo (no facultativo); de ahí que en este trabajo se haya hablado de rescisión "legal" y no "tácita". La doctrina que llama rescisión convencional tácita a la que se opera por imposibilidad de cumplimiento (caso del 1024 C.C.) olvida que hablando con precisión terminológica tal causal (el 1024) no es *convencional*, como no son convencionales las prohibiciones que nuestra Ley de Inquilinato estipula sobre la rescisión convencional, o el artículo 1023 C.C. sobre la contratación con cláusulas abusivas. Precisamente lo contrario: son previsiones legales no queridas por alguna de las partes, pero que operan en vista de la coercitividad de la ley. Lo menos que puede atribuirseles es ser *convencionales*.
- (10) Así Casación Nº 102 de 16 horas de 21 de agosto de 1975.
- (11) Casación Nº 53 de 15:15 horas del 31 de mayo de 1972, I semestre.
- (12) Casación Nº 53 de 15:15 horas del 31 de mayo de 1972, I semestre.
- (13) IRURZUN GOICOA (Domingo), "La cláusula resolutoria y el pacto comisorio". EN: *Revista Internacional del Notariado*, Nº 52, año 13, 1961, Argentina, p. 27.
- (14) No debe perderse de vista que en todo tipo de contrato se puede pedir ejecución forzosa (tanto en los de hacer como en los de dar), con la salvedad de que en los primeros el cumplimiento es en equivalente (daños y perjuicios), mientras que en los segundos en natura (entrega por orden judicial de la cosa debida).
- (15) La mayoría de la doctrina está en contra de la no aplicación. Y aún la legislación: Código Civil en lo relativo a compraventa de bienes muebles (1085), y Código de Comercio en compraventa de bienes muebles con pago a tratos (art. 456): en ambos casos la ley permite variantes de la resolución de plano. De ahí que algunos autores costarricenses opinen que la resolución de pleno derecho o de plano no es aceptada jurisprudencialmente por falta de una mejor aplicación del régimen de la figura. Así: CASAFONT ROMERO (Pablo), "La acción resolutoria y la excepción de contrato no cumplido en la legislación costarricense". EN: *Ensayos de Derecho Contractual*, San José, Edición del Colegio de Abogados, 2a. edición, 1979; y BAUDRIT CARRILLO (Diego), *op. cit.*
- (16) Y no *condición resolutoria* como la mal llaman el Código Civil y la vieja jurisprudencia, puesto que de condición no tiene nada.
- (17) Mal llamado, también, pues ni es pacto, porque no es convención de partes, ya que fue preordenado por ley; ni tácito, porque en ese sentido toda norma imperativa del ordenamiento jurídico es tácita del acto o contrato al cual regula. En buena técnica debiera hablarse de cláusulas resolutorias convencional y legal, respectivamente.
- (18) La vieja jurisprudencia (1967) se daba el lujo de citar la frase completa en latín, tradición que cada semestre se pierde en las nuevas generaciones de estudiantes, docentes y profesionales del Derecho: "*Resolutio juris dantis resolvitur ius accipientis*".
- (19) Casación de 15 hrs del 23 de setiembre de 1936, reiterada en la Nº 61 de 14:45 hrs. del 27 de junio de 1973.
- (20) Planiol y Ripert, *Derecho civil francés*, La Habana, Edición Cultural S.A., 1940, T. VI, p. 629, citados por PEREZ VARGAS (Víctor) y otros. *Jurisprudencia civil de la Sala de Casación 1950-1975*. San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1977, pp. 37-38. Toda la jurisprudencia citada en el presente trabajo proviene de esta última fuente; se expone solamente el origen judicial para comodidad del lector.
- (21) Casación Nº 130 de 15:30 hrs. del 27 de octubre de 1959, II semestre, Tomo II.
- (22) BAUDRIT CARRILLO (Diego), *Teoría General del Contrato*, San José, Juricentro, 1982, pág. 23.
- (23) En tal sentido: Casación Nº 89 de 15:45 hrs. del 23 de agosto de 1961. Semestre II, Tomo I, pag. 204. EN: PEREZ VARGAS (Víctor) y otros. *Jurisprudencia Civil de la Sala de Casación*, San José, EUCR, 1978, pág. 38.
- (24) "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales". Constitución Política de la República de Costa Rica, art. 41.

BIBLIOGRAFIA

TRATADOS

- BAUDRIT CARILLO (Diego). *Teoría general del contrato*. San José, Juricentro, 1982.
- BRENES CORDOBA (Alberto). *Tratado de las obligaciones*. San José, Juricentro, 5a. ed. 1977.
- BRENES CORDOBA (Alberto). *Tratado de los contratos*. San José, Juricentro, 1985.
- CASAFONT ROMERO (Pablo). "*La acción resolutoria y la excepción de contrato no cumplido en la legislación costarricense*". *Ensayos de derecho contractual*. San José, Edición del Colegio de Abogados, 1979.
- DIEZ-PICASO (Luis) y GULLON (Antonio). *Sistema de derecho civil*. Madrid, Tecnos, 1978, Vol. II.
- GONZALEZ A. *Derecho civil*. Buenos Aires, Talleres Gráficos J. Kordós, 1944.
- GUARDIA URIBE (Gastón). *Distingo entre los conceptos de resolución y rescisión en materia contractual*. San José (fotocopias, s.n.e. sin pie de imprenta).
- MAZEAUD (Henri y León); MAZEAUD (Jean). *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte I, Vol. I, 1959.

PEREZ VARGAS (Víctor). Derecho privado. San José, Publitex, 1988.

SANCHEZ MEDAL (Ramón). De los contratos civiles. México, Porrúa, 7a. edición, 1984.

TESIS

BOLAÑOS GENE (Carlos). Rescisión, nulidades y resolución en los contratos civiles. Tesis Facultad de Derecho, U.C.R., 1964.

JIMENEZ DURAN (Marelyn). La rescisión unilateral de los contratos. Tesis Facultad de Derecho, U.C.R., 1987.

ROBELO SOTOMAYOR (René). Nulidad y rescisión. Tesis presentada a la Universidad nacional Autónoma de Nicaragua, 1963.

REVISTAS

AFANADOR (Gonzalo). "Rescisión de la venta por violencia generalizada". Anuario de derecho civil. Madrid, T. XXIV, Oct-dic, 1971, pp. 1203-1213.

IRURZUN GOICOA (Domingo). "La cláusula resolutoria y el pacto comisorio (Nota para un ensayo de su diferenciación)". Revista Internacional del Notariado. Argentina, Nº52, año 13, 1961, pp. 27-58.

RAMIREZ CASTRO (Eduardo). "Rescisión convencional". Comentario de sentencia. Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas (fotocopias), pp. 13-20.

LEGISLACION

Costa Rica. Código Civil. San José, Editorial Porvenir S.A., 1985.

Costa Rica. Código de Comercio, San José, Editorial Porvenir S.A., 1986.

JURISPRUDENCIA

Seleccionada de:

PEREZ VARGAS (Víctor) y otros. Jurisprudencia civil de la Sala de Casación, 1950-1975. San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1977.

- (8) En los contratos de inquilinato puede darse también la figura resolutoria (por incumplimiento, se entiende, como la falta de pago), pero también es el juez el llamado a dictarla. Las causas de la Ley de Inquilinato bien podrían dividirse, a este tenor, en rescisorias y resolutorias. Las segundas operarían por incumplimientos taxativamente señalados por esa ley. Las primeras por cualquier causal que no sea incumplimiento contractual, verbigracia el desalojo por nueva construcción que, sin nacer de un incumplimiento del pacto, da origen a la rescisión del mismo.
- (9) El criterio personal es que toda precedencia legal se entiende que forma parte tícticamente de los contratos cuando la ley la prevé de un modo imperativo (no facultativo); de ahí que en este trabajo se haya hablado de rescisión "legal" y no "táctica". La doctrina que llama rescisión convencional tática a la que se opera por imposibilidad de cumplimiento (caso del 1024 C.C.) oída que hablando con precisión terminológica tal causal (el 1024) no es *convencional*, como no son convencionales las prohibiciones que nuestra Ley de Inquilinato estipula sobre la rescisión convencional, o el artículo 1023 C.C. sobre la contratación con cláusulas abusivas. Precisamente lo contrario: son provisiones legales no queridas por alguna de las partes, pero que operan en vista de la coercitividad de la ley. Lo menos que puede atribuírseles es ser *convencionales*.
- (10) Así Casación Nº 102 de 16 horas de 21 de agosto de 1975.
- (11) Casación Nº 53 de 15:15 horas del 31 de mayo de 1972, I semestre.
- (12) Casación Nº 53 de 15:15 horas del 31 de mayo de 1972, I semestre.
- (13) TRURZUN GOICOA (Domingo), "La cláusula resolutoria y el pacto comisorio". EN: *Revista Internacional del Notariado*, Nº 52, año 13, 1961, Argentina, p. 27.
- (14) No debe perderse de vista que en todo tipo de contrato se puede pedir ejecución forzosa (tanto en los de hacer como en los de dar), con la salvedad de que en los primeros el cumplimiento es en equivalente (daños y perjuicios), mientras que en los segundos en natura (entrega por orden judicial de la cosa debida).
- (15) La mayoría de la doctrina está en contra de la no aplicación. Y aún la legislación: Código Civil en lo relativo a compraventa de bienes muebles (1085), y Código de Comercio en compraventa de bienes muebles con pago a tramos (art. 456); en ambos casos la ley permite variantes de la resolución de plano. De allí que algunos autores costarricenses opinen que la resolución de pleno derecho o de plano no es aceptada jurisprudencialmente por falta de una mejor aplicación del régimen de la figura. Así: CASAFONT ROMERO (Pablo), "La acción resolutoria y la excepción de contrato no cumplido en la legislación costarricense". EN: *Ensayos de Derecho Contractual*, San José, Edición del Colegio de Abogados, 2a. edición, 1979; y BAUDRIT CARRILLO (Diego), *op. cit.*
- (16) Y no *condición resolutoria* como la mal llaman el Código Civil y la vieja jurisprudencia, puesto que de condición no tiene nada.
- (17) Mal llamado, también, pues ni es pacto, porque no es convención de partes, ya que fue preordenado por ley; ni táctic, porque en ese sentido toda norma imperativa del ordenamiento jurídico es táctica del acto o contrato al cual regula. En buena técnica debiera hablarse de cláusulas resolutorias convencionales y legal, respectivamente.
- (18) La vieja jurisprudencia (1967) se daba el lujo de citar la frase completa en latín, tradición que cada semestre se pierde en las nuevas generaciones de estudiantes, docentes y profesionales del Derecho: "*Resolutio iuris dantis resolvitur ius accipientis*".
- (19) Casación de 15 hrs del 23 de setiembre de 1936, reimpresa en la Nº 61 de 14:45 hrs. del 27 de junio de 1973.
- (20) Planol y Rihort, *Derecho civil francés*, La Habana, Edición Cultural S.A., 1940, T. VI, p. 629, citados por PEREZ VARGAS (Victor) y otros, *Jurisprudencia civil de la Sala de Casación 1950-1975*, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1977, pp. 37-38. Toda la jurisprudencia citada en el presente trabajo proviene de esta última fuente; se expone solamente el origen judicial para comodidad del lector.
- (21) Casación Nº 130 de 15:30 hrs. del 27 de octubre de 1959, II semestre, Torno II.
- (22) BAUDRIT CARRILLO (Diego), *Teoría General del Contrato*, San José, Juricentro, 1982, pág. 23
- (23) En tal sentido: Casación Nº 89 de 15:45 hrs. del 23 de agosto de 1961, Semestre II, Torno I, pag. 204. EN: PEREZ VARGAS (Victor) y otros, *Jurisprudencia Civil de la Sala de Casación*, San José, EUCR, 1978, pág. 38.
- (24) "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales". Constitución Política de la República de Costa Rica, art. 41.

BIBLIOGRAFIA

TRATADOS

- BAUDRIT CARRILLO (Diego), *Teoría general del contrato*, San José, Juricentro, 1982.
- BREÑES CORDOBA (Alberto), *Tratado de las obligaciones*, San José, Juricentro, 5a. ed. 1977.
- BREÑES CORDOBA (Alberto), *Tratado de los contratos*, San José, Juricentro, 1985.
- CASAFONT ROMERO (Pablo), "*La acción resolutoria y la excepción de contrato no cumplido en la legislación costarricense*". *Ensayos de derecho contractual*, San José, Edición del Colegio de Abogados, 1979.
- DIEZ-PICASSO (Luis) y GUILLO (Antonio), *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1978, Vol. II.
- GONZALEZ A. Derecho civil, Buenos Aires, Talleres Gráficos I. Kordás, 1944.
- GUARDIA URIBE (Gastón), *Distingo entre los conceptos de resolución y rescisión en materia contractual*, San José (fotocopia, s.n.e., sin pie de imprenta).
- MAZEAUD (Henri y Léon); MAZEAUD (Jean), *Lecciones de derecho civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte I, Vol. I, 1959.

PEREZ VARGAS (V́ctor), Derecho privado. San Joś, Publitex, 1988.

SANCHEZ MEDAL (Ramón). De los contratos civiles. México, Porrúa, 7a. edición, 1984.

TESIS

BOLAÑOS GENE (Carlos). Rescisión, nulidades y resolución en los contratos civiles. Tesis Facultad de Derecho, U.C.R., 1964.

JIMENEZ DURAN (Marelyn). La rescisión unilateral de los contratos. Tesis Facultad de Derecho, U.C.R., 1987.

ROBELO SOTOMAYOR (René). Nulidad y rescisión. Tesis presentada a la Universidad nacional Autónoma de Nicaragua, 1963.

REVISTAS

AFANADOR (Gonzalo). "Rescisión de la venta por violencia generalizada". Anuario de derecho civil. Madrid, T. XXIV, Oct-dic, 1971, pp. 1203-1213.

IRURZUN GOICOA (Domingo). "La cláusula resolutoria y el pacto comisorio (Nota para un ensayo de su diferenciación)". Revista Internacional del Notariado. Argentina, N°52, año 13, 1961, pp. 27-58.

RAMIREZ CASTRO (Eduardo). "Rescisión convencional". Comentario de sentencia. Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas (fotocopias), pp. 13-20.

LEGISLACION

Costa Rica. Código Civil. San Joś, Editorial Porvenir S.A., 1985.

Costa Rica. Código de Comercio, San Joś, Editorial Porvenir S.A., 1986.

JURISPRUDENCIA

Seleccionada de:

PEREZ VARGAS (V́ctor) y otros. Jurisprudencia civil de la Sala de Casación, 1950-1975. San Joś, Editorial Universidad de Costa Rica, 1977.

La mujer en el contexto sociojurídico romano con referencia a los derechos humanos

Paula Lizano
Ana Cristina Moya

SUMARIO

Introducción—Capítulo I: Ubicación de la mujer en la Roma clásica—Sección I: Situación histórica de Roma durante la monarquía y la república—Sección II: La persona—Sección III: El matrimonio—Sección IV: Condición legal de la mujer—Sección V: El divorcio—Capítulo II: Roma en la época postclásica y la posición de la mujer—Sección I: El imperio y su caída—Sección II: La persona—Sección III: El matrimonio cristiano—Sección IV: El concubinato—Sección V: El divorcio—Sección VI: Condición legal de la mujer—Capítulo III: La posición actual de la mujer—Sección I: Familia de hecho en Costa Rica—Sección II: Similitudes entre el Derecho Romano y nuestro ordenamiento—Sección III: Diferencias entre el derecho romano y nuestro ordenamiento—Sección IV: Comparación de los derechos humanos con la legislación costarricense—Conclusiones.

INTRODUCCION

Las sociedades latinoamericanas se caracterizan por un imponente "machismo", entendido como la supremacía y superioridad del hombre sobre la mujer, en todos los ámbitos de la vida social. Paralelamente se han producido importantes movimientos de lucha por la equiparación de derechos entre hombres y mujeres. Las legislaciones no han escapado a estas tendencias y a lo largo del tiempo han cambiado, en busca de la anhelada igualdad.

Nos preguntamos, sin embargo, cuál es el origen de la tradición discriminatoria. Hemos pensado que quizás podamos encontrar la respuesta en la cultura romana, cuna de la civilización latina. Por ello, en este trabajo hemos de dar un vistazo a la Roma clásica y postclásica, períodos que grandes legados nos dieran. Buscaremos cuál fue la situación femenina y las razones de ella. Analizaremos también breve, pero claramente, la posición de la mujer en Costa Rica y procuraremos comparar ambas para detectar diferencias y similitudes. Esta investigación no pretende ser exhaustiva. No obstante, hemos realizado un esfuerzo para que brinde un panorama lo más completo posible. Es esta la razón por la que incluimos una amplia referencia histórica de la Roma que nos ocupa. Nuestra intención es brindar una visión amplia con el fin de que el lector pueda comprender el por qué de las instituciones estudiadas.

Los primeros moradores de la península itálica fueron los etruscos, que venían del norte. Este era un pueblo poco desarrollado, pues era nómada. En la familia etrusca había lazos de cariño más fuertes que entre los antiguos griegos y romanos. El divorcio era una situación poco recurrente, más bien de difícil aparición. La mujer etrusca tenía un papel importantísimo. Su posición de igualdad se refleja en que se integraba el nombre del padre junto al de la madre. Ellas tenían gran libertad y se les veía en los banquetes sentadas con los hombres. Pese a que los etruscos fueron los fundadores de la civilización romana, sus costumbres siempre fueron mal vistas. Tanto fue el rechazo de los romanos que expulsaron a todos los grupos étnicos no latinos. Con ellos se fueron sus tradiciones. Por otra parte, Roma tuvo la influencia de la civilización griega, en la cual la mujer no tenía gran importancia. La ley se ocupaba poco de las mujeres, salvo en ciertas ocasiones

especiales, como cuando regulaba las cuestiones de la dote. El divorcio era muy fácil para el marido, ya que tan solo buscaba unos cuantos testigos. En Grecia la mujer no tenía ningún derecho. Los únicos contratos que podía llevar a cabo eran las compras en el mercado. Mientras que las obligaciones de una mujer casada eran múltiples (ordenar las labores de los esclavos, crianza y educación de los hijos, velar por los varones hasta que empezaran la escuela y por las mujeres hasta el matrimonio). Con el advenimiento del cristianismo se dio una transformación de las instituciones romanas, que en forma de tradición jurídica ha llegado hasta nuestros ordenamientos, al par de otras conceptualizaciones jurídicas de la mujer, el matrimonio, sus deberes y derechos, desembocando hoy día concomitantemente con las corrientes que propugnan por una liberación de cualquier forma de sometimiento de los seres humanos.

CAPITULO I LA MUJER EN LA ROMA CLASICA

SECCION I SITUACION HISTORICA DE ROMA DURANTE LA MONARQUIA Y LA REPUBLICA

I. ORIGEN DE LA CIVILIZACION ROMANA

Sin duda, el problema del origen de la civilización romana ha sido muy debatido desde distintas épocas. En algunas obras como *La Eneida*, de Virgilio, se habla del origen troyano; en la versión oficial imperial se habla de los míticos Rómulo y Remo, quienes fundan la ciudad por designio divino junto al río Tíber y al Monte Palatino. Sin embargo, las investigaciones científicas nos dicen que el origen de esta civilización se asocia a los siguientes aspectos:

- a) Formación de una etnia (siglos XV al X A.C.) como resultado de la mezcla de dos grupos raciales: griegos micénicos que emigraron a la península itálica por diversos motivos, y tribus indoeuropeas que llegaron allí desde el norte por motivos climáticos y alimentarios. La mezcla de estos grupos formará la raza latina, base de la cultura romana.
- b) Desarrollo de pequeños asentamientos de producción agrícola en la región baja del Lazio italiano. Estos asentamientos desarrollaron algún excedente y una economía de aldea.

Por el siglo IX, estos asentamientos fueron conquistados por una tribu aceptablemente desarrollada y con una gran capacidad militar: los etruscos, provenientes del norte y de origen desconocido. A partir del siglo VII y gracias a un mayor desarrollo agrícola y algún comercio por excedente, las aldeas se convirtieron en una confederación de "ciudades-estado", siendo Roma una de estas, y dirigida por el rey etrusco. A este período iniciado en el año 600 A.C. le llamamos monárquico.

A. *La monarquía (600-509 A.C.)*

Para este período la agricultura está consolidada y se comienza a desarrollar la minería, aspectos que permitirán desarrollar algún comercio sobre todo con los griegos, quienes comenzaban a constituir colonias comerciales en zonas aledañas. Pese a esto, cada ciudad tenía mayor o menor desarrollo; por ejemplo, Roma, debido a su posición junto al río Tíber, pudo desarrollar bastante el comercio. En el campo social, las ciudades desarrollaron dos clases principales: patricios (latifundistas y dueños de minas que estaban vinculados al gobierno etrusco) y plebeyos (gente común: campesinos, comerciantes, etc.). A nivel político y a semejanza griega, se va a ir desarrollando en cada ciudad una asamblea nobiliaria (patricia, llamada posteriormente Senado, encargada de tomar las decisiones locales). Sin embargo, depende de la monarquía etrusca. Conforme avanza el siglo VI, Roma comienza a fortalecerse más y más por el comercio, y poco a poco los etruscos dependen de este comercio romano, por lo que deben hacer concesiones como la creación de una milicia romana. Más tarde, y debido al continuo fortalecimiento de Roma y a las luchas internas de los etruscos (familia de los Tarquinos), los romanos patricios y plebeyos se rebelan contra los etruscos y los expulsan hacia el norte, liberando a las otras ciudades también. A partir de allí se irá consolidando la hegemonía romana en Italia. Es importante rescatar el hecho de que durante la monarquía se consolida la lengua y el alfabeto latinos, altamente influenciados por la cultura griega. Con la rebelión de Roma y la expulsión del gobierno etrusco, finaliza el período llamado de la monarquía, para iniciarse inmediatamente el período conocido como la república.

B. *La república (509-27 A.C.)*

1. *Primera fase (509-264 A.C.) Guerras púnicas.*

En Italia central, a partir de la expulsión de los etruscos, se acelera la expansión romana, tanto a nivel político como económico. Prueba de ello es la formación de la "Liga Latina", dirigida por Roma y que pretendía expulsar de la zona a todos los grupos étnicos no latinos. La expansión y el crecimiento de Roma tuvieron que enfrentar algunos obstáculos, como los ataques de los galos y finalmente la rebelión que las otras ciudades de la "Liga" hacen contra ella. Sin embargo, y gracias al desarrollo de una milicia popular formada por los soldados-ciudadanos y el poder económico, Roma sale adelante de esos obstáculos y logra obtener control definitivo de la Italia central y norte, de la siguiente manera: integración de las ciudades

latinas a su dominio; destrucción de Veyes, último reducto etrusco, dándose mezcla racial; expulsión de los galos hacia el norte del río Arno. La eliminación de la competencia comercial y política de esta zona le planteó a Roma la posibilidad de competir seriamente con las colonias griegas de la Italia del sur. Esta inminente rivalidad económica provocó un enfrentamiento militar.

Por su parte, en Italia del sur, desde hacía un tiempo los comerciantes griegos se habían comenzado a preocupar del rápido fortalecimiento romano, por lo que decidieron, por estar lejos de sus bases, tomar la iniciativa militar. En efecto, los griegos formaron un poderoso ejército que, al mando del general Pirro, invadió Italia. Luego de dos importantes batallas y ante las continuas bajas sufridas en la famosa "victoria pírrica", los griegos se ven obligados a abandonar la península itálica. Para el siglo III A.C. Roma dominaba completamente la península itálica y estaba lista para expandirse a ultramar.

Durante este período, la agricultura era la base indiscutida de la economía, sobre todo con la producción de trigo y cebada. Esta agricultura se desarrollaba tanto en latifundios controlados por los patricios, como en pequeñas propiedades controladas por plebeyos; estos últimos trabajaban para los primeros en épocas de cosecha. La minería continuó desarrollándose y aparece por primera vez una economía monetaria que va a estar controlada por los patricios, dueños de las minas. Esta moneda era utilizada básicamente para el mercado externo, siendo el mercado interno menos desarrollado. Existe un predominio claro de la economía rural.

2. Segunda fase (264-27 A.C.). Expansión internacional

Desde los inicios del siglo III, Roma competía comercialmente con dos rivales poderosos: Grecia (Macedonia) y Cartago; siendo esta última ciudad la principal rival comercial en el área inmediata a Roma. De allí que se van a dar una serie de enfrentamientos diplomáticos que desembocan en largas guerras: las Guerras Púnicas. En las tres guerras, Roma buscó siempre provocar a Cartago, que luego de perder las dos primeras guerras y renacer, fue finalmente arrasada por Roma, aunque no sin dificultad (por ejemplo con Aníbal). En el año 264 A.C. terminan las Guerras Púnicas, y Roma, a partir de su recién pasada experiencia militar, desarrolla la famosa legión o unidad militar semiprofesional de 600 hombres cada una. Unos cien años más tarde, y aprovechando los avances militares y la debilidad interna de Macedonia, Roma declara la guerra a inicia las famosas Guerras Macedónicas, por las cuales y con relativa facilidad se apodera de Macedonia (Grecia, islas y colonias), que se convierte en una provincia romana.

II. DECADENCIA Y CRISIS DE LA REPUBLICA ROMANA

Con el control que los patricios logran de la economía urbana utilizando mano de obra esclava, se generaliza rápidamente el problema del desempleo entre los plebeyos; ante esta situación de tensión social, los patricios, con el fin de mediatizar el conflicto, comienzan a escoger a plebeyos como cónsules. Es claro que la autoridad de los cónsules estaba supeditada al Senado; sin embargo, algunos cónsules plebeyos tratarán de hacer reformas. Tal es el caso de las Reformas de los Gracos, desarrolladas primero por Tiberio Graco y luego por su hermano Gayo. Tiberio propuso lo siguiente: repartición de las tierras conquistadas fuera de Italia, y un intento de regulación del tamaño de las propiedades en Italia. Gayo propuso: una reforma agraria tanto en Italia como en las tierras conquistadas fuera de la península, y la necesidad de que los patricios pagaran impuestos para subvencionar a los plebeyos.

Los hermanos fueron asesinados por personas pagadas por los patricios, en consecuencia las reformas no pudieron ser aplicadas. Al generalizarse la idea de que las intrigas para dichos asesinatos habían sido planeadas en el Senado, se produce una rápida polarización en dos bandos: unos a favor del Senado (patricios) y los otros en contra, dirigidos por los populares. Con el agravamiento de las tensiones, el Senado elige como cónsul principal a Mario, un patricio, el cual, dándose cuenta de la grave realidad, busca debilitar al Senado y proponer un gobierno compartido con los plebeyos, motivo que llevó a su asesinato. En esta coyuntura el Senado llama a Sila, un general patricio al que se le confiere el título vitalicio de dictador. Este reprime las protestas y reintegra el poder absoluto al Senado. Posteriormente, Roma se expande hacia Egipto y el Asia Menor, y para el año 1000 A.C. Roma conquista toda el área alrededor del Mar Mediterráneo, al que llamarán los romanos "Mare Nostrum". Ya para el final de la república, Julio César conquista Francia, Bélgica y parte de Inglaterra, aunque durante estos últimos años la expansión romana se dificulta por problemas sociopolíticos internos.

A. Economía

El desarrollo de la agricultura se verá sensiblemente modificado por la utilización masiva de esclavos (prisioneros de guerra), convirtiéndose la esclavitud en la base de la producción. Este cambio va a provocar un deterioro de la pequeña propiedad y un fortalecimiento del latifundio. Veamos: El latifundio se fortalece debido a que el nivel de producción de este con mano de obra esclava aumenta en cantidad y disminuye de precio, sacando de cualquier competencia al pequeño productor. Los plebeyos venden sus tierras y se trasladan a la zona urbana con el fin de desarrollar algún comercio basado en manufacturas; el cual obtiene, gracias al circulante de riqueza, un rápido desarrollo. Es importante señalar, sin embargo, que poco a poco y gracias a la expansión, comienza a aparecer más rentable importar productos alimenticios de las provincias, por ejemplo trigo de Egipto. Por lo tanto, los patricios van a comenzar a desarrollar un comercio y manufactura a gran escala y con mano de obra esclava que comienza a desalojar a los plebeyos quienes de pronto se ven sin alternativa económica alguna, lo que llevará a serios problemas sociales. Sin duda, para el final de la república la economía de la península comienza a ser básicamente urbana y con producción esclava controlada por los patricios.

B. Organización social

Evidentemente existía una sociedad compleja dividida en clases sociales: clase alta (patricios, dueños de latifundios), clase baja (plebeyos, campesinos que van vendiendo sus propiedades y emigran a la sociedad urbana), esclavos (extranjeros que eran propiedad de los patricios y que en un principio abundaron, pero luego son trasladados a la sociedad urbana); no existe movilidad social: es importante mencionar que las relaciones patricio-plebeyo influyen mucho en la historia política y que el elemento de presión de los plebeyos era el de las legiones, que se trataban de mantener alejadas de Roma.

C. Organización política

El gobierno romano era una república aristocrática dominada enteramente por los patricios y que se organizaba de la siguiente manera:

- a) **Senado:** encargado de la aprobación de las leyes, manejo de las relaciones internacionales, nombramiento de cónsules. El Senado estuvo formado por 300 magistrados que debieron ser patricios hasta el advenimiento de la Ley Hortensia, con la cual los plebeyos podían ser magistrados.
- b) **Cónsules:** eran los ejecutivos del gobierno y eran electos por seis meses con prórroga a un año en caso de emergencia. Eran magistrados.
- c) **Asamblea popular:** asamblea de los plebeyos que nunca tuvo papel importante salvo el de una cámara consultiva.
- d) **Tribunos:** podían ser de dos a diez. Eran plebeyos que tenían derecho a participar sin voz ni voto en las discusiones del Senado, teniendo solamente un veto simbólico. Luego de la Ley Hortensia podrían convertirse en magistrados, eliminando inclusive las reformas políticas anteriores.

III. RELACION DE LA SITUACION HISTORICA CON LA POSICION DE LA MUJER EN LA SOCIEDAD ROMANA DE LA EPOCA CLASICA

Al momento de iniciarse la civilización romana, el pueblo más desarrollado (en cuanto a cultura se refiere), era Grecia. Recordemos que al darse el establecimiento de la monarquía etrusca, también llegan a las costas de la península itálica los griegos, los arios y los cartagos. Dentro de estos pueblos, solo Grecia había desarrollado una organización estable. Su cultura había sido plasmada gracias a que su lengua y alfabeto estaban consolidados. Pese a que los etruscos dominaron políticamente, su cultura no fue absorbida por los otros pueblos que se asentaban en la península itálica. Además, la relación comercial que se mantuvo con los griegos permitió una importación masiva de conocimientos. La tradición griega será llevada a su máxima expresión con el desarrollo que, década tras década, se manifestó en la historia romana.

SECCION II LA PERSONA

I. LA CAPACIDAD JURIDICA

Persona con capacidad jurídica es aquella que reúne los requisitos necesarios para ser merecedor de derechos y obligaciones en un determinado ordenamiento jurídico. De aquí se desprende que para ser sujeto de derechos es necesario que el ordenamiento le reconozca capacidad jurídica. Para los romanos, la capacidad jurídica es específica o concreta, pues se delimita según sea el negocio jurídico. Así, se habla del *connubium* para el matrimonio y del *testamentifacio* para el testamento. En Roma no se puede tomar a cualquier ser humano como persona. Vemos que aquí *"notoda persona era hombre... ni todo hombre era persona"*. (1) Las personas, en Roma, se dividían en dos tipos o clases, tal y como sucede actualmente. Encontramos así lo siguiente: a) Personas físicas o individuos que reunieran ciertas características; b) Personas jurídicas que aun teniendo derechos y obligaciones, no tenían naturaleza individual humana. Las instituciones que por excelencia eran sujetos de derecho, eran las corporaciones y fundaciones.

"Hay personas que no son sujetos de derechos, como el esclavo; también hay sujetos de derechos que no son personas, como las corporaciones y fundaciones". (2)

II. REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA HUMANA

En cuanto a la existencia humana, en Roma se establecieron cuatro requisitos para que un ser humano fuese considerado persona. Estos eran: a) haber nacido, es decir, quedar separado totalmente del vientre materno; b) haber nacido vivo; c) tener forma humana; d) ser capaz de seguir viviendo. El único derecho que eventualmente podía gozar el concebido, era en materia sucesoria. Estos derechos estaban sujetos a la condición suspensiva de que el niño naciera, siempre y cuando cumpliera todos los requisitos anteriormente expuestos. Entonces, si nacía, se presumía que esos derechos le habían pertenecido siempre; si no nacía, la condición suspensiva se consideraba fallida.

III. LOS TRES ESTATOS EN ROMA

En Roma, no bastaba ser hombre para que el ordenamiento jurídico reconociera al sujeto capacidad jurídica. Más bien, esta estaba reservada a los hombres que tenían los tres status que veremos a continuación: libertad, ciudadanía y familia. Solo aquel que era libre, habitante de la ciudad de Roma y poseía el status familiar, tenía plena capacidad jurídica. No obstante, es importante que sepamos que un hombre dotado de plena capacidad jurídica puede ser incapaz de hecho para realizar actos jurídicos, ya sea por enfermedad, incapacidad mental o por otra razón. Por otra parte, se puede dar el caso de un incapaz de derecho con capacidad de hecho. Tal es el caso de los esclavos, a quienes el ordenamiento jurídico romano no les reconocía capacidad jurídica. De esta forma, todo lo que adquiriera por medio de los actos que realizara pasaba a su amo. Asimismo las mujeres no eran consideradas persona porque no podían aspirar a tener ninguno de los tres status que a continuación expondremos.

A. *Status libertatis*

Este era la distinción entre hombre libre con capacidad de actuar jurídicamente y el hombre esclavo. Al esclavo se le trataba como un objeto más, necesario para el trabajo. El esclavo era persona, pero "objeto de derechos". Las personas libres pueden haberlo sido siempre desde su nacimiento; estas son denominadas "ingenuos". Si nacieron esclavos y obtuvieron su libertad posteriormente, se llaman libertos.

Al hablar de esclavitud, debemos saber que en Roma había dos maneras de ser esclavo: por nacimiento o por un hecho posterior al nacimiento. Es decir, los esclavos "nacieron o se hacen". Cuando la esclavitud se da por un hecho posterior al nacimiento, existen dos posibilidades: a) se cae en esclavitud según el *ius gentium* (derecho común a todos los pueblos); b) se cae en esclavitud según el *ius civile romano*. Dentro del *ius gentium* la fuente más común e importante en Roma para devenir esclavo fue la prisión de guerra. Ahora bien: para evitar la pérdida definitiva de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos romanos que caían prisioneros, y por lo tanto en esclavitud, los romanos recurrieron a una ficción legal: la "postliminii", a través de la cual cuando este ciudadano recupera su libertad tiene acceso a sus derechos como si nunca los hubiera perdido. Lo que no se recupera son las situaciones jurídicas de hecho: para recuperar la posesión era necesario volver a tomar posesión de la cosa.

Entretanto, para el *ius civile* de los romanos había varias causas para convertirse en esclavo: a) el paterfamilias con el *manus iniecit* tenía la potestad de hacerlo legalmente; b) cuando había condena capital; c) dejarse vender como broma; d) cuando era determinado por un senado consulto; e) la mujer libre que mantiene relaciones sexuales con esclavo ajeno, sabiendo que lo es. Con respecto a la esclavitud del individuo desde su nacimiento, es importante mencionar que, básicamente, la regla era que el hijo de madre esclava nace esclavo, aunque el padre sea libre. Ahora, si durante la concepción la madre había sido libre, aunque fuera un momento, el hijo nacía libre. El hijo concebido en justa nupcia sigue la condición del padre en el momento de la concepción, mientras que el concebido fuera de justa nupcia sigue la condición de la madre.

Es importante señalar que era prohibido contraer justa nupcia a los cónyuges que no fueran antes ciudadanos romanos. Por lo tanto, si luego el padre cambiara de estado cayendo en esclavitud, el hijo nacía libre, porque fue concebido cuando el padre y la madre eran libres. Ahora, si los padres no contrajeron justa nupcia, el hijo sigue la suerte de la madre en el momento de la concepción, como ya vimos.

Para determinar si al momento de concebir los padres habían contraído justa nupcia, se dio en Roma una teoría de trascendencia hoy día. La misma permitía calcular cuándo era concebida la criatura, y se componía de las siguientes premisas: a) la única fecha conocida en un nacimiento es el parto. Es difícil establecer con precisión cuándo se produjo la concepción; b) el período normal de gestación es de nueve meses, pero bien puede extenderse a 10 meses como máximo, o reducirse hasta seis como mínimo. De esta forma, dicho período no puede sobrepasar esos 10 meses (trecentos días) o ser menor a esos seis meses (180 días); c) a partir de la fecha del parto se contaba hacia atrás para llegar al período comprendido entre los 180 y los 300 días. Justo en esta época debió haber sido concebida la criatura. De esta manera, se creó la siguiente regla: "*Se presume concebida en justa nupcia (sin que pueda probarse lo contrario) a la criatura que nace después de 180 días de celebrado el matrimonio y hasta los 300 días después de disuelto*". (3) Lo que realmente interesa es constatar que el hijo haya sido concebido en justa nupcia, aunque no nazca de esa forma. Puede ocurrir que el hijo nazca en justa nupcia pero que no haya sido concebido en ella. Así, el hijo seguiría la condición de la madre; por lo tanto, de igual forma el hijo nacería libre, puesto que la madre, al contraer justa nupcia, es libre.

Hasta aquí hemos visto cómo se determina que se nazca o devenga esclavo. Ahora bien, al ser considerado tan solo objeto de derechos, el hombre no libre tiene las siguientes restricciones:

- a) No puede contraer matrimonio ni tampoco puede tener familia. Los ordenamientos modernos reconocen como un derecho humano fundamental (consagrado en el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, inciso 1º), que "*los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia(...)*". (4)
- b) No posee derechos patrimoniales; no puede ser deudor o acreedor ni comparecer en juicio.
- c) No puede ser testador ni heredero.

La única figura que favorecía eventualmente al esclavo era el peculio, el cual consistía en la posibilidad de que el dominus otorgara una cantidad de bienes para que el esclavo los administrara y se dejara los beneficios. El dominus seguía siendo el propietario, y cuando moría el esclavo, el peculio regresaba a su dueño. El esclavo en Roma tenía oportunidad de obtener su libertad, por medio de la manumissio, que era *"el acto por el cual un amo manifiesta su voluntad de hacer libre al esclavo"* (5)

En vista de que por el sistema de manumisiones había crecido abundantemente el número de ciudadanos, Augusto dictó algunas restricciones, entre ellas la edad que debían tener los dueños para manumitir (20 años), y los esclavos para ser manumitidos (30 años), y pese a que eran ciudadanos, los libertos nunca tuvieron los mismos derechos ni en el ámbito público ni en el privado. Los ordenamientos jurídicos modernos reconocen como una grave violación al derecho fundamental de la libertad cualquier forma de restricción de la voluntad. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en sus arts. 3 y 4 que toda persona tiene derecho a la libertad, y que nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre. Modernamente también se reconoce el derecho a la personalidad jurídica (art. 6).

B) *Status civitatis*

En Roma los hombres libres se dividían en ciudadanos y no ciudadanos. Los ciudadanos podían ser *ingenuos* o *libertos*. Por su parte, los no ciudadanos podían ser extranjeros o *peregrinos*. En una posición intermedia, entre ambos grupos tenemos a los *latini*. Únicamente los ciudadanos romanos gozaban de todos los derechos civiles y políticos del *ius civile romano*. Como regía el principio de la "personalidad del Derecho", los hijos de los ciudadanos romanos tenían el mismo status, nacieran donde nacieran. La ciudadanía podía adquirirse por nacimiento o por algún hecho posterior. Veamos a continuación estas formas, más detalladamente.

- a) **Por nacimiento:** si ambos padres eran ciudadanos romanos, el hijo también lo sería. Pero si alguno de los padres no lo era, la suerte del hijo sería determinada según sus padres hubieran contraído o no justa nupcia, o bien matrimonio civil romano. Es cierto que quien no fuera ciudadano romano carecía del *ius connubium* y, por ende, del derecho a contraer justa nupcia, pero a veces se otorgó este derecho a latinos y peregrinos. En el derecho moderno, la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 12, señala que *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"*. La discriminación que vivió la sociedad romana formaba parte de su derecho positivo o de sus costumbres, obviamente distintas a las actuales.
- b) **Por manumisión solemne.**
- c) **Por ley:** la ley permitía a una persona adquirir la ciudadanía romana, primero si vivía en Roma (suprimido más tarde); una segunda forma era a través del desempeño de magistraturas locales, o bien mediante la pertenencia a la curia de una ciudad. Por último, se permitía adquirirla como un premio por el servicio militar.
- d) **Por concesión del Poder Público:** el problema que esto presentaba es que no siempre se daba plenamente y, además, no era excluyente de su ciudadanía anterior.

Los derechos que traía consigo la ciudadanía podemos dividirlos en civiles y políticos. Los derechos civiles eran el *"ius commercium"* y el *"ius connubium"*. El primero consiste en poder ser propietario civil o transmitir la propiedad romana por alguno de los modos contemplados en el *ius civile* solo para los ciudadanos romanos. El *ius connubium* era la facultad de contraer matrimonio de acuerdo con el *ius civile romano*.

Entre los derechos políticos tenemos el *"ius honorum"*, que era el derecho a ejercer cargos públicos; asimismo el *"ius suffragii"*, esto es, el derecho a elegir en asamblea; y por último el *"ius actionis"*, derecho de acción ante los tribunales. Pero, al igual que la ciudadanía se adquiría, se podía perder, ya fuera voluntaria o involuntariamente. Primero, tenemos el caso de la pérdida de ciudadanía como resultado de la pérdida de libertad. Otro caso es el destierro del individuo de la *civitas romana* como consecuencia de una sanción del Estado, convirtiéndose en peregrino. Por último, se puede perder por la renuncia voluntaria del individuo para hacerse ciudadano de otra *civitas*. Inicialmente se llamaba peregrinos a los extranjeros, más tarde se denominó así a todos los habitantes de las comunidades sometidas por Roma. En fin, eran extranjeros que formaban parte del mundo romano. No tenían ningún derecho en el ordenamiento jurídico romano, y más bien se les aplicaba el *ius gentium* a través del pretor peregrino. Cuando quería castigarse a los ciudadanos o a los libertos, se les calificaba como peregrinos.

C. *Status familiae*

"El concepto que los romanos tenían de la familia era absolutamente distinto al que tenemos hoy. Para ellos, lo que determinaba quiénes pertenecían a una misma familia era la dependencia de un grupo de personas respecto de otra, llamada pater familias". (6)

De esta forma, vemos que la familia romana se distinguía por ser un grupo de personas que están sometidas a la tutela del pater familias. El vínculo no era sanguíneo sino, más bien, de jefe común. Solo el pater familias tenía todas las características para ser ciudadano porque los que dependían de él tenían una capacidad jurídica incompleta.

Los requisitos para ser paterfamilias eran los siguientes: a) varón; b) ciudadano; c) sin ascendiente varón vivo, o bien, que se haya emancipado; d) no sujeto al poder de un tercero, bien por adopción, bien por adrogación. En cuanto a los dos primeros requisitos, es notable la enorme discriminación que se daba contra la mujer y contra todas las demás personas excluidas del status civitatis. Bajo el manus del pater estaban: a) la mujer que se casaba con el jefe o con alguno de sus hombres; b) los hijos legítimos (ambos sexos) y la descendencia. Este poder del pater se denominaba patria potestad; c) las personas que adopte, poder llamado potestad del mancipium. Obviamente las tendencias del ordenamiento jurídico moderno rifien con tal situación histórica, dada la moderna igualdad de derechos de los cónyuges dentro del matrimonio. En cuanto al parentesco, es decir, al vínculo de familia que une a dos personas, encontramos en Roma los siguientes tipos:

- a) Parentesco natural, de sangre o por cognación.
- b) Parentesco civil, agnaticio o por agnación, basado en la dependencia de personas a un mismo pater.
- c) Parentesco por afinidad, que consiste en el parentesco entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro.
- d) Parentesco con gentilidad, que es el parentesco que tienen los que pertenecen a una misma gens.

Para ingresar a una familia existían cuatro vías:

- a) Haber sido concebido dentro del matrimonio de los padres.
- b) Los hijos legitimados, si la concepción se produjo fuera del matrimonio.
- c) La mujer, cuando ha celebrado justa nupcia acompañando al matrimonio la conventia in manu.
- d) Los extraños, mediante la adopción.

Asimismo, existían formas para salir de la familia. Primero, debemos saber que para que una persona pudiera salir de la familia a la que pertenecía, era necesario un acto voluntario del pater. Un caso especial era el divorcio, que más adelante expondremos con mayor detenimiento. Otra forma de salir de la familia era mediante la emancipación, la cual es un acto libre del pater mediante el que un hijo sale de su potestad. Esta forma no requería el consentimiento del hijo.

IV. LA CAPITIS DEMINUTIO

"Es la alteración que experimenta una persona al pasar de un estado a otro". (7)

Es posible que una persona cambie su estatus. Por ejemplo, puede trasladarse de libre a esclavo, de ciudadano a no ciudadano. Es posible, al cambiar de estado, que se aumente o se disminuya la capacidad. Los romanos conocieron tres clases de capitis deminutio:

- a) **Máxima:** Ocurría cuando la persona caía en esclavitud, perdiendo así todos sus derechos y sus bienes. Además de esto, su propia persona quedaba también como propiedad del amo.
- b) **Media:** Se daba cuando un ciudadano de Roma emigraba a otra ciudad, o bien cuando era deportado. Perdía la ciudadanía romana pero seguía siendo libre, y podía acogerse a los derechos de la nueva ciudad donde residiera.
- c) **Mínima:** Tenía lugar al alterarse el estado de familia. Podía significar un aumento o una disminución de la capacidad. Aumento, si un alieni iuris se hacía sui iuris porque se emancipaba de la familia a la que pertenecía; disminución, si un sui iuris se hacía alieni iuris.

Un caso que nos interesa en cuanto a esta disminución de capacidad es con relación a la mujer. Disminuye su capacidad si es sui iuris y se casa "cum manus", ingresando a la familia del marido. Veamos: Si la mujer era alieni iuris, su padre, abuelo o marido tenía potestad sobre ella; si era sui iuris necesitaba un tutor, porque era capaz de hecho pero el ordenamiento la privaba de capacidad jurídica; el tutor permanecía en el cargo hasta que contrajera matrimonio con manus e ingresara a la familia del marido, pasando de esta forma de sui iuris a alieni iuris.

SECCION III EL MATRIMONIO

El derecho romano nos muestra dos formas de matrimonio que de ninguna manera tenían la importancia que esta institución tiene actualmente. Estas son el ius nuptiae o matrimonio válido con sus efectos y el concubinato con sus efectos también, pero nunca con el nivel del primero. Estas dos formas matrimoniales tienen los siguientes tres elementos comunes: a) se trata de uniones duraderas y monogámicas de un hombre y una mujer; b) los sujetos tienen la intención de procrear hijos y apoyarse mutuamente en los problemas de la vida; c) ambas formas eran socialmente respetadas, y para ninguna de ellas se exigían formalidades jurídicas o intervención estatal alguna.

Durante la época clásica, para contraer matrimonio debía tenerse el ius connubii. Dicho derecho era disfrutado tan solo por quienes eran considerados ciudadanos romanos, los cuales cumplían con los tres status de rigor. Sobre esta base es que se dará una diferenciación entre los matrimonios de hecho y los matrimonios de derecho. Las personas que pertenecían

a otras categorías sociales, tales como libertos, peregrinos, plebeyos, etc. quedaban fuera del amparo legal para realizar esta unión. Tanto el matrimonio como la familia de hecho (concubinato) eran uniones legales, pero el concubinato era de naturaleza jurídica inferior al matrimonio.

I. MATRIMONIO ROMANO

"El matrimonio romano no es una relación jurídica sino un hecho social que produce efectos jurídicos reflejos (semejante en esto a la posesión que es igualmente un factum que genera también efectos jurídicos). El matrimonio supone una comunidad de vida de marido y mujer, sostenida por la affectio maritatis, esto es, por la conciencia en ambos cónyuges de que la comunidad que integran es un matrimonio". (8)

Las regulaciones del matrimonio son, sobre todo, éticas. La base de esta unión era el *affectio maritatis* y mientras existiera se daba la subsistencia del matrimonio. La única restricción legal era el *ius connubii*, o sea, el derecho de casarse. El matrimonio romano surge por el consentimiento continuo o duradero. No estaba sujeto a formalidades de ninguna especie. Una presunción de matrimonio recordada por Modestino confirma la independencia del matrimonio romano clásico respecto de cualquier formalidad esencial. Hasta la Lex Canuleia, del 455 A. C. no fue reconocido el matrimonio entre patricios y plebeyos. El viejo principio que negaba la condición de *iustae nuptiae* a las uniones entre ingenuos y libertos, pareció que cayó en desuso hacia la segunda mitad de la república, y solo fue restablecido por Augusto en orden de los matrimonios entre libertos y personas de rango senatorial.

A. Requisitos

Existían requisitos para la *iustae nuptiae*, que surgen como consideraciones de orden ético, social y político, a saber:

- a) Aquellos cuya violación es un *impedimentum divimens*, que produce la nulidad del matrimonio.
- b) Los *impedimentum tantum*, los cuales llevan a multas o sanciones disciplinarias para el funcionario que no tuvo cuidado de verificar que se cumplieran.

Dentro de los requisitos necesarios para el matrimonio estaban:

- a) Que los cónyuges tengan el *connubium*. Antes de la Lex Canuleia los contrayentes debían ser patricios y de nacionalidad romana (esta restricción fue eliminada con los Antonionos).
- b) Tanto el hombre como la mujer debían ser sexualmente capaces. Se estableció una mayoría de catorce y doce años respectivamente.
- c) Los cónyuges como sus anteriores paterfamilias debían dar su consentimiento para el matrimonio.
- d) Los cónyuges no pueden tener lazos matrimoniales anteriores. Esto porque se sigue la tradición monogámica romana.
- e) No puede haber un parentesco sanguíneo entre los cónyuges. Se permitía el tercero o cuarto grado de consanguinidad.
- f) Debe tenerse una clase social parecida para que hubiera una similitud de educación e intereses.
- g) El justo matrimonio no se puede celebrar entre adúltera y amante; entre raptor y raptada.

B. Efectos producidos por el *ius nuptiae*

- a) Los cónyuges deben ser fieles. *El derecho romano es más estricto con la mujer que con el marido. Sí, las "aventuras", siempre que no fueran en el lugar del domicilio conyugal, estaban permitidas para el hombre. La mujer adúltera siempre comete delito público.*
- b) La esposa tiene el derecho y el deber de convivir con su esposo. Si se queda en otra parte, el marido puede reclamarla.
- c) Los esposos deben ayudarse el uno al otro en cuanto a alimentación.
- d) Estarán bajo la patria potestad los hijos que nazcan en ese matrimonio.
- e) Los hijos deben seguir la función del padre.

C. Mujer *sui iuris*

Esta figura es también conocida como *mater familia*, ya sea que esté o no casada. Puede tener un patrimonio y ejercer la autoridad sobre los esclavos. Pero el *manus* y la *mancipium* solo pertenecían al hombre.

II. EL CONCUBINATO

El concubinato era la cohabitación estable con una mujer de baja condición, generalmente una liberta. No existía la "*affectio maritatis*", entendida como falta de intención de ser marido y mujer. Este afecto negativo, atestiguado por la ausencia de *honor matrimonii* hacía que el cónyuge desvirtuara fácilmente la relación conyugal. Por otra parte, los preceptos legales establecían que la convivencia con persona libre y honrada es siempre matrimonio, de lo contrario se incurriría en el delito de "*stuprum*".

El concubinato no fue castigado por ley y tampoco llegó a ser reprochado por la conciencia social sino que fue admitido como producto de la estratificación social basada en la desigualdad de clases. A su difusión contribuyeron, en gran medida,

las leyes matrimoniales de Augusto, las cuales fueron dictadas con el fin de adcentrar la población y poner fin a la corrupción de costumbres que se adueñaban de la sociedad ya para los comienzos de la época imperial. Entre estas leyes estaban la Lex Iulia de maritandis ordinibus, del año XVIII A.C. y la Lex Papia Poppaea. Aparte de los impedimentos matrimoniales descritos para evitar la mezcla de la alta clase social con personas no deseables o de baja condición. Entre estos podemos mencionar los senadores y sus descendientes con libertas artistas e hijas de artistas. Se establece que los hombres mayores de 25 y menores de 70 años, así como las mujeres comprendidas entre los 20 y 50 años tenían la obligación de contraer matrimonio. Por todas estas razones podemos decir que el concubinato vino a constituir una especie de matrimonio marginado, o dicho de otra manera, con una mujer de condición social inferior.

Durante la época clásica, el concubinato no fue objeto de una disciplina jurídica; era una institución de hecho, meramente tolerada pero fuera del derecho.

SECCION IV CONDICION LEGAL DE LA MUJER

"Se ha definido que todo ser humano que reuniera las cualidades de libertad, ciudadanía y de ser sui iuris, era una "persona" para el derecho romano. Podrá ser titular de derechos y sujeto de obligaciones, pero no siempre podrá ejercer aquellos por razón de que era muy joven, o sufría una enfermedad mental, o simplemente por su sexo". (9)

Durante el período clásico, la mujer fue considerada incapaz de hecho. Se determinó su incapacidad en el campo político, y además se le restringió en el privado. Esto último lo vemos reflejado en el hecho de que se le sometió a tutela perpetua. Además, una mujer nunca podía tener potestad sobre otras personas. Por último, estaba incapacitada para suceder por testamento.

I. DERECHOS PATRIMONIALES

La mujer, aunque poseyera bienes, no podía disponer de ellos, ya que su tutor era el único que tenía esa potestad:

"...el interés de la ley se manifiesta en la protección de su patrimonio, mediante la institución de la tutela. No se estimó la tutela en beneficio de la persona, la mujer como tal no interesaba, pero sí lo era su patrimonio, el cual se cuidaba en protección de intereses hereditarios". (10)

Solo necesitaba tutor la mujer que no estaba sometida a la potestad de su pater, o en el caso del matrimonio sine manus, de su marido. La mujer que contraía matrimonio sine manus, por ejemplo, y moría su pater, quedaba sui iuris. Entonces, era necesario designarle un tutor, ya fuera por testamento, bien por ley o por mandamiento judicial. El tutor actuaba a través de la auctoritas interpositio, con lo que se demuestra la incapacidad de actuar de la mujer, y venía a ser un administrador de los bienes de aquella, actuando como si fuera propietario de los mismos.

Esta justificación de la tutela no tenía gran fuerza, ello permitió a la mujer intervenir cada vez más en la administración y disposición de sus bienes. De esta forma, el tutor solamente aprobaba los negocios jurídicos de la mujer. Posteriormente se reduce la intervención del tutor a una mera formalidad, por cuanto al mujer obtiene el derecho de otorgar la aprobación de un negocio jurídico aunque fuera en contra de la voluntad de aquel:

"En el derecho clásico, el poder originario del tutor sobre la persona y el patrimonio había desaparecido desde largo tiempo, y también la gestión de negocios por cuenta de la mujer. La mujer administra ya su patrimonio y, por tanto, no alcanza a su tutor responsabilidad alguna. Su función consiste ahora únicamente en prestar su auctoritas en determinados negocios jurídicos". (11)

Como dijimos anteriormente, el tutor podía ser designado por testamento, por ley o por el juez. Según esto, la designación tomará el nombre de testamentaria, legítima o dativa, respectivamente. Lo normal era que el tutor fuera designado por testamento. Si no ocurría así, la ley establecía que era llamado a desempeñar la tutela el pariente agnado más próximo de la mujer, o bien uno de los gentiles. Si no tenía parientes agnados o había dos o más en igual grado de parentesco o no había gentiles, tenía lugar la designación dativa, hecha por el magistrado. Más adelante hubo otro avance, porque se permitió a la mujer —vía testamento, que antes designaba al tutor— la facultad de elegir a su propio tutor e incluso de sustituirlo:

"La tutoris optio fue también entendida del modo más amplio. Se podía conceder a la mujer que eligiera un tutor general, o varios tutores, según los negocios, y, lo que es mucho más grave, se le podía permitir que renovara la elección más de una vez, sin limitación alguna (optio plena)". (12)

"Además, la jurisprudencia halló el procedimiento para facilitar a la mujer cambiar el tutor a su voluntad, bastaba con que la mujer ingresara bajo la potestad marital de un tercero de su confianza, sin contraer realmente matrimonio pero sí en la forma de la coemptio; después el tercero concedía la emancipación a la mujer, y posteriormente se hacía su tutor fiduciario". (13)

II. ACCESO A CARGOS PUBLICOS

En Roma, la mujer estaba excluida de las funciones públicas; no tenía acceso a ninguna: *"La superioridad del sexo masculino, tanto en la legislación como en las costumbres, era una de las preferencias del pueblo romano"* (14). Los romanos creían en la inherencia de la inferioridad femenina y definían a este sexo como el *"imbecillitas sexus"*. Las mujeres romanas no tuvieron capacidad política alguna.

"Su participación política tiene lugar entre bambalinas como asesoras de sus esposos (tal es el caso de Plotina, a quien se le adjudicaba gran parte de la gloria de Trajano), o bien mediante ruidosas manifestaciones por la ciudad, como en el caso de introducir el culto a las divinidades orientales y el movimiento contra la Ley Oppis que prohibía el lujo a las romanas". (15)

Esta situación de discriminación la vemos reflejada en los requisitos necesarios para ocupar alguna magistratura, y está claro que las mujeres no pueden ocupar ninguna, ya que no cumplen con ninguno de los tres estatus. Otro aspecto importante de recalcar es que todos los magistrados tienen potestas, y bien sabemos que la mujer está imposibilitada de tener potestad sobre alguien.

SECCION V EL DIVORCIO

El divorcio, al igual que el matrimonio, era un hecho de carácter privado. El matrimonio se disuelve, sobre todo, por la falta de *affectio maritalis* de parte de alguno de los cónyuges. Había gran libertad para divorciarse, por cuanto aunque permanente, el matrimonio era disoluble. (16). Dentro de las causales de divorcio encontramos: a) la muerte de uno de los cónyuges; b) al sobrevenir el *repudium*, el cual era una declaración unilateral hecha por uno de los cónyuges ante la falta de *affectio maritalis*. Según Augusto, debía evitarse mantener una relación estéril y mejor era dejar que se dieran nuevas relaciones que quizá darían hijos a la patria; c) por mutuo consentimiento. Después de las Guerras Púnicas los divorcios se hicieron cada vez más frecuentes. La sociedad veía el divorcio con indiferencia.

CAPITULO II ROMA EN LA EPOCA POST-CLASICA Y LA POSICION DE LA MUJER

SECCION I EL IMPERIO Y SU CAÍDA

I. EL IMPERIO (27 A.C.-476 D.C.)

A. Primera fase (27 A.C.-305 D.C.)

Esta fase incluye el período de mayor desarrollo de la civilización romana y es, además, el inicio de la planificación central de la economía a cargo de la autoridad imperial. La primera medida que se toma es la división productiva del imperio entre Italia y las provincias, es decir, que se institucionaliza la tendencia que ya venía desde la república, sea ésta que las provincias produzcan alimentos y en Italia se desarrolle la ganadería a gran escala, así como el comercio. Dentro de esta perspectiva, el mercado interno dependerá enteramente del externo, que será la clave de la economía imperial. El comercio será controlado por los patricios y utilizará mano de obra esclava. Dentro de este sistema, Roma importaría materias primas, distribuiría alimentos mediante el mercado interno y produciría bienes manufacturados que distribuiría en Italia por el mercado interno, exportando a través del mercado externo.

La economía fiscal creció rápidamente ante la necesidad objetiva de mantener a un Estado centralizado y burocrático, dado el auge del comercio y la implementación de sistemas monetarios más acordes a las necesidades de entonces. El sistema fiscal, asimismo, pidió de los ciudadanos la tributación por transacciones comerciales y por la propiedad. Con el fin de superar la crisis social heredada de la república, Octavio tomó tres medidas: a) desarrollo del sistema de colonato en las tierras conquistadas por Roma fuera de Italia, para provocar emigraciones y desarrollar pequeñas unidades de producción agrícola en tierras; b) crecimiento de la burocracia civil; c) crecimiento del ejército. Podemos concluir que durante esta fase el comercio (mercado externo) era la base de la economía, y los esclavos (dependientes de la expansión) la base de la producción.

1. Organización social

En la sociedad rural se conocieron dos clases: *alta*, conformada por los patricios, dueños de los latifundios dedicados a la ganadería; *esclavos*, pocos extranjeros que trabajaban en la ganadería. No se conoció la movilidad social. La sociedad urbana estaba conformada por una clase *alta*, de patricios, que eran grandes comerciantes y manufactureros; una clase *media*, donde ciudadanos populares ejercen puestos muy importantes en la burocracia y sobre todo en el ejército; clase *baja*, integrada por mano de obra libre del Estado, tanto como burocracia civil y militar; *esclavos*, que eran millares de trabajadores de la

empresa privada, que dependían básicamente de los patricios. Se conoció alguna movilidad social entre las clases baja y media. Fuera de Italia, la relación social se manifestó de un modo distinto: clase alta, populares dedicados a la administración civil y militar. Élite total; clase media baja: plebeyos dueños de pequeñas y medianas unidades de producción agrícola; baja, masa local; esclavos, relativamente pocos, extranjeros al servicio de los plebeyos o de la élite local.

Con el fin de solucionar los problemas sociales, se desarrolló un Estado imperial, cuya estabilidad dependía de la expansión y seguridad políticas. Este Estado estaba dirigido por un emperador escogido con sutileza política por los principales militares. El Estado era centralizado y burocrático, debido a la planificación central de la economía, y se organizaba de la siguiente manera: a) *Emperador*: tenía los siguientes atributos: comandante en jefe de los ejércitos, jefe supremo del Estado, administrador del Tesoro (política económica y fiscal), gobernador de Roma, encargado de nombrar la alta burocracia dentro y fuera de Italia, manejo absoluto de las relaciones internacionales. b) *Senado*: se convierte en una cámara consultiva carente de poderes reales, aunque podía supervisar las políticas imperiales, sin criticarlas demasiado; además, cumplía funciones teóricas como el nombramiento del Emperador.

B. Segunda fase (305-476 D.C.)

La caída de Diocleciano marca el inicio de la crisis que llevará a la destrucción del imperio romano. Aprovechando ese incidente, comienzan a darse las invasiones desde el noroeste por parte de los galos y los germanos, quienes ocasionan serios problemas al mercado exterior. Paralelos a esta situación, los regionalismos se acentúan luego de la pérdida de un líder, aparte de que el cristianismo se expandía velozmente entre los gentiles o miembros de la clase baja, debido a que proponía una excelente oportunidad de cambio social. Las luchas internas dentro del ejército provocaron la utilización de mercenarios con el fin de obtener el triunfo militar.

La llegada al trono imperial por parte de Constantino significó un cambio violento en la organización romana, ya que este llegaba al poder con el apoyo de Alejandría, Damasco y Constantinopla, pero contra Roma. De allí que Constantino, ante la presión interna y el ataque externo, traslade la capital del imperio a Constantinopla, agravando el problema regional. Por otro lado y ante la continua expansión del cristianismo, Constantino lo legaliza dentro del imperio mediante el edicto de Milán, en el año 305. Más tarde es declarado como la religión oficial por Teodosio, quien, además, cayendo en el problema estructural, hereda el trono a sus dos hijos, y divide el imperio en dos: el de Occidente, con Roma como capital, y el de Oriente, con Constantinopla como sede. Para esa época (395) los conflictos entre las dos capitales se habían hecho muy violentos y la seguridad fallaba fuertemente, llegándose incluso a contratar a soldados mercenarios (germanos para defenderse de germanos). El desorden provoca miedo y este una corrupción violenta, por la cual el sector privado desfinanciaba al público agrietando la planificación central de la economía, que ya estaba debilitada por los problemas del mercado exterior.

El siglo V es sombrío en la historia de Roma, puesto que además de los germanos que la atacaban desde el norte apareció un pueblo de origen mongol, sumamente violento: los hunos. El pillaje de los centros urbanos se hizo cada vez más común y las tropas romanas se desmembraban. En el año 476, Roma cae en poder de los bárbaros y se destruye el Imperio Romano de Occidente, sobreviviendo el Imperio Oriental hasta el año 1453, en que es destruido por los turcos.

Esta segunda fase marca la crisis del imperio occidental hasta su destrucción. La crisis de la planificación central de la economía se da en realidad por dos factores: a) la falla del mercado exterior por la piratería (es el factor más importante); b) la corrupción privada y la ineptitud pública. Con la crisis del mercado exterior y las actividades de él derivadas se comienza a dar la liberación de los esclavos ante la dificultad de su mantenimiento, lo cual eventualmente provocaría una imposible recuperación productiva. La relativa abundancia de circulante (no riqueza) ante la poca disponibilidad de productos generó un proceso inflacionario que finalmente derivó en un período de depresión económica que terminó de destruir el sistema monetario de intercambio. La crisis de la planificación central de la economía implicó el despido tácito de militares y sobre todo burócratas que se convirtieron en desempleados. La economía urbana en Roma entra en una crisis definitiva y las personas se ven obligadas a emigrar a la zona rural de Italia para dedicarse a una agricultura de subsistencia en las tierras de los patricios, en el sistema llamado *beneficio* (*benefitium*) típico de la economía feudal. Comienza la economía rural a ser la más importante.

En la sociedad rural la relación patricios/pocos esclavos en la actividad ganadera se va transformando por la liberación de los esclavos y migraciones plebeyas desde la ciudad, apareciendo el sistema señorial en las relaciones señores/siervos. En la sociedad urbana, los esclavos son liberados y las clases media y baja prácticamente desaparecen por las emigraciones. Los patricios se dedican a las pocas actividades comerciales con mano de obra extranjera. Luego desaparecen y se integran a la sociedad rural. Por otra parte, uno de los elementos que puede considerarse de gran trascendencia en la caída del Imperio Romano de Occidente es el debilitamiento del sentimiento nacional romano, debido básicamente a tres elementos:

- La población romana que se encontraba dispersa a lo largo del imperio vio revertida la romanización cuando la planificación central de la economía y el mercado exterior se fueron quebrando.
- La población romana que vivía en Italia fue asimilando poco a poco elementos bárbaros, sobre todo germanos. Tiende a darse en este caso una síntesis romano-germánica, que se manifiesta finalmente en la unión étnica y la aparición de culturas neolatinas.
- La expansión y consolidación del cristianismo minó la estructura jerárquica y la eficiencia administrativo-militar del imperio, debido a los conceptos de igualdad y aspiración de un mundo donde lo importante es el valor espiritual.

El aporte cultural romano es de proporciones inmensas para la humanidad, no solo por el latín como vehículo de comunicación o por sus lenguas derivadas, sino también por el Derecho, la ingeniería, etc. Con la caída de Roma nace a la historia el período conocido como feudalismo.

SECCION II LA PERSONA

I. CONCEPCION CRISTIANA DE PERSONA

Antes de la llegada del cristianismo a Roma, no todo ser humano era considerado persona. *"En Roma, o se nacía persona con todos los derechos inherentes a la ciudadanía romana, o se nacía simplemente hombre, sin derecho alguno(...)"*. (17) Con el advenimiento del cristianismo cambia la concepción de mundo y de hombre, visión que prevalece, con mutaciones, hasta nuestra época. Para los analistas de la historia

"Cristo no presentaba su enseñanza con el carácter de una nueva forma de filosofía que hubiera que aceptar solamente por su valor demostrativo racional. Ni tampoco como una religión más, que vendría a sumarse a las innumerables que poblaban el panteón romano, sino como una revelación divina, que debía ser aceptada por la fe, y como una religión única, verdadera, universal y obligatoria para todos los hombres". (18)

El cristianismo no concibe al hombre dualmente, como persona o cosa. A la Iglesia cristiana pueden pertenecer todos aquellos que por medio del rito del bautismo deseen hacerlo, y a todos, sin distinción alguna, se les reconoce su calidad de persona. En tanto que en el derecho romano se hacía distinción entre las personas por su estatus.

"El concepto de persona en el cristianismo es diferente al romano; se es persona tan solo por el hecho de ser hombre, porque este es una criatura de Dios hecha a su semejanza". (19)

El cristianismo tiene como postulados básicos la libertad, la igualdad y la fraternidad. En la libertad se reconoce el libre albedrío, la autonomía de dirección del ser humano. Por ello con el cristianismo se da la abolición de la esclavitud, *"porque también la creación misma será libertada de la esclavitud de corrupción a la libertad gloriosa de los hijos de Dios"*. (20) Los seguidores de Cristo predicaban que el esclavo es un ser humano, que al igual que todos los hombres ha sido creado a imagen y semejanza de Dios. En consecuencia, ningún hombre puede ser dueño de otro; todos son siervos, pero del Creador.

"Las enseñanzas apostólicas y los ejemplos de la práctica de la Iglesia influyeron tan eficazmente en los cristianos de los primeros siglos, que no fue necesario a la legislación eclesiástica intervenir para ordenar la actitud de los amos con sus esclavos, ni viceversa. De modo que la Iglesia no dejó de recordar a los cristianos sus deberes de sumisión hacia sus amos, pero dentro del mismo seno enseñó a los amos a manumitir a sus esclavos, no solo de hecho, sino también de derecho, legalizando ese acto ante el Estado". (21)

Por otra parte, el cristianismo predica la igualdad entre todos los seres humanos. Las enseñanzas del apóstol cristiano Pablo dicen: *"Y a no hay esclavo ni libre; no hay varón ni mujer, porque todos vosotros sois uno en Cristo Jesús"*. (22) *"Todos los hombres tienen un alma igualmente espiritual, inmortal, igualmente creada a imagen y semejanza de Dios y rescatada por la sangre divina de Cristo"*. (23)

La nueva doctrina no buscaba eliminar los gobiernos. Reconocía la necesidad social de mandar y obedecer, y la necesidad de la autoridad para evitar la guerra de todos contra todos, pero dentro del marco de la libertad y la igualdad. Puede afirmarse sin temor a error que es con el cristianismo con que nace la fraternidad:

"Para establecer la fraternidad se necesita el ejemplo y las enseñanzas de un Dios; Dios es amor, y este amor le lleva hasta dar a su hijo Cristo para salvar a los hombres, y el hijo de Dios se sacrifica por nosotros. Con Cristo se instaure una ley nueva a los hombres, y es la ley del amor". (24)

En este gran amor de Dios por los hombres, vamos a encontrar el sentido de la fraternidad. El mismo Jesús, afirmó: *"Al que te hiera en una mejilla, preséntale también la otra; y al que te quite la capa, ni aun la túnica le niegues"*. (25)

II. LA FAMILIA CRISTIANA

En el cristianismo, el segundo mandato principal es el amor: se debe amar al prójimo como se ama a uno mismo. Vimos cómo en la concepción romana la familia era una organización basada en la potestad de un pater. Con el advenimiento del movimiento cristiano el vínculo de unión será el amor que une a los cónyuges y a sus hijos. El lazo de unión ya no será la sumisión al pater sino el amor de todos los miembros de la familia.

"A diferencia de la familia romana mantenida únicamente con vínculos jurídicos, la familia cristiana tiene una finalidad ética, superior a la simple asociación material del pater y sus subordinados". (26)

Así, lentamente se va introduciendo en el derecho romano la nueva concepción, la del vínculo sanguíneo. La potestad humana que tenía el pater sobre todos los miembros de la familia disminuye, y ahora esa potestad solo existe para beneficio de esos miembros. Recordemos que el pater tenía sobre sus hijos aun el poder de venderlos y el poder de vida y muerte. Además, su potestad era ilimitada, porque cada familia se regía de acuerdo con sus propias costumbres. Aún en tiempos del imperio las tradiciones centralizadas en el poder paterno fueron perdiendo fuerza, pues el poder, en última instancia, se concentraba en el emperador; la autonomía familiar iba decayendo.

Ya para el período de los emperadores cristianos, el tipo de familia romana típica es abolido. Se dician disposiciones que castigaban al pater por los abusos cometidos contra sus hijos. El interés de los emperadores por borrar la concepción clásica romana de familia se acentúa, y por fin es abolido en 365 D.C. con Valentiniano I, quien dictó una constitución que establece la competencia de los jueces para castigar a los padres por las faltas que cometan contra sus hijos. Igualmente la legislación de los emperadores cristianos prohibió la venta de los hijos. La única excepción era vender a la criatura si los padres estaban pasando una situación de humana miseria; caso lo estableció Constantino. Pero en el momento en que se dieron grandes abusos de este permiso, se crearon nuevas medidas para prevenirlos y castigarlos. Por último, con Justiniano se establece definitivamente la libertad del hijo.

Un campo en el que también sufre modificaciones la patria potestad es el patrimonial: "*De ser un beneficio del pater, pasa a ser un derecho cuyo ejercicio debe ser en beneficio de los hijos*". (27) Recordemos que los pater frecuentemente otorgaban bienes a sus hijos para que los administrasen y obtuviesen beneficios de ellos, a pesar de no ser dueños. Es la figura conocida con el nombre de peculio. Los peculios se habían construido de diversas clases, según su origen:

- 1) *Peculio profecticio*: es el concedido directamente por el pater al hijo o a un esclavo, pero que sigue perteneciendo en propiedad al pater. En consecuencia, si muere el hijo, los bienes regresan al patrimonio familiar pero no por concepto de herencia sino porque nunca su propiedad salió del patrimonio del pater. Se estimó que el pater respondía de las deudas contraídas por las personas sometidas a su potestad, hasta el monto del peculio.
2. *Peculio castrense*: estaba compuesto por lo que adquiría el hijo en su carrera militar y aun por ciertas donaciones y herencias. Esto podía disponer de esos bienes por testamento, pero si no lo hacía y moría, volvían al pater. Después, Justiniano permitió la sucesión ab intestato (no testamento) de esos bienes.
3. *Peculio quasi-castrense*: conformado por los bienes adquiridos por el hijo en la función pública. Se asimiló al tratamiento del peculio castrense.
4. *Peculio adventicio*: eran los bienes que recibía el hijo de su madre por cualquier concepto. El pater solo usufructuaba de estos bienes; no tenía sobre ellos ningún dominio.

Pues bien, Justiniano modificó todo el sistema anteriormente referido, y estableció que el pater solo sería propietario de lo que el hijo adquiriese con recursos dados por él, su pater. Todo lo demás sería considerado *peculio adventicio* y el pater podría ser administrador y usufructuario, pero sin facultad de disposición.

III. INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO EN LA CONCEPCION ACTUAL DE PERSONA

El postulado cristiano de igualdad, libertad y fraternidad influyó primeramente en el derecho romano, al punto de eliminar el status civitatis y libertatis, que eran absolutamente contrarios a lo que planeaba el cristianismo. El derecho romano, al ser fundamento de los ordenamientos jurídicos actuales, transmitió esa enorme influencia a dichos sistemas. De esta manera, vemos que hoy día es persona con capacidad jurídica aquella que es titular de derechos y obligaciones. Persona puede ser un ser humano o, incluso una institución. En los modernos sistemas jurídicos no encontramos esa división tan tajante que existía en Roma con respecto a las personas. Actualmente se respeta la condición de ser humano intrínsecamente. No obstante, se distingue entre capacidad jurídica y capacidad de actuar, lo cual no es discriminatorio sino que busca proteger la condición del incapaz. En las personas físicas, la capacidad de actuar está condicionada por la idoneidad cognoscitiva y volitiva. En ningún momento el sexo constituye una causa de incapacidad de actuación. Esa concepción refleja el principio cristiano de igualdad, y con ella se respetan los derechos humanos, influidos enormemente por ese acontecimiento que transformó al mundo entero.

SECCION III EL MATRIMONIO CRISTIANO

Con esta institución se quiere reforzar el amor entre los hombres. Se quiere que el vínculo no sea una mera jerarquía de potestad sino una unión en amor y paz. Se pretende eliminar esa asociación en busca de bienestar material y cambiaria por una finalidad moral o ética. A través de la igualdad que se predicaba, se buscaba el respeto y el convivio entre los miembros de la familia. "*Así, los derechos de los padres sobre los hijos van cambiando de ser derechos exclusivos en beneficio suyo a ser derechos para ejercitarnos en beneficio de los hijos*". (28) El matrimonio cristiano es universal porque puede ser aplicado en cualquier cultura, y tanto como sacramento de la confesión cristiana tradicional, no se lo niega a ningún cristiano por ninguna conveniencia económica, política o social. Además, dentro de la confesión llamada católica, apostólica y romana se le considera perpetuo. Se reconoce que se una vez hubo consentimiento o voluntad, no puede ser revocado, y "*lo que Dios ha unido, el hombre no lo separe*". Se busca darle un carácter divino al matrimonio, ya que había sido degradado tan

solo a un interés pecuniario con las leyes de Augusto. Los requisitos que se establecieron para el ius nuptiae fueron ratificados y reafirmados por el cristianismo. En algunos casos se dio un cambio para que el vínculo de amor fuera más fuerte. Entre esos casos se prohibió el matrimonio: a) entre tío y sobrina; b) entre cuñados; c) entre primos hermanos; d) en parentesco espiritual (padrinos y ahijados). Tales consideraciones fueron hechas ya no con un motivo político-económico (como prevaleció entre los romanos) sino religioso.

SECCION IV EL CONCUBINATO

Los emperadores cristianos elevaron el concubinato (no favorablemente) a cierto grado de institución jurídica, con miras de tutelar la familia legítima. Tendieron a suprimir el concubinato, por lo que limitaron las donaciones y los legados a la concubina y a los hijos de ella, mejor conocidos como "*liberi naturales*"; además, vedaron la arrogación de los hijos, pero procurando inducir en medidas transitorias al matrimonio. Así, se le consideró una institución ilegítima debido a la gran influencia del cristianismo, el cual, si bien en sus inicios lo admitió, lo hizo con la condición de que cada cristiano no tuviera más que una concubina. Al ir adquiriendo mayor auge, esta doctrina elevó la institución matrimonial a categoría de sacramento, y prohibió las uniones fuera del matrimonio, con lo que resultó pecado grave el vivir en concubinato. Se calificó ese estado como fornicación, y se le dio el carácter de comercio sexual prohibido.

Solamente Justiniano mostró una tendencia favorable: moderó y casi eliminó las limitaciones a los donativos y a los legados. Concedió a la concubina y a los hijos naturales un derecho limitado a la sucesión legítima, derecho a alimentos en comparación con los hijos legítimos y elevó a institución jurídica permanente la legitimación. Además, manteniendo la semejanza con el matrimonio, extendió al concubinato los mismos requisitos: monogamia rigurosa, edad conyugal, impedimentos de parentesco y afinidad. Todas estas transformaciones afectan la esencia misma del concubinato al eliminar los impedimentos matrimoniales de índole social. Se pudo tener como concubina también a una mujer "*honesta ingenua*" con solo que se hiciera una declaración expresa. Después de esto, la institución del concubinato puede entenderse como la cohabitación con una mujer de cualquier condición sin "*affectio maritatis*".

SECCION V EL DIVORCIO

A partir de Constantino, se empieza una lucha contra la facilidad del divorcio. Combaten el fácil *repudium* y se establecen causales específicas para que se dé la disolución. Dentro de las causales de divorcio que se establecen con Justiniano están: a) por mutuo consentimiento; b) por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley (insidias al otro cónyuge, adulterio, lenocinio); c) sin consentimiento y sin causa legal, en cuyo caso el divorcio es válido; d) *bona gratia*, no hay culpa en los cónyuges sino en circunstancias que harían inútil el matrimonio (impotencia, cautividad prolongada) o inmoral (voto de castidad).

Con la influencia del cristianismo el matrimonio es declarado indisoluble por naturaleza: "*Todo el que repudia a su mujer y se casa con otra, comete adulterio; y el que se casa con una repudiada por su marido, comete adulterio*". (29) Se da igualdad a los hombres y se eliminan diferencias patrimoniales que venían desde Augusto. Pese a que se trató de hacer esta unión indisoluble, por el crisol cultural que vivía el imperio, Justiniano delimitó algunas justificaciones para que se diera la disolución. La disolución debía estar de acuerdo a derecho y no regulada por la *affectio maritatis*.

SECCION VI CONDICION LEGAL DE LA MUJER

La condición legal de la mujer cambia enormemente a causa del cristianismo. Con los emperadores cristianos se dignifica y transforma la situación de la mujer. Para 321 D.C. Constantino abolió la tutela, y reconoció que las mujeres mayores de edad están en igualdad de derechos con los varones. Enorme influencia en el mejoramiento de la condición de la mujer tuvo el cambio en la concepción de familia, referida páginas antes. Recordemos que ahora la familia es vista como un vínculo sanguíneo sagrado, y no como la descendencia de un antepasado común.

Con este reconocimiento, la mujer tiene mayor participación y nuevos deberes. El cristianismo, además, le otorga una misión: "*El amor cristiano será el gran patrimonio de la mujer, que la dignifica, iguala y emancipa, dentro de la sociedad cristiana, teniendo derechos y deberes que cumplir como persona plena*". (30) Ahora la mujer tiene derecho de sucesión, y dentro de la familia tiene mayor libertad, ocupando una mejor posición. Más adelante, se reconoce a las madres el derecho a la tutela de los hijos: "*La legislación aparecida bajo la influencia cristiana consagra en favor de la madre los derechos que ella tiene por naturaleza*". (31)

CAPITULO III LA POSICION ACTUAL DE LA MUJER

SECCION I FAMILIA DE HECHO EN COSTA RICA

En nuestro país, la familia de hecho se encontró en sus inicios al margen de la ley, por basarse nuestra legislación familiar en la institución matrimonial entendida como sacramento, en virtud de la influencia de la Iglesia. La mera convivencia llegó a ser un tipo de unión antisocial, que dentro de las comunidades pobres se reconoció como una forma de unión válida, tanto en el aspecto interno como en el externo de la relación. Por el contrario, dentro de las clases altas, esta unión no ha sido totalmente aceptada.

Para llegar al mejor reconocimiento de la familia de hecho, nuestro ordenamiento jurídico ha seguido un camino lento y tortuoso, pero constante. A ese tenor, el 26 de mayo de 1969 se aprobó por acuerdo de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Seguros, N° 5237-1, el Reglamento para conceder renta a las compañeras de los trabajadores asegurados. En este reglamento se dispone en el art. 12 que *la compañera* de un trabajador asegurado que fallezca como consecuencia de un riesgo profesional tendrá derecho a renta, siempre que los beneficiarios legales no hayan consumido el 75% del salario anual del trabajador. Tales disposiciones asimilan a la compañera del trabajador a la condición de la cónyuge supérstite, siempre que antes se hayan satisfecho las prestaciones que se otorga a los beneficiarios legales, y que se cumplan los requisitos para figurar como rentistas que anteriormente se hayan exigido a las compañeras.

Continuando este reconocimiento protector, la Dirección de Seguros Obligatorios y Similares del Instituto Nacional de Seguros se encuentra plenamente capacitada y autorizada para extender el período de renta hasta por un plazo de cinco años más, previo estudio socioeconómico, en los casos de madres, esposas, compañeras, padres o cualquier otro causahabiente que presente condición de invalidez absoluta y que al vencimiento del período legal de renta demuestren dependencia cierta y absoluta de la pensión que reciban del Instituto. Con todo, nuestra legislación, en materia de mujer y familia, mantiene cierta similitud conceptual con la tradición clásica romana, si bien se ha separado sustancialmente de ella.

SECCION II SIMILITUDES ENTRE EL DERECHO ROMANO Y NUESTRO ORDENAMIENTO

- a) **La patria potestad:** en Roma se otorgaban derechos al padre y obligaciones al hijo. Hoy, la patria potestad es también una relación jurídica bilateral. Así se establece en el artículo 134 del Código de Familia. La patria potestad no da derecho a enajenar ni gravar los bienes del hijo, salvo en caso de necesidad o de provecho evidente para el menor. Para ello será necesaria autorización judicial si se tratare de inmuebles, o de muebles con un valor superior a diez mil colones.
- b) **Concepto de adopción:** coinciden ambos regímenes jurídicos en el principio de que la adopción no suprime los derechos sucesorios respecto de la familia de origen. En el art. 116 del Código de Familia se dice: *"El adoptado conserva todos los derechos y obligaciones que le vinculen con sus parientes consanguíneos y afines, pero la patria potestad sobre el adoptado pasa al adoptante o adoptantes"*.
- c) **Concepto de legitimación en el matrimonio del menor.** el art. 21 del Código de Familia establece: *"Para la celebración del matrimonio del menor es necesario que cualquiera de sus padres en ejercicio de la patria potestad otorgue su asentimiento y no están obligados a motivar su negativa (...)"*.
- d) **Concepto de emancipación:** en nuestro ordenamiento está regulado en cuanto al matrimonio, ya que el menor alcanzará la mayoría de edad con el mismo. El art. 19 del Código de Familia reza: *"El matrimonio del menor de quince años quedará convalidado sin necesidad de declaratoria expresa por el hecho de no separarse los contrayentes durante un mes después de que el cónyuge menor cumpla esa edad"*.
- e) **La monogamia:** aunque no hay un artículo expreso en el código que establezca la monogamia, se ve que está implícito en el espíritu de la ley (art. 14 C. Familia).
- f) **Requisitos para celebrar el matrimonio:** Dentro de ellos encontramos: 1) tanto los hombres como las mujeres debían ser sexualmente capaces y tener 14 y 12 años respectivamente, en el derecho romano. En el derecho actual, la impotencia es causal de nulidad, en caso de que así lo quiera el otro cónyuge (art. 20 C. Familia). Para contraer matrimonio, la edad establecida son 18 años, pero si los padres o tutores dan el asentimiento, los menores de edad pueden hacerlo (menores entre 15 y 18 años); 2) en Roma, los cónyuges debían obtener el asentimiento del matrimonio (sin regularse específicamente su edad). No obstante, como lo mencionábamos, actualmente el asentimiento de los padres debe darse si el contrayente es menor de edad (art. 21 C. Familia); 3) no puede haber parentesco de consanguinidad entre los cónyuges (hasta tercer o cuarto grado); así se establecía en el derecho romano. Esta figura es retomada por nuestra legislación, y el art. 14 inciso 2 del C. de Familia establece: *"Es legalmente imposible el matrimonio: entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad. El impedimento no desaparece con la disolución del matrimonio que dio origen al parentesco por afinidad"*; y el inciso 3): *"entre hermanos consanguíneos"*.

- g) **Divorcio por mutuo consentimiento y divorcio por causales:** Constantino le dio gran importancia a este deslinde, dado que la institución del repudio había causado una anarquía marital. En nuestra legislación se establecen como causales de divorcio, entre otras, el adulterio de cualquiera de los cónyuges, las sevicias físicas o psicológicas, el abandono malicioso y voluntario, el incumplimiento de deberes, así como se prevé la separación del vínculo matrimonial sin necesidad de causal (divorcio por mutuo consentimiento; ausencia del cónyuge).
- h) **Representación del incapaz:** los romanos previeron la vigilancia de las personas sui iuris que no tenían noción del alcance de sus actos, fuese por falta de edad o por defecto mental (incapacidad). Esta figura fue legada a nuestra institucionalidad jurídica, y se refleja en los siguientes articulados: Art. 38 del Código Civil: *"El menor de quince años es persona absolutamente incapaz para obligarse por actos o contratos que personalmente realice, salvo lo dispuesto sobre matrimonio"*. Art. 41 del mismo cuerpo: *"Los actos o contratos que realice el incapaz mental serán relativamente nulos, salvo que la incapacidad esté declarada judicialmente en cuyo caso serán absolutamente nulos"*.
- i) **Medidas de protección del pupilo:** se establecen medidas para prever las arbitrariedades del tutor. El artículo 188 del Código de Familia obliga al representante o tutor a rendición de cuentas. Asimismo el art. 203 del Código de Familia le impide utilizar los bienes del representado sin autorización judicial.

SECCION III DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO ROMANO Y NUESTRA LEGISLACION

- a) La tradicional *agnatio* del derecho romano constituye una base muy distinta del parentesco sanguíneo moderno.
- b) La división entre romanos sui iuris y alieni iuris da lugar a una duplicidad entre abrogación y adopción, que nuestro derecho no ha conocido.
- c) La patria potestad moderna no tiene tantas facultades como la romana de la época preclásica. En nuestro Código de Familia están reguladas en los arts. 127-150, siendo el más representativo el primero, que al efecto establece: *"Compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente"*.
- d) El derecho romano no reconoce a los hijos ilegítimos. En nuestro ordenamiento se establece en el art. 85 del Código de Familia: *"Los padres de un hijo nacido fuera de matrimonio podrán reconocerlo de común acuerdo o separadamente. Cuando el reconocimiento lo hiciera la madre, no podrá revelar el nombre de la persona con quien hubo al hijo, lo mismo que expresar cualquier circunstancia mediante la cual pudiere ser identificada"*.
- e) La división entre concubinato y iustae nuptiae tenía una significación que no es la que se tiene actualmente. Solo se le da importancia a la formalidad del matrimonio de derecho.
- f) El divorcio se daba con sencillez, mientras que en Costa Rica se delimitan los casos y circunstancias en las que se puede dar un divorcio. Así, por ejemplo, tenemos el art. 48 del Código de Familia: *"Será motivo para decretar el divorcio: a) el adulterio de cualquiera de los cónyuges; b) el atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro, o de sus hijos; c) la tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción o la corrupción de los hijos de cualquiera de ellos; d) la sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos; e) la separación judicial por término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los padres..."*.
- g) Castigó, el derecho romano, la soltería y la falta de hijos. En nuestro ordenamiento es la libertad del hombre la que determina la unión matrimonial.
- h) Las mujeres siempre estaban tuteladas en Roma. Actualmente, tanto hombres como mujeres deben ser mayores de edad para independizarse de la tutela. Así lo estipula el art. 37 del Código Civil que dice: *"Son mayores de edad las personas que han cumplido dieciocho años; y menores, las que no han llegado a esa edad"*.
- i) La mayoría de edad en Roma comenzaba a los veinticinco años. De la pubertad a la edad estipulada, colocaban una fase de curatela facultativa.
- j) La patria potestad romana era ejercida solo por el pater familias tanto sobre los hijos como sobre la madre. Actualmente esta visión ha cambiado gracias a la igualdad planteada históricamente por el cristianismo. El art. 138 del C. de Familia estatuye: *"El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio"*.

SECCION IV COMPARACION DE LOS DERECHOS HUMANOS CON LA LEGISLACION COSTARRICENSE

Actualmente, el hombre se ha venido preocupando cada vez más por el mejoramiento de las condiciones de vida. Analizaremos aquí taxativamente los artículos de la Declaración de Derechos Humanos, estrechamente relacionados con el legado de la civilización romana.

1. El art. 12 reza así: *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están*

de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". La igualdad que se nos plantea actualmente no se conoció en Roma. Se establecían requisitos muy estrictos para que los ciudadanos tuviesen tal calificación. La ciudadanía era reservada para los patricios que eran pater. En nuestro ordenamiento, la igualdad de individuos se establece con el rango máximo, en el art. 33 de la Carta Magna.

2. El art. 2 dice: *"1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía"*. En Roma tampoco se vivió una concepción similar. La mujer fue conceptualizada como un objeto y no un sujeto de derecho.
3. El art. 4º de la Declaración establece: *"Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas"*. En Roma, la esclavitud fue parte intrínseca del sistema desarrollado. Los esclavos no eran personas sino parte de la producción. En su mayoría eran prisioneros de guerra. Esta situación daba origen y justificación económica y social de su existencia. En nuestra constitución se establece el "no" a la esclavitud en el art. 20, párrafo segundo: *"...no puede ser esclavo el que se halle bajo la protección de sus leyes (de la República)"*.
4. El art. 6 de la Declaración dice: *"Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica"*. La personalidad jurídica en Roma está determinada por los tres estatus (libertatis, familiae y civitatis), por lo que fue adquirida por una elite de valores. En nuestro ordenamiento se sigue la línea de los derechos humanos y varios artículos hablan sobre la personalidad jurídica, entre ellos el 20 y el 33, antecitados.
5. El art. 12 de la Declaración reza: *"Nadie será objeto de injerencia arbitraria en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques"*. La mujer en Roma no era así considerada. Ella estaba al servicio y bajo la manus del pater, a quien debía obediencia. Nuestra Constitución Política, artículo 28, se refiere a la libertad del individuo así: *"Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley. No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas"*.
6. El artículo 16 de la Declaración contiene: *"1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"*. En Roma tenía cierta importancia el consentimiento de los cónyuges según el concepto de affectio maritatis. Pero, pese a ese consentimiento, la relación no se caracterizaba por la igualdad. La mujer, una vez casada, pasaba a ser parte del agnado y no tenía más derechos que los que podía tener cualquier hijo. En nuestro ordenamiento, pese a que se sigue el consentimiento romano, se equipara la situación de la mujer a la del hombre. Así, el art. 52 constitucional establece que: *"El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges"*.

CONCLUSIONES

La cultura romana constituye la piedra angular de los modernos sistemas sociales. El más importante aporte de los romanos resultó ser ese derecho que poco a poco fue modificándose y evolucionando hasta el nacimiento de un ordenamiento jurídico que respetara más la dignidad humana. Como pudimos apreciar, en un principio Roma discriminó inadvertidamente entre sujetos, e ignoró los que ahora reconocemos como derechos fundamentales del hombre, tales como la igualdad, la libertad, el reconocimiento de la capacidad jurídica, el derecho a contraer matrimonio, entre otros. Con la caída del imperio surge el cristianismo, el cual influye enormemente en el derecho romano. Plantado sobre los principios de igualdad, libertad y fraternidad universales, este movimiento histórico trajo una nueva visión del mundo, del derecho y del ser humano. Ya no se trataba de hacer distinciones entre personas si todos resultaban iguales ante los ojos de Dios. En punto a los derechos de la mujer, la visión cristiana del derecho transforma la concepción tradicional sobre ella, especialmente en los campos de familia y matrimonio. Esta última institución sufre un cambio radical que determina y es determinada por la primera. La mujer adquiere un lugar más dignificante y el poder absoluto del pater sobre todos los miembros de la familia queda rezagado en la historia. Será ese vínculo de sangre y ahora de amor, el carácter diferenciador de la familia cristiana, que conlleva el respeto de los derechos de los miembros entre sí.

En la actualidad el pensamiento cristiano, que se refleja en el derecho romano, tiene enorme influencia en diversos ordenamientos jurídicos que basan su vertebralidad en las instituciones romanas. Distintas legislaciones, incluida la nuestra, mantienen figuras derivadas tanto del romanismo como del cristianismo. Es el caso de la personalidad y la capacidad jurídica,

el modo como se reconoce en los ciudadanos sin distintos de raza, color, religión, sexo u otro motivo. Los derechos que asisten a la mujer en su función personal, familiar o social, también fueron modificados definitivamente. Por otra parte, el vínculo sanguíneo de la familia cristiana se mantiene en nuestra época. Gracias a la influencia en comentario, se ha logrado establecer el principio de igualdad entre los cónyuges. En Costa Rica, uno de los principios esenciales para la aplicación del Código de Familia es la igualdad de derechos entre cónyuges e, incluso, las instituciones paralelas y alternas al matrimonio civil se ven beneficiadas, tal es el caso del matrimonio de hecho y específicamente el del hijo producto de esa unión, al cual se da un trato igual que al hijo de matrimonio formal. En cuanto al matrimonio, se establece como finalidad la vida en común y el mutuo auxilio; se coloca a los esposos compartiendo la responsabilidad y el gobierno conjunto del hogar.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que *"Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón, de conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros"*. Este principio se desarrolla en la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde se proclama que *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos"* (artículo 1) y que *"toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados (en ella), sin distinción alguna"* (artículo 2), y desautoriza las discriminaciones por motivos de sexo.

Más adelante, la Organización de las Naciones Unidas crea dos pactos internacionales: el de Derechos Civiles y Políticos, y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en ambos se busca garantizar la no discriminación por sexo. En el Pacto de San José se reconoce (artículo 24) que todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia tienen derecho a igual protección, sin considerar el sexo. En 1967 la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. La Declaración representa una proclamación general de la política de las Naciones Unidas respecto de la igualdad de derechos del hombre y la mujer y la eliminación de la discriminación por razones de sexo. Esta declaración, en su art. 1, expresa: *"La discriminación contra la mujer, por cuanto niega o limita su igualdad de derechos con el hombre, es fundamentalmente injusta y constituye una ofensa a la dignidad humana"*.

Para 1979 las Naciones Unidas aprobaron la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Esta Convención, de 30 artículos, establece en forma jurídicamente obligatoria, principios aceptados universalmente y medidas para conseguir que la mujer goce de iguales derechos que el hombre. Finalmente, en 1990 salió a la ley la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, en pos de un trato más igualitario en el trabajo, en la política y en la familia, entre otros ámbitos. Queda claro, no obstante, que el problema no se va a resolver con la simple promulgación de normas jurídicas, internas o internacionales. Es necesario hacer hincapié en que la intolerancia sexual no va a desaparecer con la simple suscripción y ratificación de tratados internacionales. El trabajo comienza en la mente de cada hombre y de cada mujer.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) ARIAS RAMOS, op. cit., pág. 56.
- (2) ERRAZURIZ, Maximiliano, op. cit., pág. 1
- (3) Ibid, pág. 19.
- (4) Declaración Universal de Derechos Humanos
- (5) ERRAZURIZ, pág. 25.
- (6) Ibid, pág. 41.
- (7) Ibid, pág. 41
- (8) Kaser, Max. op. cit., pág. 256.
- (9) MONGE, Carlos, op. cit., pág. 128.
- (10) Ibid, pág. 129.
- (11) Kaser, Max. Citado por MONGE, Carlos, op. cit., pág. 130.
- (12) Bonfante, Pedro. Citado por MONGE, Carlos, op. cit., pág. 130
- (13) Gaius 1, 166. Citado por MONGE, Carlos, op. cit., pág. 130
- (14) Ibid, pág. 129.
- (15) RIVERA, Tirza. op. cit., pp. 28-29.
- (16) MONGE, Carlos, op. cit., pág. 13.
- (17) MONGE, Carlos, op. cit., pág. 102
- (18) FRAILE, Guillermo, op. cit., pág. 63
- (19) MONGE, Carlos, op. cit., pág. 104
- (20) Sagrada Biblia, Romanos 8:21
- (21) MONGE, Carlos, op. cit., pág. 105
- (22) Sagrada Biblia, Gálatas 3:28
- (23) MONGE, Carlos, op. cit., pág. 106
- (24) Ibid, pág. 108
- (25) Sagrada Biblia, Lucas 6:29
- (26) MONGE, Carlos, op. cit., pág. 113
- (27) Ibid, pág. 117
- (28) Ibid, pág. 114.

- (29) Sagrada Biblia, Lucas 16:18
(30) MONGE, Carlos. op. cit., pág. 132
(31) Ibid, pág. 132.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A. Derecho romano I. Parte general. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977.
- BONFANTE, Pietro. Historia del derecho romano. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Vol. I, 1944.
- CASTRO CID, Benito de. El reconocimiento de los derechos humanos en América. Madrid, Tecnos, 1a. edición, 1982.
- FLORES, Fanny. "Conquistas jurídicosociales de la mujer en la democracia". EN: La mujer y la política. Ecuador: 1988.
- FRAILE, Guillermo. Historia de la filosofía II. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1960.
- GUIER, Jorge Enrique. Historia del derecho. San José, EUNED, 2a. edición, 1984.
- JUAN XXIII. Pacem in Terris. Colombia, Ediciones Paulinas, 6a. edición, 1968.
- KASER, Max. Derecho romano privado. Madrid, Editorial Reus S.A., 1968.
- MARGADANT, Guillermo. Derecho romano. México, Editorial Esfinge, 2a. edición, 1965.
- MONGE R., Carlos. La influencia del cristianismo en el derecho romano. Universidad de Costa Rica. Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho. 1975.
- NACIONES UNIDAS. Actividades de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos. New York: 1986.
- NACIONES UNIDAS. Convención Interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer.
- NACIONES UNIDAS. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. 1979.
- NACIONES UNIDAS. Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer.
- RIVERA, Tirza Emilia. Evolución de los derechos políticos de la mujer en Costa Rica. San José: MCJD. Dirección de Publicaciones. 1981.
- RODRIGUEZ DE MUÑOZ, Carmen. El status de la mujer latinoamericana: ley y costumbre. Medford: Programa de Ley y Protección. 1977.
- Sagrada Biblia. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, Preparada por Elonio Nácar y Alberto Colunga, 6a. edición, 1970.
- TREJOS, Gerardo. Introducción al derecho de familia costarricense. San José, Colegio de Abogados, 1977.

BUFETE
ROJAS FRANCO
& ASOCIADOS

felicitamos a los estudiantes de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Costa Rica
con motivo de la publicación de la presente edición de la
Revista Hermenéutica,
la cual representa un esfuerzo en favor
de la investigación y el análisis jurídico.

BUFETE
Mora y Rivera

se une al aplauso general con que ha sido recibida
la noticia de una edición más de la
revista estudiantil de ciencias jurídicas,

Hermenéutica

y felicitamos a quienes con su esfuerzo y dedicación
la hicieron posible.

San José, mayo de 1992