

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas

Año 1. No. 2

**SAN JOSE, COSTA RICA
DICIEMBRE
1984**

**Revista Estudiantil de Investigaciones
Jurídicas / Asociación de Estudiantes,
Facultad de Derecho, Universidad de
Costa Rica. -- vol. 1, no. 2, 1984.-- San
José, Costa Rica: La Asociación, 1984.**

v. , 24 cm.

1. Derecho-Publicaciones Periódicas

COMITE EDITOR

**Claudio José Donato Monge
María Stella Fernández Brenes
Gustavo Adolfo Cordero Jenkins
Alberto Porras González
Alfredo Chirino Sánchez**

CONSEJO ASESOR:

**Dr. Víctor Pérez Vargas
Lic. Henry Issa El Kohury
Dr. Rafael González Ballar**

SUSCRIPTORES DE HONOR

SR. FEDERICO ALVARADO AGUILAR
LIC. FERNANDO BATALLA ESQUIVEL
LIC. MARIO ALBERTO BRENES LUNA
LIC. MARIO CARAZO ZELEDON
LICDA. MARIA ELENA CHASSOUL MONGE
SR. JAVIER CHAVES BOLAÑOS
SR. ALEJANDRO DELGADO FAITH
LIC. LUIS ORLANDO FERNANDEZ BRENES
SRTA. KARLA GONZALEZ CARVAJAL
LIC. RICARDO GONZALEZ VARGAS
LIC. TOMAS FEDERICO NASSAR PEREZ
LIC. MANUEL PERALTA VOLIO
LIC. ANTONIO ROBLES AGUILAR
DR. JOSE ENRIQUE ROJAS FRANCO
LIC. CARLOS ENRIQUE SALAZAR GAMBOA
LIC. ROMAN SOLIS ZELAYA
LIC. ORLANDO SOTO ENRIQUEZ
LIC. ERICK THOMPSON PIÑERES

BUFETE ZÜRCHER MONTOYA ZÜRCHER
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
FEDERACION DE ESTUDIANTES DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
GRUPO DEMOS (FACULTAD DE DERECHO)
GRUPO MARCHA (FACULTAD DE DERECHO)

AGRADECIMIENTO

En esta edición queremos manifestar nuestro más sincero agradecimiento a los suscriptores de honor y a las siguientes personas: Ewald Acuña, Ana Nelly Arce, Francisco Chacón, Omaira Durán, Luis Diego Flores, Ricardo González, Tatiana López, Jenny Quirós, Carolyn Robert, Jorge Solergibert, Alan Thompson, Luis Diego Vargas, Fernando Vargas y Liliana Zamora; quienes colaboraron desinteresadamente para que este segundo número de la REVISTA ESTUDIANTIL DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, pudiera ser editado.

De una manera especial expresamos nuestro profundo agradecimiento a Giovanna Balmaceda, José Francisco Solano (Chico) y Francisco Zamora (Pin), quienes facilitaron en gran medida nuestra labor con su constante disposición a nuestras solicitudes.

Finalmente agradecemos a todas aquellas personas que con su apoyo, estímulo y confianza en nuestra labor, nos impulsaron a seguir trabajando en esta empresa de gran trascendencia para nuestra Facultad.

Comité Editor

PRESENTACION

El abuso de la palabra crisis como calificativo del actual orden de cosas imperante en el país, ha tornado al término irrelevante e, incluso, se ha llegado a pensar que la llamada crisis actual es un fenómeno coyuntural -y, por ende, transitorio-, que será superado con el simple transcurrir del tiempo y el avance lineal por los mismos caminos que han sido trazados de antemano y por los cuales ha transitado nuestra nación en las últimas décadas.

Sin embargo, es erróneo considerar que la situación social, económica y política en la que estamos insertos, es simplemente de ajuste. Todo lo contrario, la problemática nacional tiene su origen en la conformación estructural de dependencia que rige nuestra vida como pueblo.

Y no es sólo una dependencia en el plano económico, sino que también, y esto es lo más grave, se trata de una dependencia cultural, una dependencia de mentalidad. Es necesario por consiguiente, hacer un análisis de nuestra circunstancia y tomar conciencia del papel que debemos desempeñar en la sociedad. A este fin, una vez más, la palabra "crisis" nos será de gran utilidad.

Es conveniente recurrir a la etimología del término en cuestión, para formarnos una mejor idea de su significado, el cual, por el uso reiterado y computivo de la expresión, se ha diluido.

*El vocablo crisis proviene del griego *krisis* (juicio, decisión). Así pues, cuando se afirma que algo está en crisis se quiere dar a entender que ese algo está siendo sometido a juicio, es decir, se está cuestionando su validez. En este sentido, una crisis siempre es saludable, ya que a través de ella se van a poner a prueba, y se ponen en duda las bases sobre las cuales se levanta el edificio social. En fin, es un cuestionamiento de las estructuras, entendiéndose por éstas aquellos elementos fundamentales (instituciones, grupos sociales, medios de producción, etc.) que conforman un todo social y cuyo cambio (cambio estructural) provoca una reacción en el todo, que deja de ser lo que era, para llegar a ser algo distinto. Cuando no se da este tipo de transformación, no estamos frente a un cambio estructural, sino ante un simple paso coyuntural.*

El marasmo en el cual se haya nuestro país se origina en la conformación

básica del mismo. La precipitación hacia el colapso social y económico es inminente, a menos que se estructure de modo diverso el Estado costarricense. Hay que enjuiciar nuestras instituciones con el fin de valorar el papel real e histórico que desempeñan en la sociedad del siglo XX. El apego irreflexivo a las instituciones únicamente por el sólo hecho de la tradición es tan erróneo como su rechazo a priori, por las mismas razones. Toda crítica, en cuanto tal, es de por sí sana, pero es fundamental cuando los valores y fundamentos de una sociedad han dejado de cumplir sus fines y son, por el contrario, un obstáculo al progreso. Así, se hace necesario rejuvenecer el orden económico y social.

Pero para que este cambio garantice en la mayor medida posible la paz y la democracia de un pueblo es conveniente que se dé en forma gradual, paulatina. Y no lo podrá ser si no se opera paralelamente una nueva mentalidad, una nueva forma de pensar y ver la realidad. Debe, así, haber una relación dialéctica entre el cambio mental y el social que se condicionan recíprocamente. De otro modo, el sistema se resquebrajará por sus "cuatro costados," y aflorará, probablemente, la violencia como el único medio para alcanzar la justicia social. Esta justicia implicará una equitativa distribución de la riqueza, una amplia reducción de la marginación social y un adecuado acceso a la información para que la sociedad y el individuo desarrollen al máximo sus potencialidades, así como también acceso a los medios de producción.

Optar por la vía de la transformación gradual, y no por la violenta, tiene de por sí sus ventajas: brinda mayor oportunidad a los grupos sociales para amoldarse a la nueva situación; permite garantizar, en mayor medida, los derechos individuales y sociales; evita el quebrantamiento económico al que conduce una lucha intestina; etc.

Evidentemente, para pretender esto, se deben sopesar las diversas fuerzas socio-políticas con el fin de saber cuál es su estado actual y el papel que desempeñan en el seno de la sociedad. Con esto, podremos conocer cuáles necesitan una re-estructuración radical y cuáles cumplen aún su cometido histórico. Una de las más importantes fuerzas es el Derecho.

El Derecho como instrumento social no es ni beneficioso ni perjudicial, sino simplemente eso, un instrumento. Puede ser promotor de la evolución social u obstáculo para la misma. Es pues, la mentalidad de quienes instrumentalizan lo que la hace progresista o totalmente anacrónicas y conservadora.

Esto resalta la trascendental función del jurista en el medio social. De él depende, en gran parte, el avance del país hacia nuevas etapas de bienestar social y democracia, o hacia el caos nacional. No es entonces gratuito empeñarse en que se opere una nueva mentalidad en este campo profesional.

Los estudiantes de Leyes de hoy serán los profesionales del mañana. Pocas veces en la historia de nuestro país ha pesado sobre los hombros de las nuevas generaciones una responsabilidad histórica tal, la cual es ineludible. La historia juzgará si estos nuevos abogados realizarán una labor encomiable, o, si por el contrario, su actitud merece el reproche.

Conciente de que una nueva mentalidad es requisito imprescindible para lograr el bien común a través del Derecho, La REVISTA ESTUDIANTIL DE INVESTIGACIONES JURIDICAS da a la publicidad, artículos sobre distintos

aspectos de las instituciones jurídicas nacionales con la finalidad de formar una actitud crítica en el estudiante de Derecho. La apatía que caracteriza a nuestros estudiantes, es indicador inequívoca de la poca o nula conciencia que tienen de la realidad nacional. Las efímeras preocupaciones que ocupan al estudiante en general, ahogan en él posibilidad de una formación crítica. Crear esta actitud crítica es uno de los objetivos de esta publicación. Para esto, mediante los artículos de la Revista, se hacen observaciones a los distintos problemas que plantea nuestro ordenamiento jurídico.

Con este segundo número que hoy entregamos al público, damos un paso hacia adelante en la permanencia, consolidación y periodicidad de este órgano estudiantil, único en su género en toda la historia de la Facultad de Derecho. Y, precisamente, lo sui generis de la publicación, es el hecho de que los mismos estudiantes son los que han elaborado los artículos que la conforman. Esto revela que ya se está produciendo una modificación en la actitud de un sector de estudiantes, sector que poco a poco se va haciendo más extenso. Una conveniente actitud intelectual que impulse un nuevo orden más justo, debe ser acogida por todos los educandos de los centros de enseñanza superior. De este modo, se podrá separar la paja del grano.

*Gustavo Adolfo Cordero Jenkins
Comité Editor*

Una Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas es, ciertamente, una iniciativa inusitada; a primera vista podría parecer un contrasentido.

Es, sin duda, un contrasentido para quienes continúan pensando en la universidad como "proporcionadora" de ciencia pre-confesional a estudiantes considerados como usuarios pasivos de un servicio.

Sin embargo, los estudiantes que han ideado esta revista no creen ya en tal modelo universitario y lo cuestionan enérgicamente, reivindicando su papel de componentes activos y fundamentales de la universidad, entendido -según un concepto nuevo y al mismo tiempo antiquísimo- como "universitas personarum", como comunidad de hombres-docentes y discípulos- que en conjunto, y sólo en conjunto, hace ciencia.

Este es un primer cuestionamiento; más bien una verdadera revolución: una revolución de ideas; en consecuencia, una revolución seria y constructiva, después de tantas revoluciones que son solamente de palabra y manipuladas desde arriba.

Un segundo cuestionamiento, también revolucionario, plantean los estudiantes, en su específica cualidad de estudiantes de Derecho, frente a un papel formal y asfixiante de concebir el Derecho: ellos muestran plena conciencia de vivir "talvez la mayor crisis económica, social y moral de los últimos cincuenta años y rechazan, pues, un estudio de Derecho con base en viejas fórmulas y esquemas sin sentido crítico: reivindican la exigencia de valorizar -no con palabras, sino con su contribución personal- el Derecho "como ciencia social"; intentan abrirse a la sociedad, "a esta sociedad que sostiene su educación".

Todavía más revolucionario es el intento -palpitante de juvenil generosidad- de contribuir, en la medida de las propias capacidades, a resolver los graves problemas de hoy "en forma integral". No pretende ser esta una revolución

ideológica, política o económica, según los esquemas de movimientos estudiantiles de otro momento: se trata de una nueva revolución, ciertamente más consciente, que los iniciadores de esta revista intentan cumplir, como estudiantes, como estudiantes de Derecho, con sus profesores, dentro de la Universidad, proyectada plenamente hacia la solución de los problemas de la sociedad.

Quien desde hace ya tantos años vive la vida universitaria y ha visto nacer y morir tantas iniciativas generosas, estaría tendencialmente forzado a asumir una actitud pesimista, si no excéptica; pero, quien verdaderamente cree en la fuerza vital de la comunidad universitaria y de su componente más fresco (el estudiantil, que todavía no ha vivido la estación de las desilusiones), tiene el deber moral de esconder el propio pesimismo y de dejarse llevar enteramente por el entusiasmo juvenil que no necesariamente pertenece sólo a los jóvenes.

Con esta sincera actitud psicológica, aplaudo vivamente la iniciativa que está naciendo y le auguro el pleno éxito, en términos de resultados, de todos los intentos revolucionarios que ella pretende. Mas, aunque la iniciativa no correspondiere a todos los resultados que los estudiantes se proponen, no por ello podría considerarse fracasada: ella es ya, desde hoy, un resultado importante y un ejemplo para todos: es el ejemplo que proviene de quien verdaderamente merece pertenecer a la "cupida legis inventus".

Dr. Francesco Busnelli
Catedrático de la Universidad de Pisa

EL DERECHO COMO CIENCIA

*Trabajo presentado al Profesor Wilbert Arroyo Alvarez
Sistemas de Investigación y Razonamiento Jurídico
por Sergio G. Rivera Jiménez*

INTRODUCCION

En las siguientes páginas trataremos de analizar, desde una perspectiva un tanto diferente un tema polémico en sí aunque sin el ánimo de crear polémica

Hablar sobre si el Derecho es o no una ciencia es complejo, porque encierra juicios de valor difíciles de rebatir. Por ello, no es conveniente quedarse en esta mera discusión. Es necesario ir más allá, abrir la mente hacia nuevas posibilidades de enfoque del tema.

Lo más conveniente para entrar en materia es definir cuáles son sus alcances, para lo cual hablaremos de la ciencia, sus características y su clasificación, en el primer capítulo

Ya en el segundo capítulo se analizará cuál es la relación que existe entre el Derecho y la ciencia y qué importancia histórica y práctica tiene esa relación.

CAPITULO I

LA CIENCIA

Sería muy poco serio tratar un tema tan escabroso como la científicidad del Derecho sin examinar primero algunos aspectos sobre lo que es comúnmente conocido como "ciencia"

Para lograr esto es necesario analizar el tema desde puntos de vista tales como definiciones, características y clasificación de las diversas manifestaciones del saber científico.

SECCION I

NOCIONES GENERALES

En esta sección se analizará qué es lo que se conoce como ciencia y cuáles son sus ca-

racterísticas. A simple vista, el asunto no parece ofrecer gran dificultad; sin embargo, tiene ciertos matices que requieren una buena dosis de atención y reflexión.

Como se observará a continuación, el problema planteado no es sencillo de resolver; además, ha dado pie a la creación de innumerables libros, la mayoría de ellos con mayor autoridad de la que posee el autor de este trabajo. A pesar de ello, lo que se expondrá a continuación será de mucha utilidad para alcanzar el objetivo general de la obra.

A- ¿QUE ES CIENCIA?

Es inimaginable el número de respuestas, discusiones, aseveraciones, libros y tratados que se han originado debido a las tres humildes palabras que sirven de título a este apartado.

Es muy probable que si nos preguntan si la astronomía es una ciencia, no vacilaríamos en contestar que sí. De igual modo, mostraríamos gran seguridad al negar enfáticamente la posibilidad de que la astrología sea ciencia. Sin embargo, es lo más seguro que la mayoría de las personas de definiciones diferentes de ciencia, mientras que algunos no sabrán qué contestar.

Algo muy aconsejable es recurrir a la etimología, la cual ubica el origen de la palabra ciencia en los vocablos latín "sciens" (el que sabe) y "scire" (saber). Estas ideas etimológicas contribuyen a dar orientación sobre el ámbito que cubre la ciencia, pero en un sentido demasiado amplio que no soluciona en forma definitiva el problema.

Otra opción es recurrir a los sabios consejos de un diccionario, uno de los cuales define ciencia como un "conocimiento cierto de las cosas por sus principios y causas. Conjunto sistematizado de conocimientos que constituyen un ramo del saber humano.(...). fig. Habilidad, maestría, conjunto de conocimientos en cualquier cosa." (1)

Es posible desentrañar de estas acepciones, dos ángulos desde los cuales se puede considerar la ciencia: un ángulo subjetivo, según el cual, es el conjunto de conocimientos que posee una persona sobre cualquier cosa; y el objetivo, que la define como un conjunto de conocimientos con valor definido intersubjetivamente.

De todos modos, esa definición sigue siendo demasiado general, puesto que, de acuerdo con ella, serían científicos tanto el astrónomo como el maestro de obras.

Las discusiones en torno a este punto prosiguen, y una explicación muy buena es la que expresó el matemático, músico y químico Enrique Góngora Trejos, "... desde mucho tiempo atrás existen discusiones de sobre si tal o cual disciplina o saber es una ciencia o no lo es. Para decidir sobre esto se requiere primero tener una "definición" de ciencia. Esta definición tendrá de algún modo un carácter arbitrario, ergo, el decidir si una disciplina merece o no el título de Ciencia tiene siempre algo de arbitrario." (2).

Para comprobar la arbitrariedad de las definiciones, es interesante destacar que don Enrique Góngora se inclina por una definición en la que Ciencia es toda aquella disciplina que emplea el método científico; y aún más interesante se torna la cuestión si consideramos que esta definición deja por fuera a la Matemática, la disciplina más exacta de todas las practicas por el hombre, lo cual no obstó para que siguiera el desarrollo de su tema sin escandalizarse en forma alguna.

Ya que es tan difícil, por arbitrario, lograr un acuerdo para definir qué es ciencia, es posible que el panorama de las nociones generales se aclare en el siguiente apartado.

B- CARACTERISTICAS DE LA CIENCIA

Para Mario Bunge, la ciencia "puede caracterizarse como conocimiento racional, sistemático, exacto, verificable y por consiguiente falible." (3).

Esa característica racional del quehacer científico la pone de relieve Albert Einstein:

-
- (1) Enciclopedia Salvat Diccionario. Barcelona, Salvat Editores S.A., T. 3, 1973. p. 758.
 - (2) Góngora (Enrique). Introducción al pensamiento lógico-matemático. San José, EUNED, 1979, p. 20.
 - (3) Bunge (Mario). La Ciencia, Su Método y su Filosofía. Buenos Aires, Ediciones siglo veinte, 1979. p. 9.

"El científico, al leer el libro de la Naturaleza (si se nos permite el uso de esta común expresión), debe encontrar la solución por sí mismo, ya que él no puede, como los lectores impacientes de novelas, ir de una vez al final del libro para encontrar la solución(...). Para obtener aunque sea una solución parcial, el científico deba reunir los hechos desordenados disponibles y hacerlos coherentes e inteligibles mediante su pensamiento creador." (4).

El aspecto sistemático que Bunge le confiere a la ciencia, nos lleva a tratar, al menos a grandes rasgos, lo que para don Enrique Góngora es el aspecto fundamental que caracteriza a la ciencia: el Método Científico.

Este método permitió a Galileo, Newton, Kepler y otros grandes científicos realizar los descubrimientos por los que hoy se les recuerda de forma impersecadera.

Los principales pasos del método científico son: Observación y planteamiento del problema, porque todo problema nace de la observación de la realidad circundante; recolección de datos, para buscar generalidades en los hechos que constituyen el problema; formulación de hipótesis, posible solución del problema; experimentación, que conduce a la aprobación o al rechazo de las hipótesis; formulación de leyes, con el propósito de predecir hechos que deberán ocurrir en el futuro. "La finalidad de las ciencias es pues predecir. Si la predicción se realiza según la ley, los resultados predichos deben concordar con la realidad, con una exactitud que en la mayoría de los casos puede darse de antemano." (5).

Es conveniente agregar que los resultados obtenidos por medio del método científico deben ser repetibles y públicos. Repetibles por cuanto cualquier persona, en las mismas condiciones, debe llegar a resultados iguales; y públicos porque de nada sirven esos resultados si no pueden ser aplicados a nivel intersubjetivo.

Una manera más simplificada de considerar el método científico es suponiéndolo una alteración de proposiciones: una hipotéticas, que buscan explicar lo que hay en la realidad, y otras empíricas que afirman o niegan la validez de las hipotéticas, hasta llegar a una proposición general llamada "Ley General del Conocimiento Científico".

Apunta también Mario Bunge que el conocimiento científico es falible, asunto que es tremendamente importante destacar, pues desmitifica un aspecto que muchos no quieren o no pueden ver. El quehacer científico es un producto humano, por más sistematizado y objetivo que llegue a ser, estará supeditado siempre a contingencias de carácter humano que pueden llegar a variar sustancialmente sus resultados.

Aprendiendo a convivir con la característica de la falibilidad se pueden alcanzar importantes logros, puesto que habrá un continuo interés por verificar los propios postulados. "Una disciplina viva y dinámica está explorando sin cesar sus doctrinas establecidas; en consecuencia, están siempre expuestas a la modificación y aun a ser rechazadas cuando son contradichas por la observación ulterior." (6)

Dado todo lo anterior, podemos resumir las características de la ciencia así: racional, objetiva, sistemática, verificable, pública, falible y mutable.

SECCION II

CLASIFICACION DE LAS CIENCIAS

Desde siempre, el saber científico ha interesado tanto a los hombres que, para su mejor comprensión, ha clasificado en forma diferente a través del tiempo sus diferentes manifestaciones.

Empiezan con Aristóteles, quien dividió los saberes en prácticos, teóricos y poéticos; pasando por la Edad Media, en la que eran agrupados en teológicos, filosóficos y científicos.

-
- (4) Einstein (Albert) citado por WELCH (Claude A.) y otros. Ciencias Biológicas, de las moléculas al hombre. Méjico, Compañía Editorial Continental S.A., 1972, p. 40.
 - (5) Góngora (Enrique). op. cit., p. 22.
 - (6) Snider (Dalbert A.) Economía, mito y realidad. Méjico, UTEHA, 1966. p. 6

y terminando con Dilthey, quien dividió las ciencias en naturales y del espíritu. (7)

La división que subsiste es esta última, aunque es más común el nombre de ciencias sociales que el de ciencias del espíritu.

A- CIENCIAS NATURALES

También son llamadas "Ciencias Exactas". Constituyen el prototipo de ciencia, ya que para los legos, éstas son los únicos saberes que merecen tal epíteto.

En su seno se agrupan saberes tales como la Física, la Química, la Biología y la Astronomía. Con estos ejemplos, no es difícil darse cuenta de que su objeto de estudio es externo al hombre, es decir, el mundo que le rodea; un mundo gobernado por leyes naturales que de igual manera seguirá operando aunque no fuera estudiado.

La aspiración de las Ciencias Naturales es llegar a descubrir los principios que rigen el universo. Es por ello que a través de la historia y según los diferentes campos que en su momento, han servido para explicar la realidad. Así, hubo primero una concepción geocéntrica antes que la heliocéntrica acerca de nuestro sistema solar; una ley de la gravitación universal antes de la teoría de la relatividad, y una teoría de la generación espontánea antes de la evoluciónista.

El método que utilizan las Ciencias Naturales es el método científico, descrito en su forma más típica anteriormente (8). Es la utilización de este método, y principalmente sus fases de experimentación y formulación de leyes, lo que les ha valido la fama de que gozan. Esto no es extraño, dado que su objeto de estudio está regido por el principio de la casualidad, según el cual, A es la causa de B y B es el efecto de A; o sea, lo que es popularmente conocido como la relación causa-efecto. De esta manera, los resultados obtenidos son altamente satisfactorios y confiables, puesto que los fenómenos no están supeditados a las contingencias humanas y sólo necesitan que se den ciertas condiciones para suceder.

Por último, es conveniente recalcar que la seguridad que ofrecen los resultados obtenidos por las Ciencias Naturales, no es desde ningún punto de vista un grado absoluto y, por lo tanto, el nombre que también reciben de Ciencias Exactas es en gran manera relativo. Todo esto debido a que "El conocimiento científico es un proceso fluyente que pugna con las limitaciones y no puede darse por acabado." (9).

Seguidamente, completaremos el corto vistazo que hemos dado a la ciencia, exponiendo la segunda gran división que la compone.

B- CIENCIAS SOCIALES

Son también conocidas como Ciencias del Espíritu o Ciencias de la Cultura. Dentro de este gran apartado se incluyen saberes como la Historia, la Economía, la Sociología y la Antropología. El objeto de estudio de todas ellas es el hombre, y la división ocurre porque cada una se interesa por aspectos diferentes de tan complejo tema.

Aunque no muy extendida, también se ha efectuado una subdivisión de las Ciencias del Espíritu en Ciencias Humanas y Ciencias Sociales: "Ciencias humanas serán aquellas en las que el fenómeno social sujeto a examen es independiente del observador. Ciencias sociales serán aquellas en las que esa independencia no es posible. En un opúsculo, Lévi-Strauss explicita estos criterios: 'la facultad de ciencias sociales comprenderá el conjunto de los estudios jurídicos; a ellos se agregarán las ciencias económicas y políticas y algunas ramas de la sociología y de la psicología social. Del lado de las ciencias humanas quedarán agrupadas la prehistoria, la arqueología y la historia, la antropología, la lingüística, la filosofía, la lógica y la psicología'." (1)

Las ciencias que estamos analizando en este apartado también llegan a sus conclusiones

(7) Enciclopedia Salvat Diccionario. p. 760.

(8) Véase supra, p.p. 4-5

(9) Hernández Gil (Antonio) y otros. Estructuralismo y Derecho. Madrid, Alianza Editorial S.A., 1973. p. 12.

(10) Hernández Gil (Antonio) y otros. op. cit. p. 82.

utilizando el método científico, aunque la mayoría de ellas encuentran una traba al no serles permitido experimentar con su objeto de estudio: el hombre. "Cuando se considera la posibilidad de un estudio científico en cuestiones tales como las causas del desempleo y las consecuencias que puede acarrear la pena capital, se afirma muchas veces que las ciencias naturales tratan con materia inanimada, la cual está sujeta a "leyes naturales", mientras que las ciencias sociales tratan del hombre, que es libre y no puede, por tanto, estar sujeto a leyes (inflexibles)." (2)

Este problema se deriva de que para las Ciencias Sociales no rige el principio de causalidad, sino el de imputación; es decir, en ellas no se da la situación de que un hecho sea necesariamente la causa de otro, sino la de que un hecho es posible que genere otro.

Ante este panorama, las Ciencias Sociales han recurrido a lo que los estadísticos llaman "Ley de los Grandes Números", según la cual, los comportamientos humanos no son del todo arbitrarios sino que obedecen a ciertos patrones de conducta muy estables, y que el número de personas que se aparta de esos patrones es, comparativamente, pequeño.

Gracias a esta Ley de los Grandes Números, Ciencias Sociales tales como la Economía, han formulado principios generales como las archiconocidas leyes de "oferta y demanda", que hoy día son invocadas por las amas de casa en el mercado con más convicción de la que tendrían en un químico o en un biólogo.

A pesar de ello, no son pocos los puntos sobre los que no hay acuerdo, pero hay que recordar que eso es normal puesto que también ocurre en las Ciencias Naturales, supuestamente más exactas.

Con todos estos elementos que hemos desentrañado acerca de lo que es la ciencia, sus características y su clasificación, podemos emprender las consideraciones de fondo en cuanto a la cientificidad del Derecho, según se verá a continuación.

CAPITULO II

DERECHO Y CIENCIA

Es esta una relación en extremo controvertida. Ha generado las más encendidas polémicas y los más diversos comentarios. Sobre este punto hay todo un espectro de opiniones que va desde los que aceptan incondicionalmente al Derecho como ciencia, hasta los que niegan enfática y venenosamente cualquier posibilidad de considerarlo como tal.

Para el desarrollo de este capítulo se consideran primeramente las opiniones que se han vertido sobre el asunto, y luego la importancia que significa para el Derecho ser aceptado como ciencia.

SECCION I

OPINIONES SOBRE LA CIENTIFICIDAD DEL DERECHO

Como se dijo anteriormente, existe todo un espectro de opiniones, de las cuales algunas difieren radicalmente y otras sólo en ciertos matices. Sin embargo, es posible dividir las en dos grandes grupos según el criterio de fondo que expresan: Las que aceptan el Derecho como ciencia (a favor) y las que niegan su cientificidad (en contra). Es en esta forma como se enfocará el dilema en la presente sección.

A- "EL DERECHO SI ES CIENCIA"

Con esta opinión coinciden la gran mayoría, si no todos, de los que han escrito libros sobre Introducción al Derecho.

Algunos hablan de la Ciencia del Derecho como un dogma o como algo previamente

(11) Lipsey (Robert G.) Introducción a la Economía Positiva. Barcelona, Editorial Vicens-Vives, 1975. p. 9.

aceptado, y desarrollan sus escritos sin cuestionarse acerca del asunto. Un ejemplo lo encontramos en la obra de Karl Engisch "Introducción al pensamiento jurídico" (12)

Hay otros que, al menos, presentan su conclusión como resultado de una cierta valoración y comparación con las características generales de lo que es ciencia. 'Estimamos que la Jurisprudencia es de hecho una ciencia (y no sólo una tecnología, aunque también sea esto) porque ha desarrollado métodos que aspiran a un conocimiento racionalmente comprobable del Derecho vigente.' (13).

Sin embargo, no todos los autores se concretan a afirmar o negar la existencia del Derecho como ciencia; hay algunos que, con un espíritu más crítico, analizan los problemas por los que atraviesa la ciencia jurídica. "La ciencia jurídica (...) parece estar hoy en exceso regionalizada y marginada. Sobre todo la ciencia que, en efecto, se cultiva. Vive muy recluida en su reducto como si un gran corte epistemológico la hubiera inmerso en una sima." (14)

Mans Puigarnau hace un análisis de la situación en la que se encuentra la Ciencia del Derecho (15) y expone su pensamiento en cuanto a que ésta no ha madurado ni ha llegado a su plenitud, que el pensamiento jurídico no ha podido superar lo conjetural e hipotético, que la Filosofía jurídica ocupa el lugar de la Ciencia del Derecho, que su léxico carece de rigor científico y que es necesario recuperar la fe en el Derecho para lograr criterios certeros y validez universal

En fin, no es difícil equiparar características del Derecho con algunas de la ciencia tales como lo racional, sistemática y mutable.

Por otro lado, no todo es un jardín de rosas, así que no son todos los que están de acuerdo en conferir un carácter científico al Derecho.

B "EL DERECHO NO ES CIENCIA"

Como los que han tratado de encasillar al Derecho dentro de las ciencias no han logrado su objetivo de manera plena y convincente, han surgido también quienes se oponen a esa consideración

Los argumentos esgrimidos han sido de todo calibre, y la mayoría coinciden en que el objeto de estudio del Derecho es cambiante.

El ejemplo más patético de los ataques que ha soportado (y sobrevivido) el pensamiento de los que consideran que el Derecho es una ciencia proviene de la obra "La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia" de H.J. Von Kirchmann. 'los juristas se ocupan sobre todo, de las lagunas, los equívocos, las contradicciones de las leyes positivas, de lo que en ellas hay de falso, de anticuado, de arbitrario. Su objetivo es la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador. Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la materia podrida, desviándose de la sana establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia: tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura.' (16)

A propósito de estas aseveraciones, comenta Angel Latorre: "Como se ve, este ataque se basa en que estando vinculada la ciencia jurídica a la legislación y variando ésta a voluntad del legislador, la obra del jurista es efímera, depende del capricho de aquél y no puede seriamente pretender descubrir nada real y permanente. Ello hace también imposible hallar leyes generales." (17).

(12) "Quien se propone explicar la ciencia del derecho..." ENGISCH (Karl) "Introducción al pensamiento jurídico". Antología de Sistemas de Investigación y Razonamiento. San José, Facultad de Derecho de la U.C.R., 1983. p. 245.

(13) Larenz (Karl). "Metodología de la Ciencia del Derecho" Antología de Sistemas de Investigación y Razonamiento. San José, Facultad de Derecho de la U.C.R., 1983. p. 243.

(14) Hernández Gil (Antonio) y otros. op. cit., p. 31.

(15) Mans Puigarnau (Jaime M.) Hacia una Ciencia General del Derecho. Barcelona, Bosch. 3a. edición, 1970. p.p. 2-28.

(16) Von Kirchmann (H.J.) citado por Latorre (Angel). Introducción al Derecho. Barcelona, Ediciones Ariel, quinta edición, 1972. p. 115.

(17) Latorre (Angel). Introducción al Derecho. Barcelona, Ediciones Ariel.

Además, parece que el mismo Latorre de la estocada final a los que piensan que el Derecho es una ciencia al anotar: "La ciencia jurídica carece de aquel influjo sobre la realidad y sobre la vida de los pueblos, que es propio de toda ciencia. Arbitrariedad de los resultados, falta de un progreso intrínseco y falta de influencia en el progreso general. Tales son las características de la llamada ciencia jurídica que... hacen que el nombre de ciencia sólo se pueda aplicar a la actividad de los juristas por vía de metáfora y sin ninguna auténtica significación. (18)

Como se ve, el ataque de Kirchmann, en el que se escudan la mayoría de los detractores de la ciencia del Derecho, no es de ninguna manera fácil de rebatir, de ahí que todavía subsista la pugna entre unos y otros

SECCION II

IMPORTANCIA DEL DERECHO COMO CIENCIA

Toda esa controversia entre los que consideran que el Derecho es una ciencia y los que no lo consideran así deja en el estudiante que apenas se inicia, un sabor amargo. Es por ello que conviene observar este asunto desde una perspectiva diferente

Entraremos a analizar en esta sección cuál es o ha sido la importancia de incluir al Derecho dentro del exclusivo ambiente de las ciencias. Para ello haremos hincapié en aspectos tanto históricos como prácticos.

A ASPECTOS HISTORICOS

Una ojeada a "grosso modo" sobre los orígenes del Derecho nos permite ubicarlos junto con los orígenes de la humanidad, puesto que el hombre no ha vivido nunca de otra forma que no sea en sociedad (con las salvedades que otorga la Ley de los Grandes Números). ¿Podríamos decir lo mismo de las ciencias?

Por más atrás que nos fuéramos tratando de encontrar cuándo fue que el hombre empezó a hacer ciencia, es muy probable que no pudiéramos llegar más allá de unos cientos de años, mientras que el hombre ha caminado sobre la redonda faz de la Tierra desde hace más de un millón de años.

La ciencia, tal y como la conocemos hoy, nació en Galileo. Las afirmaciones de Aristóteles y de otros filósofos adelecieron de un defecto simple pero importante: la falta de experimentación. Aristóteles y sus contemporáneos encontraron muy fácil explicar los fenómenos que más les llamaban la atención confiados en su bien raciocinio. De este modo surgieron ideas tales como la que proponía Ptolomeo de que la Tierra era el centro del universo, y la de Aristóteles de que las plantas crecían porque se iban comiendo poco a poco la tierra en la que estaban sembradas.

Más adelante surgieron los antecesores de los científicos: los alquimistas. Preocupados por encontrar la piedra filosofal, su único método para encontrar la fórmula que les permitiera transformar el plomo en oro consistió en el ensayo y error, algo nada científico según los criterios que prevalecen hoy día.

Y mientras la ciencia permanecía todavía indefinida y durmiendo entre los brazos de la Filosofía, ¿dónde estaba el Derecho? Ni más ni menos que creciendo y fortaleciéndose, reconocido desde épocas de los romanos como una disciplina separada de las demás.

Sin embargo, fue a partir del Renacimiento cuando la ciencia empezó a desarrollarse y a alcanzar resonantes triunfos. Esto le permitió forjarse una fama que nunca antes habían tenido las disciplinas practicadas por el hombre. Las primeras en lograrlo fueron la Física, la Química y la Biología; de pronto, cualquier disciplina que quisiera ser respetada debía demostrar que era una ciencia. "Existen muchas y variadas disciplinas que reclaman para sí el nombre de Ciencia. Esto proviene en gran parte del hecho de que la ciencia, en el siglo en que vivimos, goza de gran reputación (...)

(18) Latorre (Angel). op. cit., p. 117.

De tal modo que, por ejemplo, reclaman para sí el nombre de 'ciencias' -además de la Física, Química, Biología y Astronomía- la Psicología, Sociología, Antropología; y se oye incluso hablar, frecuentemente, de la 'Ciencia Política', la 'Ciencia del Derecho', del 'Marxismo Científico' y aún más, se oye hablar también de la 'quiromancia científica'." (19).

Hemos logrado observar que, desde el aspecto histórico, es poco lo que el Derecho tiene que envidiarle a la ciencia, puesto que la fama de que gozan es relativamente joven.

Si históricamente el Derecho no tiene gran conexión con la ciencia, ¿qué beneficios obtiene al buscar que se le considere una de ellas?

B- ASPECTOS PRACTICOS

En realidad, el afán de incluir al Derecho dentro de la exclusiva sociedad de las ciencias responde al temor de los juristas de que consideren su oficio una mera "doxa".

En lugar de preocuparse por dejar que el Derecho siga su curso, muchos juristas se han empeñado en embutirlo dentro de un traje que le queda pequeño.

Aunque no se le considerase ciencia, seguiría allí, no moriría. Ha acompañado al hombre desde sus primeros pasos sobre la Tierra, cuando no había ciencia, y no tiene por qué desaparecer o sonrojarse si algunos dicen que no lo es.

En el supuesto de que consideremos que el Derecho es una ciencia, ¿se volverá más exacto?, y si lo hace, ¿contribuirá una mayor exactitud del Derecho a una mejor administración de la justicia?

Todo eso está en verenos. Aunque se han realizado estudios sistematizados de institutos, jurisprudencia y otras cuestiones forenses con muy buen resultado, ello no ha contribuido a modificar la naturaleza misma del Derecho, la cual se ha mantenido incólume.

Aunque no se pretende cerrar la discusión con estas pocas líneas, por lo menos queda planteada una nueva forma de mirarlo.

CONCLUSION GENERAL

El meollo del asunto no está en resolver si el Derecho es una ciencia o no lo es, ya que de todos modos no hay acuerdo al tratar de definir qué es ciencia. Inclusive, hay definiciones de ciencia que dejan por fuera a la Matemática, la disciplina más exacta de las practicadas por la humanidad, sin que por ello haya degenerado en escándalo.

Del mismo modo, no sería un pecado si el Derecho no fuera considerado ciencia. De hecho, en la relación entre Derecho y Ciencia la pugna sigue en pie por las peculiaridades o subjetividades de los criterios esgrimidos, dado lo cual son remotísimas las posibilidades de lograr un acuerdo.

Además, examinando aspectos históricos, no hay evidencias determinantes según las cuales se pueda afirmar que el Derecho es una ciencia, aunque eso no necesariamente significa que la posición del autor sea esa. Observando aspectos necesariamente significa que la posición del autor sea esa. Observando aspectos prácticos del tema en cuestión, tampoco se puede encontrar evidencia de que las discusiones que ha engendrado este tema hayan contribuido al fortalecimiento del Derecho o por lo menos a darle un distinto cariz, ya que aunque unos digan que sí es ciencia y otros digan que no lo es, el Derecho sigue como si no le importara la cosa.

El afán, muy loable, de quienes defienden que el Derecho es un saber científico, es despegar cualquier duda sobre la seriedad de su oficio. Sin embargo, es posible que ellos mismos no se hayan puesto a pensar que la ciencia es demasiado joven para pretender ser la madre del Derecho, porque el Derecho ya era Derecho cuando la ciencia aún era alquimia.

(19) Góngora (Enrique). op. cit., p. 19.

BIBLIOGRAFIA

1. **Bunge (Mario)** La Ciencia, su Método y su Filosofía. Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1979, 110 p
2. **Enciclopedia Salvat Diccionario.** Barcelona, Salvat Editores S.A., T. 3, 1973.
3. **Engisch (Karl)** Introducción al Pensamiento Jurídico. Antología de Sistemas de Investigación y Razonamiento. San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1983. 338 p
4. **Góngora (Enrique).** Introducción al pensamiento lógico-matemático. San José, EUNED, 1979. 170 p.
5. **Hernández Gil (Antonio)** y otros. Estructuralismo y Derecho. Madrid, Alianza Editorial S.A., 1973. 241 p
6. **Larenz (Karl).** Metodología de la Ciencia del Derecho. Antología de Sistemas de Investigación y Razonamiento. San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1983. 338 p
7. **Latour (Angel)** Introducción al Derecho. Barcelona, Ediciones Ariel, quinta edición, 1972. 235 p.
8. **Lipsey (Richard G.)** Introducción a la Economía Positiva. Barcelona, Editorial Vicens Vives, 1975. 918 p
9. **Mans Puigarnau (Jaime M.)** Hacia una Ciencia General del Derecho. Barcelona, Bosch 3a. edición, 1970. 227 p
10. **Méndez (Odilón)** La Investigación Científica en Derecho. San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1982. 145 p
11. **Snyder (Delbert A.)** Economía: Mito y Realidad. México, UTEHA. 1966. 247 p.
12. **Sternberg (Theodor)** Introducción a la Ciencia del Derecho. Barcelona, Ed. Labor S.A., 1930. 408 p
13. **Welch (Claude A.)** y otros. Ciencias Biológicas, de las Moléculas al Hombre. México, Compañía Editorial Continental S.A., 1972. 999 p

LA INTERDICCION

*Trabajo presentado al Prof. Dr. Víctor Pérez V.
Cátedra de Derecho Privado
por María González Campos.*

INTRODUCCION

El término "interdicción" implica la existencia de una declaración judicial que coloca a un cierto individuo incapaz físico o mental en un estado de incapacidad absoluta de actuar.

Presupuesto de esta institución es entonces, la existencia de una enfermedad mental o de una incapacidad física (sordomudez acompañada del desconocimiento de la lectura y escritura), que impida al individuo realizar actos jurídicos en forma consciente y voluntaria.

Por encontrarse así inhabilitados, estos individuos requieren protección, protección que el Derecho les brinda a través de la interdicción, en la cual además de declararlos incapaces, se les nombra un representante legal que cuide de ellos y actúe por ellos en el mundo jurídico. Así tenemos entonces, que la interdicción es una institución básicamente de protección cuyos orígenes se encuentran en el Derecho Romano.

Dice Puig Peña que desde el Derecho Romano se consideró a la enfermedad como causa modificativa de la capacidad de obrar. En él se decía que la salud podía faltar por enfermedad propiamente dicha (*morbus*) o por defecto permanente de aquél que influye sobre su constitución psíquica (*vitius*). Dentro de la primera, los romanos comprendieron la impotencia, la castración, la sordera, la mudéz, la sordomudez y la ceguera. Dentro de la segunda se comprendieron los furiosos, los imbeciles y los pródigos.

Con respecto al furioso, éste no se declaraba en estado de interdicción, pero le alcanzaba una incapacidad natural por la que se le sometía a curatela. (a)

La interdicción se declaraba en el caso del pródigo e implicaba una incapacidad absoluta y el consiguiente nombramiento de un curador, cuya función era la protección de los bienes del sujeto en interdicción. (b)

(a) PETIT (Eugène). Tratado Elemental de Derecho Romano. México, Editora Nacional, 1980, p. 143.
(b) Ibidem

Este concepto de interdicción, utilizado por los romanos para el caso del pródigo, fue extendido por la práctica francesa a todos los demás casos de incapacidad, (c) llegando entonces a aplicarse al demente, situación que es la más difundida actualmente.

CAPITULO I ASPECTOS GENERALES

a. CONCEPTO

La interdicción es aquella sentencia judicial por medio de la cual se declara en estado de incapacidad absoluta a aquellas personas que sufren de incapacidad mental o física, (1) toda vez que ésta quede probada. (2)

Con respecto al término "interdicción" no falta algún autor que como Castro y Bravo considera que es anticuado, señalando que resulta más adecuado utilizar la nueva fórmula de incapacitación o incapacidad por declaración legal.

En términos generales, la doctrina denomina la incapacitación de los dementes y sordo mudos con la expresión "interdicción judicial" o "interdicción civil" para diferenciarla de aquella que en algunos países (3) se interpone por condena penal a los individuos y que es llamada usualmente interdicción legal o simplemente interdicción por condena penal.

b. CASOS EN QUE PROCEDE

La interdicción procede en caso de enajenación mental o sordomudez, cuando el sordomudo no sepa leer ni escribir (4)

La enajenación mental, nos dice Ripert, consiste en "la perturbación de la inteligencia o de la voluntad que impide a una persona tener conciencia de los actos que realiza" (5) Así pues, el alienado mental, al tener sus funciones psíquicas alteradas es incapaz de realizar acto jurídico alguno en forma consciente y voluntaria, situación por la cual requiere protección -protección que se proporciona a través de la interdicción

El estado de enajenación mental debe quedar evidentemente probado y procede como causa de interdicción, aunque en el mismo se presentarán intervalos de lucidez (6)

-
- (c) CASTRO y Bravo (Federico de) Compendio de Derecho Civil. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957. p. 289.
 - (1) En nuestra legislación la incapacidad física se refiere únicamente al sordomudo que no sepa leer ni escribir. (Art. 24 CC)
 - (2) La doctrina es unánime en cuanto al concepto de interdicción Así (Ripert y Boulanger) Tratado de Derecho Civil; según el tratado de PLANIOL. T. III. Vol. II. Buenos Aires. Ediciones la Ley 1963 p. 442. CASTRO Y BRAVO (Federico de). Compendio de Derecho Civil. Madrid Instituto de Estudios Políticos 1957 p. 298. PLANIOL citado por FERNANDEZ ZELEDON (Carlos) La personalidad en el Derecho positivo costarricense. Tesis de Grado UCR 1963 p. 48
 - (3) Así en Francia, Italia y España.
 - (4) El Código de Familia de Costa Rica establece en el Artículo 217: Están sujetos a curatela los mayores de edad que padezcan una incapacidad mental o física, que les impida atender sus propios intereses, aunque en el primer caso tuvieran intervalos de lucidez. De igual forma, en las legislaciones extranjeras, estipula el Código Civil de la República de Argentina: Se declaran dementes los individuos de uno u otro sexo que se hallen en un estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos, o la manía sea parcial. Con una pequeña variante el Código Civil Español, contempla además de los casos de enajenación mental y sordomudez, la prodigalidad y la ceguera de nacimiento cuando ésta excluya la capacidad para el cuidado de los bienes. V. PASSARELLI (SANTORO). Doctrinas Generales del Derecho Civil. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. 1964 p. 399.
 - (5) RIPERT Y BOULANGER, op. cit. p. 555
 - (6) Artículo 217 del Código de Familia de Costa Rica. V. nota 4

Con respecto a la sordomudez, ésta únicamente procede cuando esté acompañada del desconocimiento de la lectura y escritura. Sobre la justificación de que esta situación sea motivo de interdicción, nos encontramos en doctrina con posiciones contrarias. Así, Díez-Picasso considera que la sordomudez es causa de interdicción por una razón de incomunicación social, señalando que es por eso por lo que solamente procede en caso de desconocimiento de la lectura y escritura, esto es, cuando no hay forma alguna de comunicación. Jousserand por su parte, sostiene una tesis opuesta al considerar que la sordomudez no legitima la interdicción, a menos que la misma determinase en el individuo una alteración de las facultades mentales. (8)

Teniendo en cuenta las dos posiciones, en lo personal nos parece más adecuada la que sostiene Díez-Picasso, ya que si nuestra legislación, al establecer la sordomudez como motivo de interdicción, expresamente señala que la misma debe ir acompañada de desconocimiento de la lectura y escritura, es lógico pensar que, como dice Díez-Picasso, esta medida sea tomada para proteger al sordomudo que, desconociendo la lectura y escritura, no posea un medio idóneo para comunicarse, produciéndole entonces, una imposibilidad de actuar por sí mismo en la vida jurídica; dada la incapacidad de comunicación de que adolece.

c. SUJETOS QUE PUEDEN SER SOMETIDOS

Nuestra legislación establece que únicamente pueden ser sujetos a interdicción los mayores de edad. (9).

Este punto ha sido bastante criticado por algunos autores (10) que consideran que la interdicción debe ser permitida en los menores de edad, en ciertos casos los cuales -según dicen- se presentan sobre todo en el período que transcurre entre la llegada de la mayoría y la declaración de interdicción, en el cual el menor pueda ejecutar actos que perjudiquen sus intereses.

Estos autores se refieren esencialmente a los actos que pudiera realizar el mayor de quince años, al cual nuestra legislación otorga una capacidad relativa, ya que es claro, que en el caso del menor de quince años, que es absolutamente incapaz, resultaría absurdo someterlo a interdicción, cuyo efecto es precisamente convertir en incapaz al sometido. En otras palabras, resultaría inútil transformar en incapaz a un sujeto que ya por sí es incapaz.

Así, la discusión se ha presentado entonces, en el caso del mayor de quince años, que como se dijo anteriormente, ya no es absolutamente incapaz, sino en forma relativa (12) y podría por tanto realizar actos que lo perjudicasen. Sin embargo, consideramos que aunque tal situación se presentara, en realidad no amerita la interposición de la interdicción, ya que para evitar este peligro el Código Civil en el Artículo 21 establece la posibilidad que estos ac-

-
- (7) Díez-Picasso (Luis) Gullón (Antonio) Sistema de Derecho Civil Volumen I. 4ta. Edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid 1982 pp. 297.
- (8) JOUSSERANO. Derecho Civil. Tomo I Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1952.
- (9) Anteriormente a la creación del Código de Familia, el Artículo 218 del Código Civil decía: Están sujetos a curatela los mayores de edad y los emancipados incapaces de administrar los bienes. La idea de nombrar a los emancipados fue suprimida en el Artículo 217 del Código de Familia, ya que en realidad resultaba inútil: de todos es sabido que la emancipación produce los efectos de la mayoría. Entonces, sería mejor algo así como "los que han adquirido la capacidad de actuar".
- (10) JOUSSERANO Op. cit. p. 399. RIPERT Y BOULANGER citado por MOLINAS (Alberto). La Incapacidad Civil de los Insanos Mentales. Tomo I. Buenos Aires. Edir editores, 1948 p. 357.
- (11) MOLINAS op. cit. p. 348 cita la razón que a esta situación proporciona Freitas, el cual dice: "antes de la imputación sería inútil (solicitar la declaración de interdicción) porque una y otra incapacidad son absolutas" De igual forma Castro y Bravo manifiesta: "El incapaz no puede ser o es inútil que sea incapacitado otra vez" op. cit. p. 308.
- (12) Al respecto dice Freitas loc. ult.: "Después de la imputación no sucede lo mismo porque la incapacidad de los adultos es relativa y la de los dementes es absoluta".

tos sean anulados a solicitud de su representante o del propio menor cuando el menor sea mayor, si los mismos perjudicaran sus intereses.

d. FUNDAMENTO

La interdicción como institución destinada a la protección puede tener un fundamento biológico, económico y mixto (13).

Tiene un fundamento biológico cuando se considera que el único presupuesto de la interdicción es la enfermedad mental, no por ser causa de incapacidad de administrar los bienes, pues esto dicen los seguidores de esta teoría es más bien una consecuencia de la interdicción, sino por la enfermedad en sí. Comparten esta posición MOLINAS y Luis DE GASPERI. El primero dice: "...no se incapacita al que no tiene la normal sanidad mental, cuando esa causa le impide administrar sus bienes, sino solo porque es tal, la ley después de constatado esto, lo conceptúa y declara incapaz de administrarlos..." (14) De igual forma DE GASPERI señala: "La declaración de demencia no está subordinada a la incapacidad de administrar los bienes, sino a la demencia. Probada su existencia, como enfermedad mental, la demencia es declarada. La incapacidad de administrar es más bien una consecuencia de la interdicción" (15)

Se habla de un fundamento económico, cuando se afirma que el instituto de la interdicción pretende única y exclusivamente la protección de los bienes del incapaz. Este criterio parte entonces de considerar que no es la enfermedad mental la que origina la declaración de interdicción, sino más bien la incapacidad que para administrar los bienes provoca esa enfermedad, lo cual puede originar perjuicios para el incapaz y su familia (16).

El criterio mixto es aquel que considera que el fundamento de la interdicción es la enfermedad mental como causa de incapacidad para administrar los bienes. Sostiene esta posición JOUSSERAND quien nos dice: "La alteración de las facultades mentales es una de las causas más necesarias de incapacidad que existen: el ser privado de razón, total o parcialmente, no se encuentra en condiciones de realizar obra de voluntad consciente, obra jurídica los actos jurídicos no podrían emanar más que de un cerebro lúcido" (17)

Parece ser que lo que resulta más acertado es el considerar que la interdicción tiene un fundamento mixto, ya que la enfermedad por sí carece de relevancia jurídica, mientras que parece más lógico considerar esa enfermedad mental siempre y cuando produzca en el individuo una incapacidad para administrar sus intereses.

e. FINALIDAD

La doctrina (18) y la jurisprudencia costarricense (19) coinciden en señalar que el fin

(13) MOLINAS (Alberto). op. cit. p. 25 y sgtes.

(14) MOLINAS loc. ult. p. 26

(15) DE GASPERI (Luis). Derecho Civil Personas. citado por Molinas (Alberto) ibid.

(16) Como ejemplo de este caso se ha citado la protección del pródigo en el Derecho Romano. MOLINAS (Alberto) op. cit. p. 47. También en este sentido ORGAZ citado por Molinas Alberto loc. ult. manifiesta: "El estado de insanidad no es ni puede ser jurídicamente más que un presupuesto de la interdicción, no el exclusivo fundamento de ella."

(17) JOUSSERAND. op. cit. p. 391

(18) Así: MOLINAS (Alberto) op. cit. p. 101: "La interdicción, decimos está establecida en el interés particular del demente, aún cuando esto parezca una paradoja, pues con la curatela que se le otorga a raíz de esa interdicción y la que es previa e indispensable para que ella pueda acordarse se le protege en su persona y en sus bienes."

JOUSSERAND op. cit. p. 397: "La interdicción judicial es, en todo caso y exclusivamente una medida de protección, tomada en interés del alienado".

CASTRO Y BRAVO op. cit. p. 298: "La finalidad primaria de la incapacitación del loco es la protección de su persona e intereses morales y patrimoniales".

(19) "El juicio de interdicción y el procedimiento de curatela que necesariamente ha de sucederle, no

primordial de la interdicción es la protección del individuo y de sus bienes.

Protección del individuo porque con ella se pretende buscar la curación del mismo y el debido cuidado durante el transcurso de su enfermedad. Y protección de sus bienes, porque la interdicción se interesa en evitar que la persona disponga de su patrimonio en forma in consciente, de manera tal que posteriormente -si recupera la lucidez- pudiese arrepentirse de sus actos o que en caso de no sanar, a su muerte no fuesen distribuidos sus bienes entre los herederos, como él en su sano juicio hubiese deseado

Por otra parte Alberto MOLINAS señala que la institución de la interdicción tiene también un fin social: el de informar a la sociedad -a través de la publicidad de la sentencia que la declara- sobre el estado de incapacidad de goce que aqueja al individuo que ha sido sometido. Así, manifiesta MOLINAS: "Hemos dicho que la interdicción está también decretada en interés de los terceros y así lo es en efecto pues tiene para ellos la indiscutible ventaja de prevenirlos sobre la existencia de la incapacidad que pesa sobre el demente, a fin de evitarles los perjuicios que les podían provenir en caso de no conocer tal incapacidad y contratar con él" (20)

f DURACION DE LA INTERDICCION

El estado de interdicción se mantiene mientras exista la incapacidad mental por la que ha sido puesta.

Con respecto al momento en que se inician los efectos de la declaración judicial, pues la legislación no contiene una disposición expresa que lo regule, sin embargo, en ella se establece que la sentencia que se dicte deberá publicarse en el periódico oficial e inscribirse en el Registro Público (21) de donde se presume que la interdicción será eficaz cuando se hayan realizado estas diligencias. (22)

No sucede lo mismo con la cesación de ese estado, la cual se encuentra específicamente determinada en la legislación de nuestro país, que en el artículo 226 del Código de Familia establece: Cesa la curatela cuando cesa la incapacidad, pero debe preceder declaración judicial que levante la interdicción y se observarán las mismas formalidades que para establecerla (23)

tienen otro objeto que la defensa y seguridad de la persona del incapaz y la de su patrimonio: la de su persona, para asegurarle su existencia y curación (art. 231 en relación con el 204 y 225, todos del Código Civil); y de su patrimonio, para que si se cura el incapaz los encuentre intactos, o para que si muere sea distribuido entre sus herederos de acuerdo con su voluntad expresa o presunta. De modo que es indiscutible que esos procedimientos los impone la ley en beneficio del incapaz. SALA DE CASACION Sentencia No. 19 de 14:30 horas del 25 de enero de 1961, semestre I, tomo I p. 209 Pérez y otros. p. 215

"El juicio de interdicción y el procedimiento de curatela que necesariamente ha de sucederle, no tienen otro objeto que la defensa y seguridad de la persona del incapaz y la de su patrimonio" SALA DE CASACION Sentencia No. 19 1961 Fernandez Cruz vs. Lara Vargas. Oigesto. I Semestre Tomo I p. 203

(20) MOLINAS (Alberto). op. cit. p. 102

(21) Artículo 219 del Código de Familia de Costa Rica.

(22) La legislación española por su parte, establece tres situaciones en las cuales puede la declaración de interdicción empezar a surtir efecto. SANTORRO PASSARELLI op. cit. p. 19 nos expone las mismas: "La incapacidad dependiente de interdicción o de inhabilitación tiene efectos desde el día de la publicación de la sentencia (Artículo 421 C.C.) o desde el posterior al que se alcanza la mayor edad (Artículo 416 C.C.) o desde el anterior al a publicación de la providencia de nombramiento de tutor o de curador provisional (Artículo 419, 420 y 424 C.C.) siempre y cuando tenga lugar, en este último caso, la interdicción o inhabilitación.

(23) Siguiendo esta línea encontramos en legislación extranjera el Código Civil de la República de Argentina que en su Artículo 150 dispone: "La cesación de la incapacidad por el completo restablecimiento de los dementes, solo tendrá lugar después de un nuevo examen de sanidad hecho por facultativos y después de la declaración judicial, con audiencia del menores". En la legislación española

Así pues, por derivar la incapacitación de una sentencia que así lo determine, ésta igualmente se recobra cuando se produzca otra declaratoria que restituya al individuo la capacidad de actuar de la que había sido privado (24), para lo cual se utilizará el mismo procedimiento usado para establecerse, esto es, un proceso sumario en el cual, siendo éste el caso, quede probado que la enfermedad mental causa de la interdicción ya ha desaparecido.

CAPITULO II EFECTOS DE LA INTERDICCION

La interdicción como institución dirigida a la protección del individuo y de sus bienes, produce en él, como efectos principales, la incapacidad absoluta de actuar y el nombramiento de un representante legal.

1. INCAPACIDAD ABSOLUTA DE ACTUAR

La sentencia de interdicción produce un efecto innovativo-constitutivo: la transformación del individuo en un incapaz absoluto. (25) Anteriormente a la declaración (y aun padeciendo de perturbación mental) el individuo gozaba de una capacidad relativa de actuar, pues al no estar declarado judicialmente como sujeto en interdicción de lo que adolecerá es de una incapacidad natural, traduciéndose esto en una posible anulabilidad de los actos o negocios que celebre. (26) Una vez declarado en sentencia como sujeto en estado de interdicción, se convierte en absoluto incapaz, es decir, que por sí mismo no puede realizar acto o contrato alguno (27), razón por la cual algunos autores al referirse a la interdicción señalan que con ella el sujeto sometido se asimila a un menor (28).

a. ALCANCE DE LA INCAPACITACION. ACTOS CELEBRADOS POR EL INCAPAZ DECLARADO.

A disposición de nuestro Código Civil y como consecuencia de la incapacidad de actuar -que como hemos dicho- deriva de la sentencia de interdicción, los actos o contratos que realice el incapaz declarado serán absolutamente nulos (29).

nos dice SANTORRO PASSARELLI: "La incapacidad dura hasta el día de la firmeza de la sentencia de revocación de la interdicción o inhabilitación, salvo que hayan sido convalidados los actos posteriores a la publicación de la sentencia de revocación y anteriores de su firmeza (Art. 431 C.C. cfr. también artículo 422 C.C. vid art 278-2 C.C. Esp.).

- (24) En este sentido ALBALADEJO (Manuel). Derecho Civil I. Introducción y Parte General. Vol. I. Introducción y Derecho de la Persona. 6 Edición, Madrid, Librería Bosch. 1978 p. 279 manifiesta: "La incapacitación, lo mismo que no empieza por el hecho de estar loco o sordomudo, sino por el fallo judicial, acaba también cuando mediante otro fallo inverso (precadido de un procedimiento análogo al de incapacitación) se restituye con el estado civil de capaz, la capacidad de obrar de que se privó, restitución que puede pedirse siempre que haya cesado la cause que motivó la incapacitación".
- (25) Así: ROJINA Villages (Rafael). Compendio de Derecho Civil México Editorial Porrúa 1974 p. 166 MOLINAS op. cit. p. 6-7
- (26) Artículo 23 del Código Civil de Costa Rica
- (27) JOUSSE RAND op. cit. p. 404
- (28) En este sentido: RIPERT Y BOULANGER op cit p. 442 JOUSSE RAND op. cit. p. 392.
- (29) Artículo 23 del Código de Familia de Costa Rica. Igual disposición encontramos en la legislación Argentina: Art. 53 inc. 3, 472, 1040 y 1041 del Código Civil: Los realizados por los declarados se conceptúan nulos, como hechos por personas absolutamente incapaces. MOLINAS (Aberto) p. 93. Código Civil Mexicano Art. 635: Son nulos todos los actos de administración y los contratos celebrados por los incapacitados, sin la autorización del tutor, salvo lo dispuesto en la fracción IV del artículo 537.

Con respecto al alcance de esta nulidad, se presentan en doctrina posiciones contrarias, ya que algunos autores consideran que esa nulidad afecta la totalidad de los actos y otros, consideran que existen algunos actos que dada su naturaleza quedan excluidos de la misma.

Los primeros opinan entonces, que la nulidad de los actos que acompaña a los sujetos sometidos a interdicción es absoluta abarcando la totalidad de los actos y sin hacer en ellos ninguna excepción. Como seguidor de esta teoría encontramos al autor JOUSSERAND que nos dice: "Todos los actos celebrados por el alienado son igualmente ineficaces, lo mismo una venta que un testamento, un matrimonio, que un préstamo o un arrendamiento" (30)

Los segundos afirman que existen algunos actos a los que no puede afectar la nulidad que origina la interdicción, ya que son actos que poseen un estricto carácter personal, como el matrimonio y el testamento y, por tanto, sólo pueden emanar del propio interesado y nunca del representante; razón por la cual aplicar la nulidad sería hacerlos imposibles para estos sujetos sometidos a interdicción. Comparte esta tesis ALBALADEJO quién manifiesta: "Ni siquiera en principio alcanza solo a los actos intervivos (básicamente los patrimoniales art 1.263 2, contratar) cuya realización se encomienda al tutor que se nombra al incapacitado, quedándole, a éste capacidad para casarse, testar etc. (cosas que el tutor no puede hacer por él), aunque mientras que se halle en estado de demencia actual no pueda otorgar ningún tipo de acto..." (31)

A pesar de esta discusión que sostienen algunos autores, en nuestro derecho positivo la misma no tiene sentido, ya que el artículo 23 del Código Civil al establecer la nulidad absoluta de los actos que realice el incapaz declarado, lo hace en forma global, es decir, para la totalidad de los actos, sin excepción alguna.

b. ACTOS REALIZADOS POR EL INCAPAZ DECLARADO DURANTE EL LÚCIDO INTERVALO

Mucho se ha discutido en doctrina sobre la validez de los actos ejecutados por el demente declarado, durante los llamados intervalos lúcidos (32).

Algunos autores argumentan que los actos que el sujeto en interdicción realice en esos períodos de lucidez deben ser válidos. CASTRO Y BRAVO sostiene esta posición y manifiesta: Con bastante frecuencia tiene los alienados intervalos lúcidos durante los cuales se portan normalmente y pueden obrar con conocimiento de causa, con conciencia y después de reflexionar.

Los actos jurídicos realizados durante estos períodos de remisión pueden ser tenidos como plenamente válidos... (33)

Otros autores un poco más rigurosos, señalan que no son todos los actos los que deben ser válidos si se realizan en lúcido intervalo, sino solamente cuanto se trate de matrimonio y testamento (34)

(30) JOUSSERAND op. cit. p. 393

(31) ALBALADEJO (Manuel). op. cit. p. 272

(32) Se denomina lúcido intervalo aquel "momento en que el alienado recupera su plena capacidad por presentarse la enfermedad en forma intermitente. FERNANDEZ ZELEDON (Carlos) op. cit. p. 52.

(33) CASTRO Y BRAVO. op. cit. p. 394

(34) Sostienen esta tesis: BRENES CORDOBA (Alberto). Tratado de las personas. San José, Librería e Imprenta Lehmann, 1933 p. 140: "No siempre la locura es continua; a veces hay períodos más o menos largos en que reaparece la lucidez de la razón en términos de hallarse el paciente capacitado para obrar con pleno discernimiento. El matrimonio que se verificare en uno de esos períodos, los cuales reciben el nombre de lúcidos mentales, es válido, porque la ley lo que exige es que al celebrarlo no exista la demencia..."

FERNANDEZ Zeledón (Carlos) loc. ult. p. 52: "Si el matrimonio se celebra en un intervalo lúcido el matrimonio es válido, aunque el contrayente esté internado en un asilo para insanos mentales o su incapacidad esté declarada en sentencia inscrita en el Registro Público.

Con respecto al testamento sostiene ROJIN (Villegas) op. cit. p. 166 "Aun cuando el mayor de edad tenga intervalos de lucidez no puede celebrar contratos en un momento en que esté en pleno

Otra corriente de la doctrina sostiene que la interdicción trae también como consecuencia la nulidad de los actos que se celebren durante el lúcido intervalo, ya que, a decir de estos autores, la incapacidad de actuar que deriva de la declaración de interdicción no proviene de la enajenación mental en sí, sino más bien de esa sentencia que declara en forma permanente la incapacidad del individuo, por lo que aunque se recupere la lucidez mental en esos intervalos, la incapacidad sigue existiendo (35).

Esta concepción se encuentra contemplada en nuestra legislación civil, ya que podemos decir apoyados en la tesis de FERNANDEZ ZELEDON, que el artículo 23 al establecer la nulidad absoluta de los actos que realice el incapaz jurídicamente declarado está negando al mismo tiempo validez a los actos que pudiese celebrar durante el período de lucidez (36).

Tal disposición parece ser la más adecuada, ya que permitir la realización de actos durante el lúcido intervalo, vendría a restar certeza a la sentencia que declara la incapacidad produciendo así gran incertidumbre en el Derecho, porque es muy difícil la determinación cuando efectivamente se produce un lúcido intervalo y cuándo realmente el acto se ha realizado en uno de esos períodos. (37)

Por eso, para evitar problemas de esta naturaleza, es más apropiado el criterio general que utiliza nuestro código, de considerar nulos todos los actos que realice el incapaz declarado, incluyendo los que pudiera realizar en un período de lucidez.

c. ACTOS CELEBRADOS POR EL INCAPAZ ANTES DE LA DECLARACION DE INTERDICCION

La sentencia de interdicción no afecta los actos celebrados por el incapaz con anterioridad a la declaración de la misma.

La doctrina es unánime y en igual forma la jurisprudencia costarricense en señalar que la interdicción no posee efecto retroactivo, esto es, que solo afecta a los actos celebrados después de la inscripción de dicha resolución en el Registro Público y nunca antes, aún ni siquiera a los que pudieran realizarse durante el curso del procedimiento (38). A este respecto ha

-
- uso de sus facultades mentales, pero, an cambio, en materia de testamento se acepta que en un momento de lucidez mental, el enajenado otorgue testamento". En la misma dicrección CASTRO Y BRAVO op. cit. p. 320: Expresamente se admite una excepción a la limitación general de la capacidad de ebrar del declarado judicialmente loco o demente respecto a la confección del testamento..."
- (35) ALBALADEJO (Manuel) op. cit. p. 280: "Siéndose incapaz por estar incapacitado, y no por hallarse de hecho en estado de demencia, y no cesando la incapacitación (el estado de incapacidad) durante los intervalos lúcidos, es claro que la parte de capacidad de obrar que la incapacidad suprimió, sigue faltando durante éstos. Por eso el acto celebrado en ellos es inválido."
- (36) FERNANDEZ Zeledón (Carlos) op. cit. p. 52: Si el Código dispone que son absolutamente nulos los actos que calebre personalmente el incapaz si su estado está declarado en sentencia inscrita en el Registro respectivo, expresamente ese artículo suprime la capacidad durante los intervalos lúcidos.
- (37) En este sentido dice CASTAÑEDA Delgado (Pbro. Eudocio). "El problema del lúcido intervalo en las enfermedades mentales". Revista Española de Derecho No. 23 Vol VIII 1953 p. 490: La existencia real de un intervalo lúcido que importe el ratorno a la responsabilidad nermal, en el amente hebitual, as una cuestión de hecho que hay que probar, y esto e nuestro juicio lo qua le quita importancia jurídica: la dificultad de probar su existencia...
- (38) En aste sentido ALBALADEJO (Manuel) op. cit. p. 271 expresa: "La incapacitación afecta solo al futuro: se produce e partir de que recae el auto declarándola; y los actos del incapacitado anteriores a la misma no pueden invalidarse por ella, ni siquiera los realizados desde que se interpuso la demanda solicitando la incapacitación." FERNANDEZ Zeledón op. cit. p. 49: Quede bien establecido que la sentencia que se dicte a tal efecto, no tiene efecto retroactivo. En virtud de la interdicción judicialmente declarada, se reputa come absolutamente nule cualquier acto o contrato que en lo futuro celebre el incepez. CASTRO Y BRAVD op. cit. p. 323: Los efectos de incapacitación comienzan al dictarse la declaración judicial de incapacidad no pudiendo retrotraerse al comienzo de la enfermedad ni a la fecha de la presentación de la demanda."

dicho la jurisprudencia: No se extiende en forma retroactiva la nulidad con carácter absoluto a actos o contratos que el individuo hubiere celebrado con anterioridad a la inscripción de la interdicción en el Registro a la fecha en que ingresó al asilo no abarcando en consecuencia la nulidad absoluta los que con anterioridad hubiere realizado en estado de enajenación mental, porque contra ellos se establece la nulidad relativa y mucho menos abraza los actos que hubiere ejecutado o celebrado la persona en estado normal. (López Pineda vs. López Trejos SALA DE CASACION No. 78 1955)

Con respecto a estos actos que el enajenado mental pudiera realizar con anterioridad a la declaración de interdicción, nuestra legislación (39) y jurisprudencia (40) afirman que son relativamente nulos, es decir, que pueden ser anulados si se llega a demostrar que en el momento de ejecutarlos el individuo actuó bajo un estado de enajenación mental (41). Es entonces necesario para la anulación presentar una prueba contundente que demuestre esa incapacidad. Sobre esta necesidad ha dicho la jurisprudencia: Para anular los actos y contratos por causa de incapacidad mental de un otorgante se requiere una prueba evidente de la existencia de esa incapacidad en el momento preciso del otorgamiento. (SALA DE CASACION No. de las 10:10 hrs. del 12 julio 1951 Artiñano Saracho vs. Araujo Serpas)

Esta anulabilidad puede ser pedida por representante legal del incapaz o por éste mismo si llegara a recuperar su lucidez mental.

II REPRESENTACION LEGAL

Debido a la imposibilidad que de actuar por sí mismo tiene en el mundo jurídico el sujeto sometido a interdicción, se hace necesario el nombramiento de un representante legal que actúe en su lugar.

"La representación del incapaz tiene un carácter particular: el representante no expresa la voluntad del representado ya que legalmente se considera que éste es incapaz de tenerla. Expresa en consecuencia, una voluntad propia que reemplaza a la del incapaz. El patrimonio de éste último es administrado por su representante legal. Los actos realizados por el representante son ejecutados sobre los bienes del incapaz como si hubieran sido realizados por éste" (42) Por lo tanto, las consecuencias jurídicas que de estos actos se desprendan recaerán en la persona y patrimonio del representado (43).

a. REPRESENTACION LEGAL DURANTE EL CURSO DE LA INTERDICCION

Durante el curso del juicio de interdicción el sujeto incapaz debe estar legalmente representado. Para esto se le nombra un curador ad litem, que es el que se encargará de la defensa del sujeto. Con respecto al mismo, se ha establecido que es preferible que no sea ocupado por familiar del incapaz. (44)

También es posible que el tribunal nombre durante el procedimiento un administrador interino de los bienes del incapaz, el cual "cesará de sus funciones cuando se declare que no

(39) Artículo 23 Código de Familia.

(40) "Los actos o contratos del incapaz no declarado por sentencia inscrita en el correspondiente Registro o que no se halle en un establecimiento público de locos serán relativamente nulos y podrán rescindirse a solicitud del mismo incapaz cuando deje de serlo, o de la persona que legalmente la represente". SALA DE CASACION No. 77 1954 B.G. vs. P.S. II Sem. I Tomo p. 192

(41) En este sentido ALBALADEJO (Manuel) op. cit. p. 271: "Únicamente si se prueba que se realizaron por el sujeto careciendo éste de aptitud para entender y querer se invalidan, pero por falta de tal aptitud, y no porque el sujeto haya sido posteriormente incapacitado".

(42) RIPERT Y BOULANGER op. cit. p. 448

(43) ROJINA (Rafael) op. cit. p. 168, sigue este criterio y nos dice: "la representación supone que un sujeto denominado representante actúa en nombre y por cuenta del representado, de tal manera que las consecuencias jurídicas de los actos que realice afectarán al patrimonio, la persona o el status en general del representado."

(44) MOLINAS (Alberto). op. cit. p. 381

existe la incapacidad o cuando declarada ésta, el inhábil está provisto de curador que administre sus bienes" (45).

b. REPRESENTACION LEGAL DEFINITIVA: LA CURATELA

Una vez dictada la sentencia que establece el estado de interdicción se nombra al individuo un representante legal definitivo: un curador. Para esto, es entonces esencial que la sentencia de interdicción haya sido declarada. Ha dicho la jurisprudencia: "Para dar curso a las diligencias de curatela es necesario comprobar de previo que en juicio ordinario fue declarado el estado de interdicción del incapaz, y si lo que el recurrente desea en este caso es iniciar el juicio ordinario de interdicción lo que debe hacer es presentar la demanda con todas las formalidades legales, así como los dictámenes médicos correspondientes que de no ser oficiales se deben ratificar en el juzgado, sin que para ello sea necesario el señalamiento de hora y fecha.

Código Civil arts. 218 y sgtes. (hoy 217 y sgtes. del Código de Familia) Código de Procedimientos Civiles Art. 775.

SALA PRIMERA CIVIL 1975 No. 558 de las 8:30 hrs. del 10 de diciembre. Curatela de H.C.M. promovida por S.C.M.

Al nombrarse el curador, los representantes provisionales dejan sus funciones, para dejar esta tarea a este curador que en forma definitiva ejercerá la representación. (46).

b1. Personas legitimadas para ser curadores.

Con respecto a las personas legitimadas para ejercer la curatela, el artículo 223 del Código de Familia de nuestro país dispone: El marido es curador legítimo y forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido, cuando no estén separados de hecho o de derecho.

A falta del cónyuge, los hijos mayores de edad son curadores de su padre o de su madre, prefiriéndose al que viva en compañía del incapaz y en igualdad de circunstancias, al más apto.

El padre y a falta de éste la madre, son curadores de sus hijos solteros o viudos que no tengan hijos mayores de edad capaces de desempeñar la curatela.

El que demande la interdicción será propuesta a los que con igual derecho pudieran pretender la curatela. (47).

La jurisprudencia ha dicho que la persona a la que designe el tribunal como curador, está en la obligación de aceptar tal cargo, a menos que exista una razón valedera para no hacerlo. (48)

(45) Artículo 220, Código de Familia de Costa Rica.

(46) Sobre esta situación ha dicho la jurisprudencia: "Si se trata de una persona que ha sido incapacitada total y permanentemente para la administración de sus bienes no es posible nombrarle un curador solo procede nombrarlo tratándose de personas incapacitadas temporalmente, lo procedente es nombrarle un curador definitivo previa declaratoria de Interdicción en juicio Ordinario Código Civil art. 230 y 218. Código de Procedimientos Civiles Art. 774 y sgtes. 1973 TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL. No. 903 de 14:45 hrs. del 21 de diciembre. Boletín informativo 218. No. 2272

(47) Justifica esta disposición la jurisprudencia diciendo: "...Y para que no sea en los parientes el interés personal, el que los guíe a interdicar al incapaz, dispone la ley que (art. 226 citado, párrafo último), el demande la interdicción será pospuesto a los que con igual derecho pudieran pretender la curatela. SALA DE CASACION no. 19. de las 14:30 horas del 25 de enero de 1961 Semestre I, Tomo I, p. 209 Pérez y otros p. 215.

(48) "...se colige de los artículos 226 y 231 en relación con los números 185 y 190 ibídem, que el cónyuge, los ascendientes y descendientes y los hermanos y tíos del incapaz, llamados por el juez en el orden que indica la ley a servir la curatela, están en la obligación de aceptar el cargo, y si no lo aceptaren sin mediar excusa legal, tienen sanciones, en las que también incurrir, cuando por dolo o culpa en la administración de los bienes del inhábil sean removidos." SALA DE CASACION No. 19 loc. ultl.

Por último dispone nuestra legislación que "cuando la curatela recaiga en el padre o la madre, éstos no están obligados a dar fianza ni a rendir de la administración más cuenta que la final " (Artículo 224 Código de Familia)

b2. Obligaciones del curador

Dice nuestra legislación que es obligación del curador "cuidar que el incapaz adquiera o recobre su capacidad mental o física" (artículo 223 Código de Familia)

Además del cuidado de la persona que representa, el curador se encarga de administrar los bienes del incapaz; bienes que puede utilizar para obtener la recuperación del Inhabilitado. (49)

También se establece que "el curador de una persona que tenga hijos menores, será el tutor de éstos, si es el caso de la tutela" (Artículo 221 Código de Familia de Costa Rica)

b3. Duración de la curatela.

Como obligación del curador éste debe permanecer en su puesto durante cinco años, transcurrido este plazo tiene derecho a ser removido de su cargo. Sin embargo, están obligados a conservar por más de este tiempo la curatela, los ascendientes, descendientes o cónyuges del incapacitado. (50)

Como institución en sí, la curatela acompaña al individuo durante todo el tiempo en que el estado de interdicción esté en vigencia y cesa cuando una declaratoria judicial levante ese estado.

III. PROCEDIMIENTO

En cuanto al procedimiento para establecer la interdicción, dispone el artículo 219 del Código de Familia que "debe ser declarado en juicio y probados los hechos que la motivaron".

Así, la persona que solicita la interdicción plantea una demanda ordinaria. Se realiza el juicio, en el que el supuesto incapaz aparece representado por un curador ad litem. (51) Se aportan las pruebas correspondientes, y el juez determinará si se somete o no al sujeto en interdicción.

En caso de ser declarado el estado de interdicción, establece la legislación, que la ejecutoria de sentencia que lo pronuncie deberá publicarse en el periódico oficial e inscribirse en el Registro Público. (52)

La importancia de esta publicidad de la sentencia de interdicción es obvia: la necesidad de dar a conocer al público la existencia de la incapacidad de que adolece el individuo, para prevenirlos en el caso de que pretendieran realizar algún negocio jurídico con el incapaz.

a. PERSONAS QUE PUEDEN SOLICITARLA

Nuestra legislación dispone que son personas legitimadas para solicitar la interdicción:

(49) Con respecto a la venta de los bienes de estos incapaces ha dicho la jurisprudencia: "La venta de bienes de incapaces sujetos a curatela, no puede efectuarse sino mediante autorización judicial, y en subasta pública. Código Civil arts. 206 y 2331. SALA DE CASACION de las 10 hrs. del 31 de enero 1940 S.O. vs. R.P.

(50) Artículo 226 Código de Familia

(51) Sobre la importancia de la representación en el juicio ha dicho la jurisprudencia: "Si en un juicio de interdicción la presunta interdicta no ha estado en ningún momento representada, procede, por esa trascendente omisión y para efectos de orientar el curso de los procedimientos, anular todo lo efectuado y resuelto desde el auto inicial de traslado de demanda." Código Civil arts. 835 y 837. Código de Procedimientos Civiles arts. 145, 774, 779 y 890. 1974 SALA PRIMERA CIVIL. No. 59 de 8:35 hrs. del 12 de marzo. Ordinario de J.Z.A. c D.Z.A. Boletín Informativo 216 No. 1324.

(52) Artículo 219 Código de Familia.

"el Ministerio Público, el cónyuge y los parientes que tendrían derecho a la sucesión intestada" (53) (Artículo 218 Código de Familia)

Con respecto al Ministerio Público, éste generalmente actúa cuando siendo evidente el estado de incapacidad de un determinado individuo y en igual forma, el peligro que esta incapacidad acarrea para su persona y sus bienes, no haya sido ésta solicitada por sus parientes. En nuestro país la jurisprudencia acepta que la Procuraduría General de la República solicite la interdicción cuando actúe como Ministerio Público. Así manifiesta: Si se ha establecido que la interdicción puede ser pedida por el Ministerio Público, y si la Procuraduría General de la República, actuando en juicio como Ministerio Público, se apersona en autos, su actuación es legalmente correcta, y debe ser atendido por los Tribunales que conocen del caso.

Código de Familia, artículo 218.

SALA SEGUNDA CIVIL No. 149 de las 15:05 hrs. del 5 de mayo 1976. Ordinario de Interdicción de A.C.P.

El cónyuge puede también pedir la interdicción, dado el lazo jurídico y afectivo que lo une a su pareja. Justifica esta disposición Alberto MOLINAS diciendo: "Es pues el afecto que entre sí vincula a los esposos y la protección de los bienes, lo que determina el que a los mismos les esté acordado el derecho de pedir la declaración de insanía, el uno contra el otro..." (54)

En lo que se refiere a los parientes que tendrían derecho a la sucesión intestada ha dicho la jurisprudencia: Al disponer el Código Civil que pueden pedir la declaratoria de interdicción "los parientes que tendrían derecho a la sucesión intestada del supuesto incapaz" está legitimando a los tíos de éste para establecer la respectiva acción."

Código Civil arts. 220 inc. 2 y 572

1973 SALA PRIMERA CIVIL No. 360 de 9:05 hrs. del 13 de noviembre. Ordinario de J.C.V.C. c R.V.H.

Por otra parte se plantea la cuestión de si el propio sujeto incapaz puede pedir para sí la declaración de interdicción. Esta situación ha encontrado una negativa en la jurisprudencia que se ha pronunciado diciendo: Si el propio actor pide en su demanda que se declare que no goza de capacidad mental como fundamento de la nulidad que reclama, es obvio que está inhabilitado para gestionar judicialmente. Código Procedimientos Civiles Art. 1 inc. 3.

1947 SALA DE CASACION de las 14 hrs. del 13 de junio. M.F. y otro vs. M.F.

Esta resolución es razonable, ya que un incapaz no posee capacidad para gestionar judicialmente.

b. LA PRUEBA

Para determinar la existencia de una incapacidad física o mental que justifique la declaración de un estado de interdicción a una determinada persona se utilizan como medios probatorios: la prueba médica y la testimonial.

La prueba médica proporciona la certeza de que efectivamente existe una enfermedad mental o física que priva al individuo de capacidad para la administración de sus bienes. En este sentido ha dicho la jurisprudencia: Si de la prueba médica se revela que los trastornos que sufre el demandado "lo incapacitan para tratar, co-tratar o administrar sus bienes" y si

(53) Con respecto a este punto encontramos, en legislación extranjera, algunas que como la española: si que el mismo criterio. En los artículos 214 y 215 establece que la declaración de incapacidad puede ser pedida por el cónyuge, los parientes del presunto incapaz que tengan derecho a sucederle ab intestato y en algunos casos el Ministerio Fiscal. V. ALBALADEJO (Manuel) op. cit. 270. Otras como la Argentina contienen una disposición más amplia. Así en el artículo 144 CC de la República de Argentina puede leerse: Los que pueden pedir la declaración de demencia son: 1. El esposo o esposa no divorciados. 2. Los parientes del demente. 3. El Ministerio de Menores. 4. El respectivo cónsul, si el demente fuese extranjero. 5. Cualquiera persona del pueblo, cuando el demente sea furioso o incomode a sus vecinos.

(54) MOLINAS (Alberto). op. cit. p. 271

el perito habla de una enfermedad progresiva y la incapacidad la concreta al tiempo en que emitió el informe y no la hace depender de un estado futuro como parece entenderlo el recurrente es lo procedente: declarar el estado de interdicción del demandado por estar incapacitado mentalmente para atender sus propios intereses."

1978 SALA SEGUNDA CIVIL No. 118 a las 15:15 hrs. del 10 de mayo. Ordinario de interdicción de A.L.W.B. c F.C.W.V.T.

También se acepta la testimonial como prueba de la existencia de incapacidad mental o física ya que estas enfermedades presentan, en su mayoría, manifestaciones externas que son claramente percibidas por otros individuos que rodean al inhabilitado, los cuales pueden perfectamente atestiguar sobre dicho estado.

Sobre este punto repetidas veces se ha pronunciado la jurisprudencia diciendo: Los informes de los facultativos no constituyen el único medio probatorio de la capacidad o incapacidad de una persona, siendo admisibles todos los demás sin excluir la prueba testimonial, debido a que la disminución o pérdida de las facultades mentales tiene manifestaciones características, capaces de revelar a cualquier persona la existencia de ellas.

1949, SALA DE CASACION de las 15 hrs. del 18 de mayo. Goicoechea Quirós vs. Von Schroter-Adelman y otras.

"La condición mental de una persona se manifiesta por signos externos que apreciados por testigos pueden orientar al juzgador para darle fe o recelar de la prueba médica, de modo que no cometieron ningún error los jueces de instancia al tener por probada la incapacidad mental del causante con base en testimonios que se refirieron a la forma en que se exteriorizaba la conducta del mismo, a su falta de coordinación, a lo que decía en el estado en que se hallaba etc. hechos que son perceptibles por testigos, sin que sea preciso tener conocimientos especiales para apreciar alteraciones de ese género, que por otra parte han sido corroboradas por el llamado testimonio técnico o científico, o sea la declaración del médico que atendió a la persona afectada, durante mucho tiempo."

1957. SALA DE CASACION de las 10:00 hrs. del 12 de junio. Masís Chacón contra Suc. de Raúl Hernández Aguilar.

La prueba es en este caso imprescindible ya que dadas las graves consecuencias que se originan de la declaración de interdicción se hace necesario para el establecimiento de la misma, una comprobación indudable de la existencia de un estado de enajenación mental que la justifique.

c. LEVANTAMIENTO DE LA INTERDICCION

Para el levantamiento del estado de interdicción, se requiere una declaración judicial similar a la que declaró ese estado. (Artículo 226 Código de Familia)

De manera que atendiendo esta disposición, se plantea el problema de que el propio sujeto sometido a interdicción no podría pedir por sí mismo el levantamiento de ese estado que le aqueja, situación que a mi criterio es indebida e injusta, ya que podría darse la penosa situación de que los familiares del incapaz, movidos por sus propios intereses económicos se opusieran al levantamiento de la interdicción, cuando recobrada la capacidad, no tenga caso que continué. Por esto, considero que sería más conveniente que el propio sujeto en interdicción pudiera pedir la eliminación de ese estado presentando las pruebas necesarias que demuestren que ha recobrado la razón.

CONCLUSION

La interdicción es una sentencia a través de la cual se coloca en estado de incapacidad absoluta a aquellas personas que sufren de incapacidad mental o física, ésta última referida específicamente en nuestra legislación al sordomudo que no sepa leer ni escribir.

Teóricamente tiene como finalidad primaria la protección del incapaz y de sus bienes. Sin embargo, en la práctica, podríamos decir que su fin es básicamente económico: la protección del patrimonio del incapaz. Prueba de ello, es que precisamente, nunca se coloca ba-

jo estado de interdicción a personas que no posean bienes.

Con respecto al fundamento de esta institución, podemos decir que ella se basa en la existencia de una enfermedad mental o física, que priva al individuo de capacidad para administrar sus bienes. En el caso del sordomudo que no sepa leer ni escribir, esa incapacidad se funda en un motivo de incomunicación: no conociendo la lectura ni escritura, carece de un medio idóneo para manifestar en forma clara e inequívoca su voluntad; y no pudiendo entonces comunicarse, no puede realizar acto jurídico alguno.

Con respecto al modo de establecer la interdicción, ésta debe declararse en juicio, una vez que se haya probado la existencia de la incapacidad que lo justifique. La prueba debe ser contundente, pudiéndose utilizar como ella el dictámen médico y la prueba testimonial.

Una vez dictada la sentencia que establece la interdicción ésta deberá publicarse en el diario oficial e inscribirse en el Registro Público.

La interdicción inicia sus efectos cuando se han cumplido estas diligencias; y los mismos terminan cuando desaparece el estado de incapacidad que sirvió de base para establecerla; Para esto se requiere de una declaración judicial que expresamente la levante.

Como efectos principales de esta sentencia de interdicción, se produce en el individuo una incapacidad absoluta de actuar y, consiguientemente, el nombramiento de un representante legal para este incapaz.

Esta falta de capacidad de actuar implica que el sujeto no puede realizar por sí mismo acto o negocio jurídico alguno. Por tanto, los actos que pudiese celebrar serán absolutamente nulos.

El demente es privado de su capacidad de actuar ya que "para contraer obligaciones es necesario un "querer", es decir manifestarse conscientemente sobre la oportunidad o la conveniencia de obligarse, y es evidente que no puede exteriorizar una voluntad seria el que por cualquier causa no tenga plena conciencia de sus actos." (55) De manera que un demente privado de su razón y que tiene, entonces, perturbados su voluntad y conciencia, se encuentra incapacitado para realizar contratos o negocios jurídicos.

En el caso del sordomudo que no sepa leer ni escribir, la situación es diferente; éste se encuentra incapacitado ya no porque su conciencia se encuentre perturbada, sino porque "no puede manifestar su voluntad por un medio seguro, que no se preste a equivocaciones" (56). Esta incapacitación tiende a protegerlo ya que sin ella "cualquier signo o gesto de un sordomudo podría haberse entendido, de buena o mala fe, como una manifestación de voluntad distinta de la que realmente hubiera querido expresar" (57).

Con respecto a esta "incapacidad" de actuar de los sujetos así declarados, nos dice Betti, que la doctrina más moderna tiende más que todo a considerarla como falta de legitimación (otro presupuesto de validez del negocio) y no como falta de capacidad, ya que esta doctrina distingue ambos conceptos, señalando que si bien es cierto que legitimación y capacidad son formas de la aptitud para realizar actos jurídicos, la primera lo es como idoneidad natural y la segunda como idoneidad adquirida. De manera que la falta de aptitud que para realizar actos jurídicos tiene el sujeto en interdicción, sería una falta de legitimación.

Sin embargo, Betti combate esta teoría diciendo que si bien es cierto que la interdicción depende de una declaración judicial, ésta a su vez presupone una enfermedad mental o sea un estado físico-psíquico, tan natural como la edad. (58)

Por último y en relación con el otro efecto de la interdicción -la representación-, hemos de decir que ésta se nombra al sujeto en estado de interdicción para subsanarlo de la capacidad de que ha sido privado. El representante se encarga entonces del cuidado de la perso-

(55) STOLFI (Giuseppe). Teoría del Negocio Jurídico. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1959. p. 24

(56) LEON Hurtado Avelino. La Voluntad y la capacidad en los actos jurídicos. Santiago Editorial Jurídica de Chile. 1963. p. 401

(57) Ibidam

(58) BETTI (Emilio). Teoría General del Negocio Jurídico. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1959. p. 168-169.

na y bienes del incapaz, actuando en lugar de él en la vida jurídica.

La representación del sujeto en estado de interdicción es una representación legal, esto es, que la ley a la hora de otorgarle ese poder, le determina sus respectivas atribuciones, (59) encontrándose, entonces, su campo de acción limitado por lo que la ley disponga.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- **ALBALADEJO** Manuel. Derecho Civil I. Introducción y Parte General. Vol 1. Introducción y Derecho de la Persona. 6a. Edición. Madrid, Librería Bosch, 1978.
- 2.- **ALESSANDRI** Rodríguez Arturo. Somarriva Undurraga Manuel. Curso de Derecho Civil. Tomo I, Vol. II Parte General y de las personas. 3a. Edición, Chile, Editorial Nascimento, 1962.
- 3.- **BETTI** Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. 2a. Edición. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. 1959.
- 4.- **BRENES** Córdoba Alberto. Tratado de las Personas. San José, Librería e Imprenta Lehmann, 1933.
- 5.- **CASTAÑEDA** Delgado Pbro. Eudocio. El problema del lúcido intervalo en las enfermedades mentales. En Revista Española de Derecho No: 23, Vol. VIII. Consejo Superior de Investigaciones científicas. Instituto "San Raimundo de Peñafort", 1953.
- 6.- **CASTRO** y Bravo Federico de. Compendio de Derecho Civil. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957.
- 7.- **DE RUGGIERO** Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I, Madrid, Instituto Editorial Reus.
- 8.- **DIEZ-PICASSO** Luis, **GULLON** Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen I. 4a. Edición. Madrid. Editorial Tecnos S.A. 1982.
- 9.- **DUPONT** Delestraint. Droit Civil. Les personnes et les droits de la personnalité. La Famille, les incapacités. Cinquième Edition, Paris, Collection des Mémentos Dalloz, 1973.
- 10.- **FERNANDEZ** Zeledón, Carlos. La Personalidad en el Derecho Positivo Costarricense. Tesis de Grado U.C.R., 1963.
- 11.- **JOUSSERAND**, Luis. Derecho Civil. Tomo I, Vol. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.
- 12.- **LEON** Hurtado Avelino. La Voluntad y la Capacidad en los actos jurídicos. 2a. Edición. Editorial Jurídica de Chile, 1963.
- 13.- **MAZEAUD** Henri-León-Jean. Lecciones de Derecho Civil. Vol. I. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

(59) **LEON HURTADO**, (Avelino). Op. cit. pág. 328. -

- 14.- **MOLINAS Alberto.** La Incapacidad Civil de los Insanos Mentales. Tomos I y II. Buenos Aires, EDIAR Editores, 1948.
- 15.- **NOVISIMO DIGESSTO ITALIANO.** Tomo II AS-CAS
4 Edicon, Roma, Unione Tipográfico -Editrice Torinese, 1968.
- 16.- **PUIG Peña Federico.** Tratado de Derecho Civil Español. Tomo I. Parte General Vol. II. Los actos jurídicos. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- 17.- **RIPERT Georges, Boulenger Jean.** Tratado de Derecho Civil; según el Tratado de Planiol. T. III, Vol. II. Buenos Aires, Ediciones La Ley, 1963.
- 18.- **ROJINA Villegas Rafael.** Compendio de Derecho Civil. Introducción; Personas y Familia. México, Editorial Porrúa, S.A. 1974.
- 19.- **SANTORRO PASSARELLI, Francesco.** Doctrinas Generales del Derecho Civil. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1964.
- 20.- **STOLFI, Giuseppe.** Teoría del Negocio Jurídico. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

LEGISLACION

**CODIGO CIVIL Y DE FAMILIA DE COSTA RICA
CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE ARGENTINA
CODIGO CIVIL MEXICANO**

JURISPRUDENCIA

BOLETIN INFORMATIVO Corte Suprema de Justicia
No. 212 Año XVIII San José Agosto 1 1973
No. 216 Año XVIII San José Diciembre 1 1973
No. 217 Año XIX San José Enero 1 1973
No. 218 Año XIX San José Febrero 1 1974
No. 219 Año XIX San José Febrero-Abril 1974
REVISTA JUDICIAL Corte Suprema de Justicia
No. 15 Año IV San José, Marzo 1980
No. 13 Año IV San José, Setiembre 1979
No. 5 Año II San José, Setiembre 1977

**PEREZ, Víctor y otros. JURISPRUDENCIA CIVIL DE LA SALA DE CASACION
1950-1975. San José, Editorial Universidad de Costa Rica 1977**

LA IGUALDAD ANTE LA LEY **(Artículo 33 - Constitución Política)**

*Trabajo presentado al Dr. Carlos José Gutiérrez
Cátedra de Derecho Constitucional
por Luis Fernando Calderón U. y Hilda Marlene Calvo G.*

"Mas allá de todas las desigualdades, y en un nivel mucho más profundo que todas ellas, hay una igualdad esencial entre los hombres, la igualdad determinada por lo suyo propio de todos y cada uno de los seres humanos. El suyo primario, ser persona"

Recasens Siches

El hombre reúne una serie de condiciones y cualidades que dan valor a su esencia misma, la dignidad. Lo que lo hace superior a todos los seres vivos "porque aunque está hecho de barro, lo ha sido a imagen y semejanza de Dios".

Rubén Hernández

"Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana"

(Art. 33 Const. Pol.)

INTRODUCCION

El derecho de igualdad se presenta en el Estado Democrático actual, como uno de sus pilares básicos.

Es la facultad que posee toda persona de ser tratado en todos los ámbitos en las mismas condiciones que son tratados sus semejantes, que se hallan en una situación similar.

El fundamento de esta disposición lo encontramos en el hecho de que todos los hombres por pertenecer a la especie humana son iguales; poseen los mismos derechos si sus situaciones son análogas, pues sería absurdo establecer una tajante identidad entre una persona y otra; porque cada quien es portador de una individualidad constituida por sus particulares características.

Es éste el objeto del presente trabajo, qué quiere decirse con "Igualdad ante la Ley", el porqué de este principio, sus alcances, flaquezas y expresiones jurídicas positivas.

El estudio consta de un análisis doctrinario e histórico, tanto a nivel nacional como internacional.

De un estudio comparado, con el afán de medir la certeza de nuestro artículo 33 constitucional. Las resoluciones de nuestros Tribunales de Justicia al respecto y una consideración personal.

Insistimos también a lo largo del trabajo en que el principio de igualdad jurídica debe interpretarse a la luz de la "Justicia Distributiva" de Aristóteles y se trata de un Derecho Público Subjetivo y no de una garantía individual.

TITULO I

DESARROLLO HISTORICO Y DOCTRINARIO

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS INTERNACIONALES

SECCION A.

DECLARACION FRANCESA

Art. 1: "Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos, las distinciones sociales sólo pueden estar fundamentadas en la utilidad común. (1)

En 1789 un principio como el anterior era de vital importancia. Para efectos de nuestro estudio, la sociedad de esa época podemos dividirla en dos clases fundamentales: una que tenía todos los derechos y otra que no poseía ninguno, de ahí que la formulación escrita de éste representaba un gran paso para la humanidad.

Todo este movimiento tuvo como base de inspiración, la doctrina ius-naturalista, en boga en la época.

(1) Bernard, Gabriel: Organismos Internacionales y Declaración de Derechos. Buenos Aires, Bibliografica Omeba, 1961. pág. 79.

SECCION B

CONSTITUCION DE ESTADOS UNIDOS

En la enmienda número 14, artículo 14, sección 1, lo encontramos consagrado de la siguiente manera: "Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal, ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos". (2)

Fue establecido en esta enmienda, puesto que anteriormente era legalmente permitida la esclavitud.

En esta enmienda el principio se restringe un poco; mientras que en la Declaración Francesa se hablaba de "todo hombre", en esta enmienda se dice "todas las personas nacidas y naturalizadas en los Estados Unidos". Lastimosamente, esta ley es un vivo ejemplo de la gran diferencia, que cuando se quiere, puede llegar a existir entre la realidad y el mundo jurídico. Pues aunque se promulgó la igualdad ante la ley con el afán de eliminar la discriminación, aún hoy existe con referencia principalmente a los latinos y a los negros. Es de recalcar que todas estas discriminaciones son de hecho.

CAPITULO II

DESARROLLO COSTARRICENSE

SECCION A

ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES:

1.- Período del 1824 a 1848: En este período es en el que encontramos una formulación del Principio de Igualdad ante la ley expresado de una manera un tanto confusa y contradictoria en los casos en que se verá.

El principio de Igualdad aparece expresamente señalado por primera vez en nuestra historia constitucional en la Constitución de la República Federal de Centro América promulgada el 22 de noviembre de 1824. En cuyo encabezado se establece el compromiso de "...afianzar los derechos del hombre y del ciudadano sobre los principios inalterables de libertad, igualdad y propiedad..." (3). En su artículo 2o. repite más o menos lo mismo diciendo que el pueblo "Es esencialmente soberano y su primer objeto la conservación de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad" (4)

Notamos ya desde muy tempranas épocas de nuestra vida independiente, la preocupación de nuestros abuelos por plasmar los principios revolucionarios franceses en la patria que estaban creando, tomando en cuenta, como lo hace la Declaración Francesa al hombre como sujeto fundamental. En el título X de Garantías Individuales de esta Constitución encontramos el artículo 153 que reitera el principio de igualdad ante la ley en una forma más específica respecto al ordenamiento jurídico; "Todos los ciudadanos y habitantes de la República sin distinción alguna estarán sometidos al mismo orden de procedimientos y de

(2) Constitución de los Estados Unidos de América. Servicio de información de los Estados Unidos, sin año, p. 28.

(3) Zeledón, Marco Tulio. Digesto Constitucional de Costa Rica, San José, Colegio de Abogados, 1946, p. 28.

(4) Ibidem.

juicios que determinan las leyes" (5). Notamos que se le incluye en el capítulo de Garantías Individuales cosa que es incorrecta técnicamente hablando, ya que es un derecho y no una garantía.

La Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica del 25 de enero de 1925, nos menciona el principio que estamos tratando en el artículo 1o. "Todo Costarricense es igual ante la Ley, cualesquiera que sea su estado y diferencias de fuerzas físicas y morales" (6).

En la Ley de Bases y Garantías del 8 de marzo de 1841 está consagrado en el artículo 2 De los Costarricenses. Inciso 2o. "todos los Costarricenses son iguales ante la ley: pero las virtudes cívicas las ciencias y los grandes servicios al Estado los diferencian entre sí..." (7) Pese a establecer la igualdad Jurídica esta ley reconoce diferencias entre los hombres y no necesariamente las naturales, lo que en última instancia contradice el principio de igualdad pues podría interpretarse que esas diferencias permiten obtener ventajas.

La Constitución política del Estado de Costa Rica del 9 de abril de 1844 menciona en su artículo 1o. el derecho público subjetivo que estamos exponiendo pero en forma general "Todos los Costarricenses nacen libres é independientes, y tienen ciertos derechos inalienables é imprescriptibles, y entre éstos se enumeran con más especialidad el de defender la vida y la reputación, el de propiedad, igualdad y libertad, y el de procurarse por cualquier medio honesto su bienestar" (8) Sin embargo, lo encontramos más claramente establecido en el artículo 16 "Todos los Costarricenses son iguales ante la ley, cualquiera que sea su estado y diferencia de fuerzas físicas y morales" (9) Esta redacción es muy similar a la del artículo 1o. de la Constitución de 1825 (10).

La Constitución Política de 10 de febrero de 1847 en su artículo 1o. dice "Los habitantes del Estado cualquiera que sea su clase y condición, tienen ciertos derechos naturales preexistentes a toda ley, inenajenables é imprescriptibles, como son: el de defender la vida, reputación, propiedad y otros derechos civiles que se enumeran: 1o. el de ser considerados ante la ley según sus virtudes, cualquiera que sea su clase, estado y diferencias de fuerzas físicas y morales... (11). Notamos que el texto pareciera producir más bien una desigualdad al ser considerados los hombres ante la ley según sus virtudes y esto lo atribuimos a una obscuridad en la redacción ya que este artículo tiene un origen netamente iusnaturalista al atribuirle a los hombres ciertos derechos naturales anteriores a toda ley, tesis esta que establece la igualdad entre los hombres como postulado básico.

Es en la Constitución Política "Reformada" de 30 de noviembre de 1848 que encontramos una simplificación de la fórmula con que se ha establecido el principio que nos ocupa, pues su artículo 117 se limita a decir que "Todos los costarricenses serán iguales ante la ley" (12) Pero esta redacción parece dejar en situación de desigualdad a los que no son costarricenses, error que aparece en todas las constituciones de este período.

2. Período de 1859 a 1871: En este período encontramos formulado el principio de una manera simple y general que no deja lugar a dudas sobre la aplicabilidad a todos de la igualdad ante la ley como derecho público subjetivo.

El error que contiene la Constitución de 1848 es subsanado finalmente en la Constitución Política del 27 de diciembre de 1859 cuyo artículo 21 está redactado así: "Todo hombre es igual ante la ley" (13) redacción que usarán las siguientes constituciones: La Constitución del 15 de abril de 1869 en su artículo 20 (14) y el artículo 25 de la del 7 de

(5) Idem p. 44

(6) Idem. p. 53. Se respeta la redacción original en la cita de estos artículos.

(7) Idem. p. 44

(8) Idem. p. 103

(9) Idem. p. 105

(10) Ver Supra p.

(11) Zeledón, Op cit. p. 127

(12) Idem. p. 167

(13) Idem. p. 171

(14) Vid Idem p. 189

diciembre de 1871. (15).

3.- Constitución de 1917: Hemos creído necesario tratar sobre esta Constitución por aparta por tener una redacción bastante original y aplicadora del decir de los ticos. "En Costa Rica no cortamos cabezas, simplemente serruchamos el piso para que todos queden el mismo nivel". Es el artículo 13 de esta Constitución el que establece la igualdad jurídica y dice "Ante la ley todos los hombres son iguales. El Estado no concede títulos de nobleza ni prerrogativas u honores hereditarios, ni reconoce los otorgados por otro Estado. El esclavo que llegue al territorio de Costa Rica será por el mismo hecho tenido y tratado como libre". (16) Este artículo establece expresamente la abolición de la esclavitud y la eliminación de rangos de nobleza y otros honores en un esfuerzo por lograr no sólo la igualdad ante la ley sino ante las personas como tales. Podríamos oponer este artículo al artículo 2o. de la Ley de Bases y Garantías que sí hacía diferencias por razones de virtudes cívicas y otras. (ver supra P.4)

SECCION B

NUESTRA ACTUAL CONSTITUCION:

Por tratarse de la Constitución que hoy nos rige, será objeto de un estudio exhaustivo, respecto del derecho público subjetivo que nos ocupa:

Analizaremos primero el proyecto presentado por la Junta Fundadora de la segunda república, luego las actas constitucionales, su redacción definitiva y por último la reforma introducida en 1968.

1. PROYECTO DE LA JUNTA:

Una vez derogada la constitución de 1871 por los hechos armados de 1948 y el triunfo de los que lucharon por la pureza del sufragio, se convocó a una Asamblea Nacional Constituyente para la redacción de la nueva constitución. Para ello, se tomó como base la constitución de 1871 y en pocas ocasiones se remitieron los constituyentes, al proyecto presentado por la junta de Gobierno, cuyo jefe era don José Figueres Ferrer. Este proyecto tutelaba el derecho de la igualdad jurídica en el art. 40: "Todos los habitantes del territorio Nacional tienen personalidad jurídica y gozan de la protección de la ley, sin que ésta pueda establecer diferencia alguna entre ellos por razones de raza, religión o ideología. Sin embargo les dará un trato que compense las desigualdades derivadas de la naturaleza física y de la organización social, trato que se fundará exclusivamente en las características generales que la ley determine". (17)

Notamos aquí la primera mención a la justicia distributiva de Aristóteles (ver. Infra pág.23).

Aparte de ello, queremos puntualizar que el artículo, quizá por ser tan taxativo, dejó por fuera una de las diferencias injustas más latentes de la época, nos referimos a las discriminaciones por razón de sexo. De la cual, aunque pocos, quedan resabios, más que hecho que de derecho.

2. ACTAS DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

El artículo suscitó grandes polémicas.

Lo primero que encontramos es una moción de los diputados Trejos, Brenes Mata, Bonilla, Acosta Jiménez, Montealegre y Jiménez Núñez tendiente a: "Desde ahora se confirma el capítulo constitucional de las Garantías Individuales, art. 25 a 50 de la Carta de 1871, el cual se respeta como firme e intocable, sin que le quepa más retoque que el de poder in-

(15) Vid. Idem p. 209

(16) Idem. p. 231

(17) Junta Fundadora de la Segunda República: Proyecto de Constitución Política, San José, Imprenta Nacional, 1949, pág. 10

corporarle nuevas garantías. Algunos de los derechos del hombre reciente o internacionalmente consagrados; y siempre, en todo caso, que no choque el agregado con lo ya estatuido, ni venga a desnaturalizar preceptos básicos tradicionales". (18).

Cabe recordar que el artículo 26 de la Constitución de 1871 es el que establece la igualdad ante la ley; larga fue la discusión en torno a la moción presentada dentro de la cual el diputado Fournier agregó "que no podía aceptar de ninguna manera la moción en debate, pues considera que materia tan importante como son las Garantías Individuales, deben discutirse artículo por artículo..." (19).

Señaló además, que había que actualizar muchas de ellas, reforzarlas, incluso ampliarlas. Al final la moción que tendía a la aprobación global fue retirada y se procedió a discutir cada uno de los artículos.

Concretándose el artículo 25, la fracción social-demócrata, presentó una moción (Ver supra p. 446). Uno de sus representantes de apellido Fournier manifestó el artículo 25 de la Carta del 71 en la forma que está redactada dice una mentira, ya que no es cierto que todos los hombres son iguales ante la ley. Existen diferencias de dos órganos: por la naturaleza física de los individuos y por la organización social existente (20). Habla el señor Fournier de que se trata de un precepto en cierta forma inoperante y cita como contrarios a este el Código de la Infancia y la protección de la mujer.

Nuestro criterio discrepa de esta posición pues en realidad no hay tal contradicción pues de lo que se trata es de no dar prerrogativas a nadie sobre el resto de las personas. En el caso de los menores de edad, no puede aplicarse tal uniformidad, sería otorgar prerrogativas a quienes no pueden valerse por sí mismos. De ahí, que sea explicable el hecho de que existan leyes especiales para esas personas, igual sería el caso de los dementes. De lo que se trata es de aplicarles ciertas normas con el único fin de establecer un plano de igualdad entre ellos y las demás personas.

El diputado Vargas Fernández presentó una moción para que se simplificara dicho artículo 40 y dijera "Todo hombre es igual ante la ley, sin perjuicio de darle protección especial en razón de las desigualdades derivadas de la naturaleza física y de la organización social (21).

Los señores Facio y compañeros aceptaron esta moción y retiraron la presentada por ellos. El diputado Arias Bonilla dijo que se ha mantenido esta "garantía" (22) para que los hombres tengan igual trato al acudir ante la ley. Además duda que el declarar expresamente las desigualdades entre los hombres sea una solución feliz y dice que lo mejor es remediarlas pero no acepta la excepción del proyecto del 49. Manifiesta que "Cual sería ese trato que la ley ha de dar para corregir esas desigualdades humanas? Por su parte el diputado Vargas Vargas apoya la moción pues considera que se trata de algo que nos remite a la realidad vivida muy cerca: las desigualdades entre los hombres. "La tal igualdad de los hombres ante la ley no ha dejado de ser una farza". A lo cual el diputado Piepper señaló que eso es cierto y que además la igualdad se originó en la Revolución Francesa donde se necesitaba por la realidad vivida, un principio de tal índole. Añadió que las diferencias existen y no pueden evadirse, la ley es para dar protección a todos. El más débil necesita de mayor protección que el más fuerte. Al referirse a esta desigualdad, señala que es portadora de una mayor responsabilidad para unos, y menos para los otros. Aseveró que esa era la base para considerar que la ley debe tratar a las personas de acuerdo a sus responsabilidades, tiene necesariamente que hacer distinciones, ya que existen desigualdades. Vemos como vuelve a mencionarse la justicia distributiva de Aristóteles; la cual nos parece una solución bastante atinada.

En un discurso pronunciado por el señor Jiménez Quesada, que consideramos muy acertado; éste señaló que el principio en cuestión no trataba de equiparar a los hombres entre

(18) Actas Constitucionales, Tomo II, pág. 446

(19) Idem, pág. 447

(20) Idem, pág. 448

(21) Ibidem

(22) En realidad no se trata de una garantía, es un derecho público subjetivo; diferencia que más adelante desarrollaremos.

sí, haciendo caso omiso a todas las desigualdades humanas. "La Igualdad ante la ley significa simplemente que la ley no tiene favoritismos con nadie, que no existen fueros y que nadie puede alegar privilegios. Significa que no existen castas, que no existen sectarismos. Igualdad ante la Ley significa simplemente que en igualdad de circunstancias jurídicas, a los individuos se les aplica los mismos principios legales y en la misma medida" (23).

Es esto precisamente lo que ha de entenderse como contenido de nuestro actual artículo 33, pues sería un poco equívoco tratar igual a personas que se hallen en circunstancias diferentes.

En el acta ciento setenta es donde aparece la redacción definitiva que le dio el legislador al principio, y bajo el título de artículo 36 "Todo hombre es igual ante la Ley". (24) Luego, en el acta setenta y nueve resurge, ya con el número de artículo que hoy conocemos, art. 33.

Ahora bien, sólo este precepto general no es lo que hoy conocemos; la ley número 4123 del 30 de mayo de 1968 agregó lo siguiente: "y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana", esta ley fue debatida y aprobada en primera legislatura, por la ley número 4097 del 30 de abril de 1968.

3.- REFORMA DE 1968:

En 1968 se agregó una segunda parte al artículo: "no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana"

El por qué de este agregado, lo encontramos en un incidente de discriminación racial que aconteció en nuestro país, con motivo de la visita de una delegación extranjera de deportistas.

Ello fue lo que hizo sentir la inquietud entre los diputados de entonces, respecto de que había de encontrarse una fórmula que viniera a poner fin a estos desafortunados hechos.

Lo que hemos llamado "segunda parte", lo que viene es a afirmar de una manera absoluta el principio general de que: "Todo hombre es igual ante la ley, con la única finalidad de disminuir o poner término a cualquier situación que relativice la efectividad del ya citado artículo constitucional.

CAPITULO III

ANALISIS DOCTRINARIO DEL PRINCIPIO DE "IGUALDAD ANTE LA LEY" "TODO HOMBRE ES IGUAL ANTE LA LEY Y NO PODRA HACERSE DISCRIMINACION ALGUNA CONTRARIA A LA DIGNIDAD HUMANA"

SECCION A:

CONCEPTO:

Es un precepto portador de grandes controversias filosóficas, jurídicas, políticas y científicas.

"La igualdad por sí sola no es una garantía" (25) (26), la importancia de ésta reside en su relación con las leyes o instituciones que garantizan el goce de los bienes que se desprenden

(23) Idem, Acta No. 102, pág. 449

(24) Idem, Tomo III pág. 500

(25) Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales, México, Editorial Porrúa, S.A. 1979, pág. 186

(26) Con la expresión "garantía", se trata de señalar, aunque arróneamente, "derecho"

den en forma directa, de los derechos absolutos que se otorgan a los hombres sin distinción alguna; sean nacionales o extranjeros, ciudadanos o no, tienen derecho a ser juzgados por las mismas leyes que componen el derecho común, fundado sobre criterios generales y no sobre cuestiones excepcionales de puró privilegio.

El principio de igualdad es un presupuesto básico de todo sistema liberal y cuya violación constituye una verdadera anomalía en la República de corte democrático.

Ahora bien, "... la igualdad, desde el punto de vista jurídico, se manifiesta en la posibilidad y capacidad de que varias personas, numéricamente indeterminadas, adquieran los derechos y contraigan las obligaciones derivadas de una cierta y determinada situación en que se encuentra" (27).

Por tanto se da en una situación particular y determinada, sólo tiene lugar en un Estado particular y definido.

Entonces, no puede establecerse una relación de igualdad entre la posición particular que ocupa una persona colocada en una situación jurídica determinada, con la que tiene un individuo perteneciente a otro Estado de Derecho particular diferente. La base para medir la igualdad es la situación de derecho determinada en que dos o más personas se hallen.

La igualdad surge pues, cuando un ordenamiento impone los mismos derechos y las mismas obligaciones a cualquier persona, dentro de una situación jurídica regulada por éste.

El fundamento de la igualdad jurídica como derecho público subjetivo se encuentra en "la propia personalidad humana en su aspecto universal abstracto, en el sentido de descartar toda diferencia entre grupos humanos e individuos desde el punto de vista de la raza, nacionalidad, religión, posición económica, etc. El concepto jurídico de igualdad como contenido de una garantía individual (28) se traduce, pues, en un elemento eminentemente negativo: la ausencia de distinciones y diferencias entre los hombres en cuanto tales, provenientes de factor alguno" (29). La igualdad como derecho público subjetivo es inherente al sujeto como situación jurídica, no surge por la celebración de un acto previo y necesario, tampoco como resultado de una posición económica o jurídica, sino que "es una situación en que está colocado todo hombre desde que nace" (30).

Frente al derecho que tiene el sujeto activo (el gobernado) se encuentra correlativamente la obligación que tiene el Estado "... de considerar a todos los gobernados, bajo el aspecto de la personalidad humana y jurídica pura, situados en un mismo plano, sin atribuir distinciones y diferencias..." (31).

Luego de este esbozo introductorio y tomándolo como base para nuestro estudio, pasemos a analizar nuestra norma constitucional:

"Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana".

La expresión igualdad ante la ley significa de manera principal dos cosas:

a. "Que las normas jurídicas no deben establecer desigualdades injustas e impertinentes (32).

(27) Burgoa, Ignacio Op. cit. pág. 187

(28) Diferencias entre derecho y garantía: Actualmente no se utilizan estos términos como sinónimos. Es un derecho "el conjunto de facultades o poderes que nuestra constitución consagra en favor de los individuos para la consecución de sus aspiraciones y el desenvolvimiento de su personalidad, tanto en el campo material como en el plano espiritual".

Las garantías en cambio, son los medios de acción dados por la constitución a los individuos, al igual que las limitaciones y en general toda prohibición que dicho cuerpo constitucional impone tanto a los entes como órganos públicos en el ejercicio de sus potestades, con la única finalidad de dar sustento y eficacia a los derechos consagrados.

Hernández, Rubén - Trejos, Gerardo: La Tutela de los Derechos Humanos, San José, Editorial Juricentro, 1977, pág. 32

(29) Idem. pág. 191

(30) Ibidem

(31) Idem, pág. 192

(32) Enciclopedia jurídica Omeba, Tomo XIV, Buenos Aires, Driskill, S.A. 1982, pág. 951.

En la materia que nos ocupa se traduce en que los derechos fundamentales deben ser atribuidos de modo igual a todos los sujetos de la especie humana; nacionales y extranjeros, ricos y pobres, religiosos y ateos, progresistas y conservadores, sin diferencias de raza, etc. Como complemento o más bien extensión misma de la expresión, la igualdad ante la ley requiere necesariamente que no se establezca ninguna diferencia injusta en el posterior desarrollo de esos derechos fundamentales y lo que su contenido supone.

b. Igualdad procesal ello comprende varias ideas:

La primera consiste en el hecho de que toda persona debe ser tratada y juzgada indistintamente, según lo determinan las normas jurídicas vigentes.

En realidad, donde toma relevancia la igualdad jurídica, es en las relaciones con los tribunales. Es precisamente por ello, que la administración de justicia se simboliza tradicionalmente: como una matrona con los ojos vendados para que no deje influir por las condiciones particulares de que es portadora cada parte, para que no preste atención al poder de cualquier clase que tengan los litigantes; posición social, prestigio, riqueza.

El Derecho cobra actualidad en las sentencias de los tribunales, son éstas en última instancia la expresión viva del derecho. Si bien es cierto que hay leyes que tutelan el principio de igualdad jurídica, éste carecería de contenido si no existiera una administración de justicia que lo haga valer.

Hacemos eco, en este punto, de las palabras del ilustre filósofo español Don Julián Marías, cuando en una reciente conferencia señaló: "No es tan importante la consagración de los derechos fundamentales, como que éstos sean posibles".

En esta medida, el principio de "Igualdad ante la ley" es posible proque hay una justicia dispuesta a garantizar su práctica aplicación.

Las condiciones de plena igualdad ante los tribunales, constituyen el derecho de garantía principal de la igualdad jurídica en toda su extensión y el remedio a las violaciones que ésta eventualmente hubiere podido sufrir en otras etapas de la administración pública.

SECCION B:

SUJETOS Y ALCANCES:

En toda relación jurídica figuran dos sujetos: uno activo y otro pasivo. Respecto al artículo constitucional que nos ocupa, figura como sujeto pasivo, como obligado a garantizar el derecho de particular, el Estado.

La norma 33 señala "Todo hombre es..." con una apreciación superficial y poco acertada, diríamos que el artículo se refiere sólo a las personas físicas, lo cual no es cierto. Jurisprudencialmente se ha consagrado que sus alcances comprenden también a las personas morales o jurídicas.

Sería ilógico pensar que si constitucionalmente se consagra el derecho de que goza toda persona para sociarse, siempre y cuando los fines que persiga sean lícitos; no se extienda el derecho que nos ocupa a tutelar también a las personas jurídicas.

Artículo 25:

"Los habitantes de la República tienen derecho de asociarse para fines lícitos. Nadie podrá ser obligado a formar parte de asociación alguna"

Es evidente que muy grande sería el menoscabo que sufriría el artículo antes citado, si una determinada sociedad o asociación quedara desprotegida de la igualdad ante la ley y no habría razón alguna para ello.

En este orden de ideas, la palabra "hombre" ha de entenderse como sinónimo de "gobernado", toda aquella "persona que se encuentre en una relación de "supra a subordinación" (33), que sólo es posible dentro de las Democracias porque supone que el gobernado exige o tiene la posibilidad de exigir ciertos derechos al ente estatal, constituido como sujeto pasivo.

"Fijado el pensamiento anterior, resulta que dentro de la condición de "gobernado",

(33) Burgoa, Ignacio. Op. cit. pág. 164.

como centro de imputación de las normas jurídicas que regulan las relaciones de supra a subordinación, se encuentran las personas físicas o individuos, las personas morales de derecho privado, las entidades de derecho social, y las empresas de participación estatal y los organismos descentralizados puesto que todos estos sujetos son susceptibles de ser afectados en su esfera jurídica por actos de autoridad" (34).

Otro alcance del derecho en cuestión, se especifica en la norma prohibitiva de cualquier clase de discriminación contraria a la dignidad humana. El concepto "dignidad" como contenido del artículo 33, está expresado en los términos del concepto Kantiano: el hombre tiene dignidad "es decir, constituye un fin en sí mismo, es el substrato para la realización de un fin absoluto" (35) Entendido como la esencia misma del hombre, el conjunto de condiciones y cualidades que le dan valor, precisamente por poseerlas. "La idea de dignidad consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios suyos, que cumple por sí mismo, o, lo que es igual, el hombre no debe ser jamás degradado a un mero medio para la realización de fines extraños o ajenos por completo a los suyos propios. El ser humano es un fin en sí mismo" (36) y precisamente su dignidad "precede todo orden social y está por encima de todo orden social y político" (37).

SECCION C:

CONCEPTO DE DISCRIMINACION:

Nuestro artículo señala además, una absoluta prohibición a cualquier forma de discriminación.

La esencia del precepto radica en que está vedado todo tipo de diferenciación injusta en el reconocimiento y aplicación de los derechos y libertades del hombre. Los derechos fundamentales pertenecen a todos los seres humanos sin distinción de ninguna especie, es decir la igualdad se aplica a todos los seres humanos sin discriminación alguna.

La discriminación es una distinción perjudicial a pretexto de dos tipos de hechos:

1. Hechos no imputables al individuo y que son poco importantes desde el punto de vista socio-jurídico.

Hace alusión a las diferencias por raza, color y sexo.

2. A pretexto de pertenecer a categorías colectivas genéricas.

Se refiere a las discriminaciones en razón de la religión que se profesa, la opinión política, posición económica, origen nacional, estrato social y otras.

Interesa en este aparte, señalar una clasificación de las conductas discriminatorias en dos grupos:

- a- Discriminación social: conductas que implican aversiones, por cualquiera de los pretextos mencionados en la relación meramente social sin relevancia jurídica.

Ej.: No invitar a una determinada categoría de gente a nuestra casa.

- b- Discriminación jurídica: consiste en actos u omisiones que violan derechos subjetivos.

Es este el tipo o clase de discriminación que nos interesa, pues la social es incoercible y combatida con medidas puramente educativas.

Se subdivide la jurídica a su vez, en dos tipos:

b-1 La cometida por las autoridades internacionales, nacionales o locales, a través de cualquiera de sus órganos (legislativos, administrativos o judiciales) o por los agentes de éstos.

b-2 La realizada por personas privadas, en materia de trabajo, arrendamiento, etc.

Ahora bien, la discriminación cometida por las autoridades, las normas jurídicas o sus agentes, puede producirse de tres maneras:

- i) Restricción de los derechos de una determinada categoría colectiva (por color, creen

(34) Idem, pág. 166

(35) Tomado de: Recasens, Siches, Luis. "Introducción al Estudio del Derecho", México. Edit: Porrúa, S.A., 1979, pág. 332.

(36) Idem, pág. 331

(37) Idem, pág. 334

cias de cualquier tipo o raza)

ii) Concesión de privilegios a los miembros de ciertos grupos, lo cual tiene una consecuencia, la restricción de esos derechos a los grupos que no se ven beneficiados con tales concesiones.

iii) Imposición de obligaciones injustas y odiosas a los componentes de determinado grupo. (prestación de trabajo forzado, pago de ciertos impuestos especiales, obligación de portar determinados distintivos. Ejemplo típico de este último caso, sería lo que hicieron los nazis con los judíos.)

Todas estas discriminaciones por razón de raza, color, sexo, religión, opinión política o de cualquier otra índole -estrato social, posición económica, nacionalidad o linaje, o cualquier otro pretexto que quiera tomarse como válido para establecer cualquier trato injusto en perjuicio de una determinada persona o grupo, han de ser proscritas.

SECCION D:

IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS:

Es una de las principales manifestaciones de este artículo que nos ocupa. Este alcance se refiere a que toda persona que se halle en la condición de gobernado debe soportar igualmente las sujeciones impuestas por la administración en aras del interés público, pues el artículo 18 de nuestra constitución señala que todos "los costarricenses deben contribuir a los gastos públicos".

No obstante, el aporte tributario puede fundarse en la diversidad de situaciones en que se encuentran los distintos sujetos del ordenamiento. Lo que debe recalcar, es que no debe darse trato discriminatorio a sujetos que se encuentran en situaciones jurídicas semejantes o idénticas.

El Estado también tiene la potestad de fijar regímenes diferentes según el lugar de imposición y según la categoría de los eventuales contribuyentes, este es el caso de los impuestos y tasas municipales que varían de cantón a cantón, según sea la necesidad de cada uno.

Por otra parte, la jurisprudencia ha consagrado la posibilidad de que la ley exonere del pago de impuestos a determinadas actividades económicas a pesar de que se encuentren en igualdad de condiciones respecto de otras actividades productivas, siendo su única diferencia el producto objeto de su fabricación.

"La igualdad ante la ley no requiere que cada persona sea tratada del mismo modo, sino que solamente requiere un tratamiento análogo para quienes se encuentran en circunstancias análogas, o la ausencia de un tratamiento discriminatorio excepto para aquellos que se encuentran en circunstancias diferentes" (38).

TITULO II

REGULACION INTERNACIONAL

CAPITULO I

Estudiaremos aquí las Declaraciones y Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

SECCION A:

DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (PARIS 1948)

Esta declaración establece el principio de igualdad en su artículo 7o.: "Todos son igua-

(38) Marshal, Geoffry: Teoría Constitucional, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, S.A. 1982, pág. 186.

les ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación contra tal discriminación" (39)

Su origen más inmediato es el concepto liberal que decía simplemente: "Todo hombre es igual ante la ley", sin embargo después de la II Guerra Mundial el hombre se dio cuenta de que ese simple enunciado no era suficiente para impedir la existencia de desigualdades. De ahí que para subsanar ese portillo abierto, es que se le agregó al artículo citado la parte que habla de discriminación.

Es por medio de la ley que protegemos los derechos y puede hacer ciertos cambios para que ésta sea aplicada en situaciones de igualdad. A este respecto podemos evocar el enunciado aristotélico de justicia distributiva: Hay que tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales (40). Una aplicación práctica de esto lo encontramos en el Código de Trabajo en donde "... existe una disposición en la que se obliga al juez a que en caso de duda se esté siempre al interés del trabajador" (41).

Al hablar de igualdad evocamos necesariamente la discriminación que "consiste en separar a los hombres en grupos de acuerdo con condiciones raciales, religiosos, económicas y de la más diversa índole" (42). Entre estas razones la causa más común de discriminación es la cuestión racial que aún hoy se da, por ejemplo, el Apartheid en Sud-Africa. Esto sin olvidar la discriminación que aún hoy se da en contra de la mujer.

El artículo 2o de esta Declaración nos dice que: "1o. 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.

2o. 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" (43).

Podemos notar dos directrices principales: La igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por cualquier motivo.

El origen de la idea de igualdad de los hombres para la Lic. Sonia Picado Sotela se encuentra "en el pensamiento griego y estoico y se consolida con las ideas judeo-cristianas" lo que viene a confirmar lo que dijimos anteriormente sobre Aristóteles. Con el pensamiento de Locke y Rousseau alcanza este Derecho Público Subjetivo su plenitud conceptual que vemos plasmado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en la Constitución de los Estados Unidos de América a partir de la XIV Enmienda y que vienen a ser los antecedentes fundamentales de la Declaración de 1948.

Esta Declaración obliga a que se establezcan garantías al alcance de todos a las libertades que ella consagra.

SECCION B:

DECLARACION AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (BOGOTA 1948)

El papel principal que cumple esta Declaración está relacionado con los profundos problemas sociales, políticos y económicos de nuestro continente que influyen en el pleno ejercicio de los Derechos Públicos Subjetivos. En el preámbulo de esta Declaración hay una exa-

(39) Asociación Costarricense Pro-Naciones Unidas: "Declaración Universal de Derechos Humanos" San José, Ed. Juricentro, S.A. 1979. p. 211.

(40) Ver: Latorre, Angel. Introducción al Derecho. Barcelona, Editorial Ariel, 1976, 7a. Edición, p. 52

(41) Asociación Costarricense Pro Naciones Unidas, Op. cit. p. 61

(42) Idem, p. 62

(43) Idem, p. 211

tación a este principio: "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos..." y en su artículo 2o. establece "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los Derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna" (44).

SECCION C.

CONVENCION AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSE 1969

Viene a ser este pacto el que concretiza la eficacia jurisdiccional más ejercitable y eficiente del documento de Bogotá de 1948. Está abierta a la libre adhesión de los Estados. En Costa Rica fue ratificada por ley No. 4534 del 23 de febrero de 1970 y publicada en La Gaceta No. 62 de 14 de marzo de ese año, pero no fue sino hasta julio de 1978 que entró en vigencia.

La igualdad jurídica está establecida por el artículo 24 de este pacto: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección ante la ley (45). Aquí se vuelven a tomar en cuenta los dos aspectos que ya mencionamos: la igualdad a la prohibición de discriminación.

SECCION D

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS (1976)

Fue a través de la ratificación del Protocolo Facultativo que entró en vigor en marzo de 1976 y concretiza la Declaración Universal de 1948. Este Protocolo faculta al Comité de Derechos Humanos a investigar cualquier denuncia de violación de alguno de los derechos políticos contemplados en el Pacto por parte de un Estado signatario del Protocolo.

En el artículo 26 encontramos la enunciación concreta de este principio: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (46). A este debemos agregar el trato especial que le da este pacto al niño en cuanto a la igualdad, este trato se traduce en los siguientes derechos: No discriminación en cuanto a las medidas de protección a la niñez, derecho a la inscripción inmediatamente después del nacimiento, derecho al nombre y a la nacionalidad. (47)

Además este principio de igualdad está presente en el espíritu del Pacto, empezando por el preámbulo al reconocer la igualdad de todos los miembros de la familia en su considerando: "Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables" (48).

Es curioso que pese a haber sido redactado en 1976 todavía se lucha por alcanzar la plena igualdad entre hombre y mujer.

(44) Bernard. Op. Cit. p. 84

(45) Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Fotocopias, Facultad de Derecho, U.C.R. Sin año, p. 11

(46) Oficina de Información Pública de las Naciones Unidas: "Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y Protocolo Facultativo, sin lugar, 1979, p. 25, Fotocopias.

(47) Ver artículo 24

(48) Oficina de Información Pública de las Naciones Unidas, Idem. p. 15

Por otro lado el artículo 2o. inc. 1o. II parte declara el compromiso que adquieren los Estados partes de este Pacto de respetar y garantizar a todos los individuos sujetos a su jurisdicción los derechos que tutela este Pacto, sin discriminación. El artículo 3o. establece "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto" (49). La igualdad jurídica se expresa también en el artículo 14, III Parte, inc. 1o. "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia" y el inc. 3o. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:..." (50).

SECCION E:

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1976)

Este Pacto es el complemento necesario e indispensable del anterior ya que entre ambos es que se logra el ideal de un hombre libre del temor y la miseria, a lo que se llega creando condiciones que permitan gozar no sólo de sus derechos civiles y políticos sino también de los derechos económicos, sociales y culturales.

Los artículos 2o. inc. 2o. y 3o. son las más claras expresiones del principio de igualdad y que tienen redacción similar a los artículos 2o. y 3o. del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos. Artículo 2o. inciso 2o.: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o de cualquier otra condición social" (51) El art. 3 enuncia que "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente pacto" (52)

CAPITULO II

LEGISLACION COMPARADA (53) (CONSTITUCIONES AMERICANAS)

En este capítulo no vamos a citar todas las constituciones americanas, sino determinamos casos, los que nos interesan para recalcar algunas ideas importantes.

SECCION A:

CONSTITUCION MEXICANA:

La constitución de 1917 prohíbe la esclavitud con un carácter universal, tanto para nacionales como para los extranjeros que ingresen a su territorio.

Por otra parte se establece la no concesión de "prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier país" no obstante el fuero de guerra subsiste, pero sólo para quienes forman parte del ejército y faltan a su disciplina. Todo lo anterior es consecuencia del principio de igualdad ante la ley, que aunque no está consagrado ex-

(49) Idem. p. 16

(50) Idem. P. 20-21. Es subrayado es nuestro.

(51) Vid reconociendo II, Idem. p. 4

(52) Idem. p. 5

(53) Datos tomados de: Enciclopedia jurídica Omeba, Tomo XVI, Buenos Aires, Edit. Driskill S.A., 1982, pág. 902 y siguientes.

presamente, su aplicación está plasmada en estas disposiciones antes anotadas. Este es un ejemplo de los alcances que puede tener un principio que aunque no se contempla en su fórmula general y clásica, hace derivar sus consecuencias.

SECCION B

CONSTITUCIONES ARGENTINA Y BOLIVIANA:

La constitución vigente de Argentina establece en su artículo 16: "Todos los habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas."

Esta constitución es más restrictiva que la nuestra, ya que señala "todos los habitantes..."; nuestro artículo tiene un alcance universal: "Todo hombre..." Dicha constitución restringe la figura a los "habitantes", en este caso, de Argentina.

Este artículo 16, por otra parte, consagra expresamente la igualdad ante las cargas públicas, cosa que no aparece en nuestro precepto constitucional; y por último prevee algunas situaciones contrarias a la igualdad, como es el caso de discriminación a la hora de otorgamiento de empleo.

La constitución de la República de Bolivia establece la igualdad de las cargas públicas, en su artículo 21 agregando que su creación, distribución y supresión tendrán carácter general, y que la contribución se fijará de modo que implique un igual sacrificio para los contribuyentes, en forma proporcional o progresiva según sea el caso.

Vemos como esta carta que nos ocupa, no consagra el principio general de la igualdad ante la ley, pero sí establece la igualdad ante el impuesto de modo expreso; mientras que la nuestra sólo se ocupa de decir en su artículo 18 "que los costarricenses deben contribuir a los gastos públicos".

SECCION C.

CONSTITUCIONES PANAMEÑA Y ECUATORIANA:

Tanto Ecuador como Panamá consagran en sus constituciones la igualdad ante la ley, pero ambas mantienen una general desigualdad entre nacionales y extranjeros.

Esta distinción se manifiesta más claramente en la constitución de Ecuador, pues la Panameña lo que hace es prever diferencias en posibles situaciones de emergencia nacional o guerra, dice así su artículo 21 "... por razones de moralidad, salubridad, economía nacional, seguridad pública podrá subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general. Asimismo pueden tomarse resoluciones que afecten a los nacionales de determinados países en caso de guerra o de conformidad con lo que se establece en los tratados públicos".

Si comparamos nuestro caso al ya citado, nos damos cuenta que es sustancialmente diferente; ya que en Costa Rica una norma constitucional consagra la igualdad entre nacionales y extranjeros, salvo las excepciones que la misma constitución y las leyes establezcan (art. 19)

SECCION D.

CONSTITUCION SALVADOREÑA:

La tratamos por aparte por ser la constitución que consagra de manera muy similar a la nuestra, la materia que nos ocupa.

En su artículo 150 el que tutela la "Igualdad ante la ley" y también el hecho de que nadie puede ser sometido a servidumbre ni a ninguna otra condición que menoscabe la dignidad de la persona.

Aunque con términos diferentes, el nuestro señala la prohibición de la condición humana de servidumbre o cualquier situación que menoscabe la dignidad de hombre, ambos lo

que tutelan es precisamente la vedación incondicional de cualquier diferenciación injusta. Lo que garantiza es el hombre como fin en sí mismo y no como medio para otros fines. Como lo señala la doctrina Kantiana, "no con precio, sino con dignidad".

TITULO III

JURISPRUDENCIA

SECCION A

CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY:

Igualdad ante la Ley, Garantía Constitucional:

'Nuestra Constitución Política establece como una garantía individual que todo hombre es igual ante la ley; esta es una conquista humana y social como disposición constitucional estamos todos obligados a respetarla y acatarla; por ello no es posible legalmente en Costa Rica hacer distingos entre los seres humanos por su raza, sexo, edad, creencias religiosas, credo político, condición socio-económica, ni por ninguna otra razón'.

Sala Segunda Penal, No. 273 de las 10:15 hrs. del 1o. de abril de 1975.

Recurso de Amparo de F.R.C. y otros contra J.E.P.E. y otros.

Aunque los jueces confunden este derecho público subjetivo con una garantía individual están en lo cierto al decir que es una conquista humana y social y que además está respaldada por la Constitución por lo que debemos respetarla todos. Se dice muchas veces que una norma no rige efectivamente sino es a partir de que la jurisprudencia la acepte, esto sobre todo en los países de derecho no escrito pero en todo caso y por si hubiera alguna duda, vemos que la jurisprudencia nacional ha acogido plenamente este precepto constitucional.

"... Conforme lo ha dicho esta Corte en otros fallos, la garantía de igualdad significa trato igual en circunstancias iguales, sin hacer excepciones que, al no estar motivadas por la diversidad de una situación respecto a otra u otras, constituyen desventajas o privilegios que vulneran el principio de justicia en que se inspira esa garantía de igualdad. Aplicar un criterio de igualdad en circunstancias desiguales, más bien redundaría en quebrando del artículo 33, porque entonces la igualdad que en esas condiciones la Ley estableciera, vendría a convertirse en un trato desigual para quienes tienen derecho a que la Ley reconozca las diferencias en que se hallan..."

Corte Plena, Sesión extraordinaria de 15 de junio de 1978.

"El principio de igualdad ante la Ley no es de carácter absoluto, pues no conoce de un derecho propiamente a ser equiparado a cualquier individuo sin distinción de circunstancias, sino más bien a exigir que la Ley no haga diferencias entre dos o más personas que se encuentran en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, o sea que no puede pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales".

Corte Plena, sesión extraordinaria No. 32 de 27 de junio de 1963.

En las anteriores citas jurisprudenciales vemos desarrollado por la Corte Plena el principio de Justicia Distributiva de Aristóteles que proclama tratos iguales en situaciones iguales y tratos diferentes en situaciones diferentes. En igual sentido véase Corte Plena, sesión extraordinaria No. 29 de 27 de julio de 1957 y la sesión extraordinaria No. 42 de 9 de agosto de 1951.

SECCION B

APLICACION PRACTICA DE LA IGUALDAD JURIDICA:

1.- "Si la municipalidad recurrida no le aceptó a la recurrente una tapia por ella construida

aduciendo que la misma no guardaba los requisitos exigidos, pero sí consintió la reconstrucción de otra tapia en las mismas condiciones y al frente de su casa, el acuerdo apelado debe revocarse, ya que con tal situación se configura la desviación de poder de parte de la municipalidad, pues quebranta la norma constitucional, según la cual todo hombre es igual ante la ley”.

Tribunal Superior Contencioso Administrativo, No. 2001 de las 16:00 hrs. del 27 de setiembre de 1976. Apelación de F.A.P. contra M. de E.

2. La sociedad “Costa Rican Cocoa Products sí puede reclamar la protección constitucional del art. 33 pues en su carácter de contribuyente le asiste el derecho a la igualdad jurídica que esa norma establece. Pero en el caso en examen no se ha producido ninguna infracción al artículo 33, puesto que, conforme lo ha dicho esta Corte en otros fallos, la garantía de igualdad significa trato igual en circunstancias iguales, sin hacer excepciones que, al no estar motivadas por la diversidad de una situación respecto de otra u otras, constituyen desventajas o privilegios que vulneran el principio de justicia en que se inspira esa garantía de igualdad. Aplicar un criterio de igualdad en circunstancias desiguales, más bien redundaría en quebranto del artículo 33, porque entonces la igualdad que en esas condiciones la ley estableciera, vendría a convertirse en un trato desigual para quienes tienen derecho a que la ley reconozca las diferencias en que se hallan; el trato igual a los desiguales se ha reputado con razón como la suprema injusticia”. Corte Plena, sesión extraordinaria de 15 de junio de 1978, Costa Rican Cocoa Products Company, S.A., contra Ley No. 5857 de 7 de enero de 1976. Inconstitucionalidad del art. 33.

SECCION C

LA IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PUBLICAS:

“La igualdad es una sola y comprende también la igualdad ante las cargas públicas. Pero esto no nos lleva a concluir que el artículo 10 de la Ley número 5854 de 9 de diciembre de 1975 se puede considerar inconstitucional, como en el recurso se pide, pues evidentemente no es contrario al principio de igualdad jurídica. Para convercernos no debemos poner atención en el hecho de que distingue entre exportadores, puesto que establece un impuesto a la mayoría de ellos, pero exime de él a las actividades referentes a café y banano. Más bien, para concebirlo en su exacto sentido y propósito, debemos considerar que establece el impuesto a determinados exportadores, pero no lo impone a los que se dedican a café y banano. El principio de igualdad jurídica siempre se observa, porque ese impuesto se aplica a todos los que se dedican a esa misma actividad, menos a todos los que se encuentran en la situación jurídica de exportadores de café y banano. Entendido en esta forma, es evidente que la ley no es contraria al principio de igualdad ni resulta inconstitucional.

No nos puede causar extrañeza que el legislador distinga entre una clase determinada de actividades y otras, para establecer tributos, tomando en cuenta circunstancias que inclusive pueden ser temporales.

Lo ha hecho siempre, sin que por tal razón sean inconstitucionales esas leyes. Por vía de ejemplo, recordemos que hay impuestos específicamente sobre el café y el banano. La imposición de tributos, así como la exención que favorece a determinados grupos de personas, no son contrarias al principio de igual ante las cargas”.

Corte Plena, sesión extraordinaria de 15 de junio de 1978, Costa Rican Cocoa Products Company, S.A., contra Ley No. 5857 de 7 de enero de 1976. Inconstitucionalidad del art. 33.

CONCLUSIONES

La búsqueda de la igualdad es una de las constantes más patente en la historia de las luchas sociales y políticas que ha emprendido la humanidad a través del tiempo.

Como ejemplo pueden citarse muchos: la lucha de los ciudadanos de las colonias por optar a la ciudadanía romana, y cobijarse así bajo la esfera protectora del "ius civile"; más reciente en la historia encontramos el caso de los criollos en América por alcanzar altos puestos gubernamentales; quizá el hecho más evidente e importante sea la abolición de la esclavitud y la concientización de que la mujer ha de encontrarse equiparada en derechos y deberes, al hombre.

En lo que a nuestra historia constitucional se refiere, la mujer ha alcanzado grandes logros, como lo son: el derecho al voto consagrado constitucionalmente y la igualdad de los cónyuges también con la misma protección.

No obstante, aún quedan resabios de desigualdad en nuestra legislación, tanto en desfavor del hombre, como de la mujer (art. 14 inc. 5 constitucional, art. 35 y 138 del Código de familia).

De manera general, salvo lo dicho, creemos que en nuestro país se aplica el principio de igualdad y en algunas ocasiones se pretende llegar a ésta por medio de la acertada fórmula aristotélica de la "Justicia Distributiva", con la que se trata de equiparar situaciones que eventualmente se colocan en posiciones desventajosas respecto de otras. Una solución sobre esta base sería la que presenta el artículo quinto del código de familia; el cual consagra la protección especial de la madre y el menor de edad a cargo del Patronato Nacional de la Infancia.

Aparte de ello, nos parecen inconcebibles ciertas situaciones, como lo es el hecho de que se hayan otorgado indultos a traficantes de cocaína por tener una buena posición económica; habiendo otras personas que por delitos que representan menor peligro para la sociedad, deben descontar largas penas en perjuicio directo de su familia que queda sin el principal medio de obtención de recursos.

No queremos decir con ello que estamos en completo acuerdo con que se le perdone mala acción a todos, sino sólo sembrar la inquietud de que en estos casos no se debe obviar el principio de "Igualdad ante la Ley".

Es interesante recalcar que en todas nuestras constituciones a partir de 1824, se consagra expresamente en una u otra forma, el principio que nos ocupa; aunque en algunos casos las fórmulas empleadas puedan permitir una interpretación restrictiva o permitir hacer algunas diferencias. Todo esto fue perfeccionándose con el tiempo y ha de seguirse con ese fin, para ello proponemos de nuestro artículo 33 diga "Toda persona es igual ante la ley...", para evitar discriminaciones que eventualmente puedan establecer tratos injustos en perjuicio de determinadas personas; nos referimos al caso de las personas jurídicas y al de la mujer; claro está, con una visión amplia no podría llegarse a tales conclusiones, pero desdichadamente no todos la poseen.

Por otra parte, también estamos convencidos que la igualdad se reconoce al hombre, precisamente por ser tal, es decir, adoptamos una tesis iusnaturalista, puesto que no consideramos que este derecho sea una graciosa concesión del Estado, así como rechazamos la idea platónica de que sea una imposición del débil frente al fuerte; aunque aceptamos que se garantiza su eficacia en el tanto y en el cuanto esté consagrado en un ordenamiento positivo.

Por último, la fórmula del artículo 33 nos parece muy atinada, por ser un precepto general que engloba en su conceptualización, la prohibición de cualquier diferenciación injusta; fórmula que en estas u otras palabras encontramos en los Pactos Internacionales, prueba de que es un sentimiento general de la humanidad, aunque haya situaciones discriminatorias de hecho y de derecho.

La igualdad ante las cargas públicas, que es un ejemplo de las tantas veces citada justicia distributiva; logra la igualdad de dos formas: una es la de sujetar a todos al pago proporcional de los impuestos de acuerdo a la mayor o menor cantidad de los ingresos que los cri-

ginen y la otra es la de lograr, por este medio, una relativa igualdad económica al tratar de que todos puedan disponer de una parecida cantidad de recursos.

Consideramos, ya para finalizar, que el principio de igualdad no se logra obligando a los hombres a pensar igual, se obtiene reconociendo al individuo, por encima de todo, su calidad de ser humano.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS:

- 1.- Arguedas, Carlos Manuel: Constitución Política de la República de Costa Rica, San José, Editorial Costa Rica, 1981.
- 2.- Asociación Costarricense Pro-Naciones Unidas: La Declaración Universal de Derechos Humanos, San José, Juricentro, S.A. 1979.
- 3.- Burgoa, Ignacio: Las Garantías Individuales, México, Editorial Porrúa, S.A., 1979.
- 4.- Cabanellas, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S.R.L. 1979, 14a. Ed.
- 5.- Corwin, Edward S.: La Constitución Americana y su actual significado; Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft, 1942.
- 6.- Fredrick, Carl: La Democracia como forma política y como forma de vida, Madrid, Ed. Tecnos S.A., 1966, 2a. edición.
- 7.- Hauriou, André: Derecho Constitucional de Instituciones Políticas, Barcelona, Ediciones Ariel, 1971.
- 8.- Hernández, Rubén y Gerardo Trejos: La Tutela de los Derechos Humanos, San José, Edit. Juricentro, 1977.
- 9.- Laski, Harold J.: Libertad e Igualdad, San José, Depto. de Publicaciones, Ministerio de Educación Pública, 1977.
- 10.- Laski, Harold J.: Los Derechos Humanos, San José, Ed. U.C.R., 1978.
- 11.- Latotte, Angel: Introducción al Estudio del Derecho, Barcelona, Ed. 1976, 7a. edición.
- 12.- Marshall, Geoffry: Teoría Constitucional, Madrid, Edit. Espasa-Calpe S.A., 1952.
- 13.- Pacheco, Máximo: Introducción al Derecho, Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- 14.- Ramírez, Marina y Gerardo Trejos: Jurisprudencia Constitucional, San José, Imprenta del Poder Judicial, 1982.
- 15.- Recasena Siches, Luis: Introducción al Estudio del Derecho, México Editorial Porrúa, S.A. 1979.
- 16.- Sartori, Giovanni: Aspectos de la Democracia, México, Editorial Lamusa-Wiley, S.A., 1965.
- 17.- Vargas Bonilla, Ismael: Lecciones de Derecho Constitucional Costarricense, San José,

Depto. de Publicaciones, U.C.R. 1957.

- 18.- Zeledón, Marco Tulio (dirigida por): Digesto Constitucional de Costa Rica, San José, Colegio de Abogados, 1946.

REVISTAS Y FOLLETOS:

- 1.- Asamblea Nacional Constituyente: Actas Constitucionales, San José, Imprenta Nacional, 1952, 3 tomos.
- 2.- Centro de Estudios y Documentación Sociales. Un Manual de Educación Cívica: Vocabulario Social, México, 1964, No. 8, Año II.
- 3.- Corte Suprema de Justicia: Boletín Informativo: San José, Depto. de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial, Dic. 1977, Año I, No. 2 y año II No. 6.
- 5.- Sin año: Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin lugar, sin editorial, sin año, (fotocopias)
- 6.- Junta Fundadora de la Segunda República: Proyecto de Constitución Política, San José, Imprenta Nacional, 1949.
- 7.- Oficina de Información Pública de las Naciones Unidas: Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y Protocolo Facultativo, sin lugar, 1979, (fotocopias).

OBLIGACIONES NATURALES

*Trabajo presentado al Prof. Luis Baudrit
Cátedra de Obligaciones
por Katia Fernández González*

INTRODUCCION

Este trabajo tiene por objeto el análisis de una sentencia, en la cual se tocan puntos importantes en relación con la materia que se estudia en el curso de Obligaciones I.

En el presente caso corresponde ver lo relativo a las Obligaciones Naturales y a sus efectos, y a la prescripción.

El transcurso de cuatro años sin que se gestionara cobro en los términos que señala el 977 Código de Comercio, hicieron que el Tribunal de instancia llegara a afirmar que la deuda estaba prescrita, y que un reconocimiento de ésta, configuraría únicamente una obligación natural, cuyo efecto sería la no repetición de lo pagado.

Debido a lo lacónico del pronunciamiento del Tribunal, he procedido a analizar las distintas posiciones doctrinales, y a hacer, hasta donde fue posible, una crítica del pronunciamiento judicial. En realidad es poco lo que puede criticarse a éste, ya que no hace un desarrollo amplio de la tesis que sostiene. Por ello consideré más útil ir desarrollando los puntos sobresalientes que menciona la sentencia, a la vez que aportó mi opinión al respecto.

En la elaboración de este trabajo he utilizado la información doctrinal, sobre todo autores clásicos; lo mismo que jurisprudencia, tanto del Tribunal Superior Civil como de la Sala de Casación, y por supuesto nuestra legislación, sobre todo a la hora del análisis doctrinal.

1977. TSC. San José No. 174 de las 8:15 hrs. del 13 de marzo. Incidente de prescripción dentro del juicio ejecutivo de F.A. y Co. Ltda. contra C. L. W.

En el Juzgado Sexto Civil de San José en el juicio ejecutivo prendario, el demandado opuso el incidente de prescripción alegando que habían transcurrido cuatro años después del vencimiento de la obligación. El Juzgado declaró con lugar el incidente.

El actor apeló dicha resolución ante el Tribunal Superior Civil. Este Tribunal confirmó la sentencia del Juzgado, sobre la base de que habían transcurrido más de cuatro años sin que existiera alguna gestión cobratoria que hubiera interrumpido el término de prescripción. Se dijo que al demandado no se le había notificado personalmente ninguna gestión de este tipo promovida por el acreedor, tal y como lo establece el artículo 977 del Código de Comercio. Por lo tanto, las gestiones del acreedor si no se hicieron de conformidad con dicho artículo, no pueden interrumpir la prescripción en materia mercantil. Esto se dijo a propósito del acto de embargo que promovió el acreedor, pues el Tribunal consideró que tal acto no tuvo la virtud de interrumpir la prescripción, dado que no se hizo un requerimiento de pago formal al deudor, es decir, que no se notificó personalmente al deudor para que pagara lo debido. (1)

También es importante la consideración que hizo el Tribunal sobre aquellos actos que pueden considerarse como de reconocimiento de la deuda. Esto lo hizo en razón de la prueba confesional que presentó el actor, en la cual se probó que el demandado se había presentado a las oficinas de la Compañía acreedora; el actor consideró que ese era un acto de reconocimiento de la deuda en derecho de la persona contra quien se prescribe, quedando así interrumpida la prescripción. La mencionada prueba fue desechada por el Tribunal, el cual dijo: "ese reconocimiento no tiene la virtud de interrumpir nada, porque ya la prescripción se había operado... No puede interrumpir un término que está agotado. Tal reconocimiento configuraría una simple obligación natural sin fuerza coercitiva".

Con respecto a ese criterio voy a referirme más adelante, pues se toma una posición muy definida que difiere -a mi juicio-, de aquella que sostiene que la prescripción existe cuando ésta se ha declarado en sentencia. Primero, voy a exponer lo que doctrinalmente se considera como una Obligación Natural; y por qué el Tribunal consideró que el reconocimiento de una deuda prescrita crea una obligación que carece de fuerza "coercitiva", pero que tiene como efecto jurídico -y subrayo jurídico- la no repetición de lo pagado.

El concepto de obligación natural surgió en Roma. Su sentido era indicar que no se podía exigir el cumplimiento de la obligación conforme a derecho, pero que sí producía consecuencias jurídicas como la imposibilidad de repetir o reclamar la devolución de lo pagado.

El desarrollo doctrinal que ha tenido el concepto de obligación natural, se puede clasificar en tres grupos:

A) DOCTRINA ROMANA: las obligaciones naturales se dieron como una categoría intermedia entre las obligaciones morales y las jurídicas. Señala Rojina que en la doctrina romana las obligaciones naturales tenían un indiscutible carácter jurídico, pero que no estaban protegidas por la actio en caso de incumplimiento. La *soluti retenti* era la facultad para negar la repetición del pago, pero su fundamento no era el mismo que se invocaba en las obligaciones morales, "pues en éstas faltaba la idea de vínculo jurídico, y sólo era la piedad, como senti-

-
- (1) Sobre este criterio no hay una opinión unánime; en otras sentencias se ha aceptado el acto de embargo suficiente para interrumpir la prescripción. "Si el actor en repetidas ocasiones gestionó embargo sobre el sueldo del demandado con el objeto de hacer realidad el pago de la obligación que éste le debía, con tales gestiones que son un requerimiento judicial la obligación no prescribe, pues la misma tiene la virtud de interrumpir la prescripción extintiva." 1976 TSC No. 1109 de las 15:10 hrs. del 7 de dic. Incidente de prescripción dentro del juicio ejecutivo de AAA contra BIH. "Si dentro del término de la prescripción contado a partir de la firmeza de un fallo en un ejecutivo, la parte actora pide que se trabé un embargo en los vehículos propiedad del ejecutado, el término prescriptivo queda interrumpido." 1976. TSC. N. 767 del 3 de set. Incidente dentro de juicio ejecutivo.

Parciera ser, según el criterio que se toma en estas sentencias, que el simple acto de embargo tiene la virtud de interrumpir la prescripción. Sin embargo, en éstas sólo se dice que ese acto es un requerimiento judicial y que por ello la obligación no prescribe; no se menciona la condición sine qua non para que haya interrupción: notificación personal al deudor. Es por ello que considero más acertado el pronunciamiento del Tribunal en el caso de F. A. contra C. L. W., pues se ajusta más a lo que prescribe el código.

miento moral o religioso lo que inducía a pagarlas." (2).

En Roma tenían diversos grados de eficacia que las hacía consistir en verdaderas obligaciones; incluso podían ser opuestas por vía de compensación de una obligación civil.

B) **DOCTRINA CLASICA:** expuesta fundamentalmente por Aubry y Rau. Atribuye como efectos principales de las obligaciones naturales: el proporcionar una excepción contra la demanda de restitución en los casos de pago voluntario y servir de causa a una obligación civil.

Para Aubry y Rau, una obligación natural no se convierte en civil mediante el acto de confirmación expresa o tácita; por lo tanto, el cumplimiento voluntario parcial, no autoriza al acreedor a reclamar por vía de acción el saldo insoluto; ni tampoco puede compensar una obligación civil.

Estos autores distinguen dos categorías de obligaciones naturales "por una parte, aquellas que derivan del derecho positivo, pero que no están sancionadas legalmente, y por la otra, las obligaciones que primitivamente tuvieron una sanción, pero que por motivos de utilidad social, en un determinado momento histórico, el derecho positivo les retira el aspecto coactivo." (3)

C) **LAS IDEAS EXPUESTAS POR PLANIOL, RIPERT Y BONNECASE:** el primero, identifica obligación natural y moral. Para Ripert la obligación natural se confunde con la moral; por eso dice que "no puede existir una teoría general en relación a ella. Sólo encontramos diversos tipos de obligación natural, en los que se producen en cada caso efectos distintos." (4).

Bonnescase, la considera como una obligación civil imperfecta o condicionada. Y sostiene que debe distinguirse del deber moral; la define como una noción técnica, uan obligación civil de doble grado. "El primer grado parte del momento en que la obligación natural, aparece sobre las ruinas de una obligación civil... El segundo grado, parte del momento en que el deudor, por el reconocimiento y cumplimiento voluntario de la obligación natural viene a vivificarla, para que nazca la obligación civil." (5)

Este autor se aparta totalmente del concepto de deber moral que encontramos en las obligaciones naturales propias. En el derecho francés son sólo obligaciones civiles condicionales, su perfeccionamiento y plenitud de efectos depende de la condición del cumplimiento. Tal doctrina no puede tener acogida en nuestro derecho por varias razones, principalmente: no existe obligación civil válida ni eficaz cuando su cumplimiento depende de la mera voluntad del promitente (art. 681 CC). En nuestro derecho la obligación natural no es una obligación civil condicionada, es más bien -como dice Ripert- una noción sui generis, se trata de una obligación reconocida, pero que no puede ser impuesta; el acreedor tiene la facultad de recibir el pago, pero no de exigirlo; y queda al arbitrio del deudor cumplir o no, pero si lo hace no puede exigir la repetición de lo pagado. La obligación natural nace cuando se extingue una obligación civil (obligación civil prescrita), pero el pago de ella es lo que realmente le da existencia, "hasta tanto que el deudor no haya realizado el gesto espontáneo y voluntario, esta obligación es como si no existiera." (6) Existencia que termina con ese mismo pago, pues "sólo se afirma ejecutada, porque se ha extinguido, porque ha muerto: prácticamente su vida es puramente póstuma". (7)

Al contrario de lo que dice Bonnescase, el pago no perfecciona una obligación civil, "el pago voluntario que de una deuda de carácter natural se hiciere, no produce el efecto de convertirla en obligación civil; por consiguiente, cuando sólo se hubiere pagado una parte de la

(2) Rojina Villegas, Rafael. Teoría general de las obligaciones (Compendio de Derecho Civil III) México: Editorial Porrúa, S. A. 1977, p. 22.

(3) Ibid, p. 24

(4) Ibid, p. 26

(5) Ibid, p. 28

(6) Jossarand, Louis. Teoría General de la Obligación. (Buenos Aires: Bosch, 1950), p. 575, T. I, Vol. I.

(7) Jossarand, Loc. cit.

deuda, el acreedor no tiene acción para exigir el resto por las vías judiciales." (8) Tal pago tampoco es un donación: en opinión de Von Tuhr: "las deudas prescritas no pueden ser reclamadas en juicio por el acreedor, puesto que la acción que las protege se halla paralizada por una excepción perentoria... el pago de esta deuda, hecho a sabiendas de que ya ha prescrito, se considera como un verdadero pago y no como donación." (9)

Cuando nuestro Código Civil habla de obligaciones naturales, se refiere a aquellas atribuciones patrimoniales que se hacen para cumplir con un deber moral o de conciencia; van a ser considerados por el ordenamiento como actos válidos y eficaces, no son pagos indebidos, pues aunque no se trata de una obligación civil, son atribuciones que tienen causa justa: el deber moral, social o de conciencia.

Sin embargo, no todos los autores piensan lo mismo, para algunos es ocioso hablar de moral, dado que el derecho se mueve en el plano jurídico. Rojina es uno de esos autores y afirma que "a pesar de todos los esfuerzos que se hagan para negar la naturaleza jurídica de la obligación natural, necesariamente tendrá que reconocerse que la validez en el pago y el derecho de retener lo pagado, no pueden explicarse con datos exclusivamente de orden moral o social... Dígase lo que se quiera, desde el momento en que interviene el derecho para sancionar las consecuencias apuntadas, hemos entrado de lleno en el reino jurídico..." (10)

Rojina pone el énfasis en el momento de pago voluntario, y dice que es hasta ese momento de pago que nace una relación jurídica y existe una obligación desde el punto de vista del derecho, y no un deber moral o social. Deja de lado totalmente, todo aquello anterior a ese momento, hasta el extremo de afirmar que "el deber cuya naturaleza anterior no importa ni debe interesar al derecho, se convierte en un deber jurídico, por cuanto que cumplido, no hay repetición de lo pagado..." (11)

No obstante lo anterior, existen otros autores como Giorgianni para quien "la obligación natural no constituye una relación jurídica, es un deber moral o social: la norma se ocupa de ella sólo con el fin de valorar la naturaleza de la transmisión patrimonial que los sujetos realizan para cumplir un deber de tal naturaleza." (12)

Por último Rojine argumenta en contra de la posición anterior que esos autores parten "de un supuesto indemostrable, o sea, que toda relación jurídica debe ser coactiva." (13)

En mi opinión, tal supuesto no es tan indemostrable como se afirma, y me propongo demostrarlo.

Tratándose de obligaciones, que es el campo que nos ocupa, se parte de la existencia de una relación jurídica entre el acreedor y el deudor. Toda obligación civil es una relación jurídica. La relación jurídica se descompone en dos polos dialécticamente unidos, de tal modo que sin la debida correlación entre ellos o a falta de uno, no puede hablarse de obligación civil. Tales polos son, por un lado, el deber jurídico determinado a cargo del deudor (Débito-prestación); y por el otro, un derecho subjetivo correlativo del acreedor, o sea, un poder exigir al deudor, en caso de incumplimiento, dicha prestación. Así las cosas, si no hay relación jurídica no hay obligación, y si no hay esa coactividad eventual de toda relación obligatoria no estamos en una relación jurídica, pues en su exigibilidad consiste su juridicidad. (14) El derecho crea deberes para que se cumplan, sea voluntariamente o por la fuerza; ésa es la diferencia con los deberes morales o sociales (los cuales son coercitivos pero no coactivos). Los primeros (jurídicos) son heterónomos, mientras que los otros son autónomos en cuanto a su

(8) Branes Córdoba, Alberto. Tratado de las Obligaciones. (4ta. Edición. San José: Juricentro, S. A., 1977), p. 32.

(9) Von Tuhr, A. Tratado de las Obligaciones (Madrid: Reus, S. A., 1934), p. 25, Tomo I.

(10) Rojina. Ob. cit. pp. 35-36.

(11) Ibid, p. 37.

(12) Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón. Sistema de Derecho Civil. (Madrid: Tecnos, 1940), p. 91 T. II.

(13) Rojina. Op. cit. p. 37.

(14) Esto se desprende del espíritu del art. 630 CC, que deja sin eficacia aquellas obligaciones que no son susceptibles de exigibilidad dado que su objeto no es reducible a un valor exigible. Quiera decir que debe haber posibilidad de coactividad, de lo contrario no hay obligación.

cumplimiento. La obligación natural no es jurídica, no puede serlo si no existe una relación obligatoria para los sujetos; tan sólo hay en ella la posibilidad de surtir efectos jurídicos en virtud de la ley, sea para amparar deberes morales, sea para sancionar hechos ilícitos (como en las apuestas). Díez-Picazo considera, asimismo, que "no hay relación obligatoria. El acreedor no tiene un derecho a exigir el cumplimiento. Sobre el deudor no pesa ningún deber jurídico, pues la característica de este deber es que su no realización es una infracción del ordenamiento jurídico ante la cual ésta reacciona, y sobre el deudor natural que no cumple no se cierne ninguna sanción." (15).

El débito sin responsabilidad, puede considerarse como una especie de "relación jurídica imperfecta", dado que existe la facultad de recibir el pago, pero no de exigirlo. Se trata de una noción técnico-jurídica, en el sentido de que la admisión y retención de lo pagado tiene validez y eficacia plenas por cuanto es protegida por el derecho (art. 634 CC). Podemos decir que lo único que tiene de jurídico la obligación natural, es el efecto: retener lo pagado.

La no coacción de la obligación natural se debe precisamente a que ella no es producto de una relación jurídica, porque la coacción no es efecto de la relación jurídica sino elemento esencial de ella (16). En la obligación natural, en cambio, puede existir una cierta coercibilidad que constriñe al deudor de una obligación de este tipo a pagar a su acreedor, coercibilidad propia del deber de conciencia. Por lo tanto, considero impropia la afirmación del tribunal de instancia, cuando establece que la obligación natural no tiene fuerza coercitiva, en lugar de coactiva. Cuando la fuerza coercitiva no surte efecto, es decir, cuando el deudor no cumple voluntariamente, aparece entonces la coactiva para que se cumpla forzosamente, en las obligaciones civiles; no así en las naturales.

Con referencia a la falta de acción como característica de las obligaciones naturales, Rojina hace una distinción entre dos derechos subjetivos que tiene el acreedor: uno sustantivo o de carácter privado, para requerir extrajudicialmente al deudor, por virtud de una autorización legal (en las obligaciones civiles); otro el derecho subjetivo de carácter público, el cual no requiere del primero. Afirma Rojina que el acreedor puede provocar la intervención coactiva de los tribunales, aunque no cuente con el derecho sustantivo para compeler al deudor al pago. Entre ambos derechos no hay una relación necesaria, sino contingente: "Tan es así que el crédito extinguido, puede ser accionable y alcanzar la protección jurídica plena, si el deudor no opone la excepción correspondiente, lo que demuestra, que no son necesariamente derechos correlativos, la facultad y la acción." (17) A lo que se refiere este autor, es la imposibilidad procesal que le impide al juez oponer de oficio las excepciones que no oponga el demandado. Y debido a ello una obligación natural, podría eventualmente ser exigible. Suponiendo que en el caso de F. A. contra C.L.W. el demandado no hubiera presentado el incidente de prescripción, la obligación natural, automáticamente, se hace exigible pues aquél renuncia a un derecho que había adquirido, y es como si se obligara de nuevo; lo mismo ocurriría si se otorgara alguna garantía para pagar una obligación natural, con lo cual se convierte en civil por voluntad del deudor.

En la sentencia objeto de este estudio, se establece un criterio definido en cuanto al momento de la prescripción, cual es que ella se opera con el transcurso del tiempo aunque no sea declarada por los tribunales previamente. Transcurridos los cuatro años, no hay interrupción posible, porque ya la prescripción se había operado" según dijo el tribunal.

En mi opinión, hay que distinguir dos momentos en la prescripción: un primer momento que podríamos llamar de aparición, y que ocurre cuando ha transcurrido el tiempo en virtud del cual se opera por disposición de la ley, y por el cual el acreedor pierde su derecho sustantivo como lo llama Rojina. Una vez que esto ocurre la obligación civil pasa a ser natural, y el deudor adquiere "un derecho que la ley concede para rehusar el cumplimiento de una obligación cuando el reclamo ha sido diferido durante cierto espacio de tiempo" (18); derecho que puede renunciarse como cualquier otro, dando origen a que la obligación que

(15) Díez-Picazo y Gullón. Op. cit. p. 91.

(16) *Var supra* nota 14.

(17) Rojina. Ob. cit. p. 36.

(18) Brenes Córdoba. Op. Cit. p. 209.

YA es natural pueda ser exigida por el acreedor gracias a esa renuncia.

Un segundo momento de la prescripción, al que yo llamaría ratificación o reconocimiento judicial, es el que ocurre cuando el juez en virtud de la correspondiente excepción o incidente opuesto por el deudor, declara que la obligación está prescrita. Este segundo momento está condicionado por el primero, pero no viceversa. Si el juez no declara una obligación como prescrita no es porque no lo esté, sino por una imposibilidad procesal que le prohíbe declararla de oficio. No es lógico afirmar que la prescripción sólo surte efectos cuando se declara judicialmente (19), dado que el artículo 850 prevee la posibilidad de renunciar a ese derecho que mencioné líneas arriba. Por lo tanto, si fuera cierto que la prescripción vale a partir del momento en que el deudor opone la excepción respectiva, sería imposible renunciar a la prescripción y sus efectos dado que estos no existirían aún. Por eso comparto la opinión de Castán Tobeñas cuando afirma que no es incompatible el que la prescripción produzca, un principio, sus efectos ipso iure, y el que, para que sean reconocidos en juicio tales efectos tengan que ser alegados. (20)

La prescripción, en mi opinión, puede producir sus consecuencias independientemente de la voluntad del individuo, por obra de la ley. Al respecto existe jurisprudencia que ratifica lo anterior: "En el caso concreto no ocurrió ninguna de las circunstancias previstas en el citado artículo (259 Código de Comercio) y por lo mismo la prescripción se operó fatalmente al cumplirse cuatro años desde la obligación de la deuda." (21)

La anterior posición es precisamente la que sostiene el Tribunal en la sentencia que se analiza en este trabajo, pues dicho tribunal consideró que la obligación se extinguió por el transcurso de cuatro años y que un reconocimiento posterior sólo puede dar lugar a una obligación natural, afirmandose así que la prescripción tiene efectos ipso iure.

CONCLUSION

Para entrar a analizar la obligación natural, debe tenerse claro que se trata de una noción sui generis; no es una obligación civil, ni un simple deber moral. Es una obligación en la cual no existe una relación jurídica, pero que puede surtir efectos jurídicos, porque es el ordenamiento quien le atribuye esa consecuencia: la no repetición de la pagado. Sin embargo, causa de ese efecto la encontramos en algo que está fuera de lo jurídico: el deber moral, que ampara dicho pago.

El pago de la obligación natural no es una condición de la cual depende el nacimiento de una obligación civil -como afirma Bonnetcase-, no es tampoco el momento en que nace el deber jurídico. El pago es totalmente voluntario, no hay fuerza coactiva que lo imponga, ni sanción para el que lo omita; no hay por lo tanto deber jurídico.

(19) Existen autores que señalan que la prescripción nunca se opera automáticamente y que, por el contrario, ésta sólo resulta en virtud de la excepción que pone el deudor, pero no antes, es decir, que no tiene efectos ipso iure. Uno de esos autores es Díez-Picazo, el cual afirma: "La prescripción no produce nunca una extinción ipso iure o automática del derecho, sino que atribuye una excepción que ha de ser utilizada por el sujeto favorecido con ella. Seguramente por esta razón (en España), la ley no ha incluido la prescripción entre las causas de extinción de las obligaciones. Con base en tales ideas es posible pensar que, no obstante la prescripción el derecho de crédito no queda extinguido automáticamente (...). Por esto, a mi juicio, el pago o el reconocimiento de una deuda prescrita no supone pago o reconocimiento de una obligación natural, sino de una auténtica obligación civil." Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. (Madrid: Tecnos, 1970), p. 339 del Vol. I. (El paréntesis es nuestro)

(20) Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral I*. (Madrid: Instituto Editorial Reus. (1963), p. 835 del Vol. II.

(21) Cas. No. 15 de las 10 hrs. del 22 de enero de 1965. Tomo I del Sem. I, p. 227.

En la sentencia se comete el error de afirmar que la obligación natural carece de fuerza coercitiva; no es así. La coercitividad acompaña a toda clase de obligaciones. Si no existiera esa coercitividad las obligaciones naturales difícilmente serían pagadas y no habría, por consiguiente, pago que retener.

Si la obligación esta prescrita, cualquier actividad que desempeñe el acreedor para hacerla efectiva es inútil, pues ella ya no exigible. No obstante, es posible que el deudor moralmente se vea constreñido a reconocer su deuda y decida renunciar a la prescripción; por eso la obligación natural puede ser pagada, pero no exigida.

La prescripción cumplida surte efectos a pesar del deudor, es decir, no requiere en principio la voluntad de éste; basta el transcurso del tiempo y la abstención o incacción del titular del derecho,

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Brenes Córdoba, Alberto. Tratado de las Obligaciones. Cuarta Edición. San José: Juricentro, S.A. 1977.
- 2.- Catán Tobefías, José. Derecho Civil Español, Común y Foral I. Décima Edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963.
- 3.- Díez-Picazo, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Madrid: Tecnos, 1970. Vol. I.
- 4.- Díez-Picazo, Luis, Gullón, Antonio. Sistema de Derecho Civil II. Madrid: Tecnos, 1940
- 5.- Josseland, Louis. Teoría General de la Obligación II. Buenos Aires: Bosch, 1950, Vol. I.
- 6.- Rojina Villegas, Rafael. Teoría General de las Obligaciones (Compendio de Derecho Civil III) México: Editorial Porrúa, S. A., 1977.
- 7.- Von Turh, A. Tratado de las Obligaciones I. Madrid: Reus, S. A., 1934.

EL BIEN JURIDICO PROPIEDAD

*Trabajo presentado al Prof. Henry Issa
Derecho Penal III
por Alfredo Chirino Sánchez*

PRESENTACION

En el presente ensayo pretende ser una disquisición sobre lo qué es el bien jurídico propiedad en nuestro Código Penal.

Se parte para este estudio de la siguiente definición de bien jurídico. "...bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto protegida por el Estado que revela su interés mediante la tipificación penal de las conductas que lo afectan." (1)

Como presupuesto inicial se tiene que el ordenamiento jurídico es un cúmulo complejo que no se agota en el orden normativo, sino que también puede (y debe) integrarse con preceptos permisivos. "Estos preceptos permisivos no implican una contradicción con las normas sino que, por el contrario, las presuponen, en un juego armónico de normas prohibitivas y preceptos permisivos." (2)

A lo largo del ensayo se citan conceptos tales como antinormatividad, tipicidad conglobante y antijuridicidad. Estos conceptos son claves para comprender el sentido de la exposición por lo que conviene aclararlos.

En primer lugar, hay que decir que la antijuridicidad surge de la antinormatividad (tipicidad penal). Se dice que la tipicidad penal implica una contrariedad con el orden normativo, no obstante, esta contrariedad no es suficiente para pensar de inmediato en la existencia de la antijuridicidad (relación de contradicción de la conducta con el orden jurídico) ya que es necesario hacer una averiguación sobre la existencia o no de una causa de justificación que sería el precepto permisivo que ampara la conducta. Esto nos lleva a la necesaria idea de que el

(1) Zaffaroni (Eugenio Raúl), Manual de Derecho Penal Parte General, Buenos Aires, Ediar, 11ª Edición 1979, p. 323

(2) Ibid. p. 321

jugador no debe conformarse con el juicio de tipicidad legal sino que debe ir más allá hacia la comprobación de la tipicidad conglobante. Esta última no es otra cosa que la averiguación de la prohibición mediante un análisis del alcance prohibitivo de la norma integrando o "conglobando" en el orden normativo. En dos palabras, la tipicidad conglobante puede ser un correctivo de la tipicidad legal porque puede eliminar la característica de típica que tienen estas conductas al hacer claro que son solo en apariencia prohibidas porque el orden normativo no quiere prohibirlas, antes bien, las permite.

La insignificancia de la afectación excluye la tipicidad, pero la misma solo se puede establecer mediante el uso del juicio de tipicidad conglobante que va en pos del fin del aseguramiento buscado por el Estado en las prohibiciones, es por eso que lo insignificante o lo brutal del daño al bien jurídico solo puede surgir a la luz de la finalidad general que le da sentido al orden normativo.

Este ensayo pretende enmarcarse en estas líneas generales y tratar de entresacar el sentido verdadero de la propiedad, primero como ente, luego como bien y después como bien jurídico penalmente tutelado. Subsidiariamente pretendo analizar si en este sentido el Derecho Penal debe construir sus propios conceptos de propiedad y de los demás derechos reales o si por el contrario debe acudir a las fuentes civiles para aplicarlas al momento de la averiguación de la adecuación típica. Esto exige, forzosamente, abandonar un criterio muy en boga de que el Derecho Penal puede tener un criterio realista.

Este ensayo tuvo como fuente para su cuestionamiento la tesis cuarta propuesta por el Lic. Pablo Rodríguez en un pequeño trabajo mimeografiado que llevaba como título "El Concepto Constitucional de la Propiedad". Aceptamos esta tesis ya que la misma era la más coherente con el marco teórico que habíamos escogido y que tratamos de exponer en las líneas anteriores. Para mejor comprensión del lector transcribiremos en su totalidad esta tesis, llamada cuarta: "Es dogmático sostener que solo una interpretación de la constitución es la exacta". En cierta manera el resultado de las construcciones sistemáticas de los juristas está refigurado por las premisas de su argumentación. Si se parte de que el derecho subjetivo de propiedad es la prima preta de nuestra constitución es posible concluir que la propiedad es absolutamente inviolable. Si se parte de que el artículo 50 de la constitución debe prevalecer, se llegaría posiblemente a otro resultado. Igualmente conclusiones divergentes cabría sostener si se sostiene que hay contradicción entre el artículo 50 y el 45 y si se argumenta que la hay entre el primero y el segundo párrafo de este último. En punto de partida del teórico y del aplicador del derecho no es científicamente justificable.

Con las anteriores aclaraciones creemos que es posible entender la idea de este trabajo y esperamos sinceramente que sirva para detenerse un minuto a pensar sobre lo que es y lo que puede ser la aplicación de la ley penal sobre todo en lo que se refiere a los 23 tipos del título VII de nuestro Código Penal.

EL BIEN JURIDICO PROPIEDAD Y LA CUARTA TESIS

En opinión de Rodríguez Devesa, la palabra propiedad no ha de tomarse en sus acepciones civilistas o filosóficas. Considera también un error el decir que los 23 tipos que conforman este Título VII de los delitos contra la propiedad tengan por nota común el constituir un ataque al patrimonio considerado como una unidad. Para este autor nos hallamos ante un problema jurídico-penal, y nuestro único instrumento de auxilio es el código, el cual permite usar el concepto de patrimonio de una manera especial, como punto de referencia, de tal forma que los 23 tipos de este título son acciones que se dirigen contra "elementos integrantes del patrimonio." (3)

Weizel, entre otros, incorpora una posición intermedia. Postula un concepto de patrimonio económico-jurídico al decir "es la suma de los valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico" conforme a esta posición pertenecerían al patrimonio, además de los derechos, las posiciones jurídicamente protegidas.

(3) Rodríguez Devesa (José María), Derecho Penal Español, Madrid, Gráficas Carasa, Sexta Edición, Parte Especial, 1975, p. 322

En nuestro código parece seguirse esta posición intermedia, ya que los tipos parecen dirigirse a proteger un conjunto indeterminado de relaciones jurídicas patrimoniales que generalmente tienen un valor económico. Si el lector ha de pedirme ejemplos que fundamenten esta presunción, yo propondría, simplemente, el artículo 217: el estelionato. Este es uno de los tipos peor descritos e indeterminados que, sin embargo, ayuda a ejemplificar las relaciones económicas y jurídicas que, íntimamente ligadas, dan por resultado la protección penal que ofrece el título VII.

El nombre de delitos contra la propiedad es consecuente con la problemática constitucional del art. 45. El querer llamar a este título "de delitos contra el patrimonio" es un deseo desafortunado desde dos puntos de vista: primero el concepto patrimonio no es puro, ni siquiera en el derecho privado donde tuvo su cuna (aplicarlo ayudaría a dar más indeterminación a la hora de leer los tipos, y nos traería como consecuencias serios aspectos contradictorios con el principio de legalidad, es decir, no estaríamos confeccionando ni tipos claros, ni tipos precisos, y mucho menos tipos delimitados) y luego chocaríamos con la necesaria correlación que debe guardar el ordenamiento jurídico en sus conceptos, además de que es imposible un ataque a la totalidad del complejo formado por el activo y el pasivo, "ya que siempre la sustracción, v. gr., de una de las cosas o bienes que son el objeto de esa relación jurídica patrimonial da lugar a una pretensión al resarcimiento (o una acción reivindicatoria) de igual valor jurídico, aunque no económico." (4)

Partiendo del supuesto según el cual estas razones nos impiden pensar en otro apelativo que no sea el de propiedad para este título, podemos comenzar a desarrollar nuestra argumentación.

La cuestión constitucional no es ajena al problema de los delitos contra la propiedad; para algunos autores, implica, incluso, que el derecho a tener un patrimonio es un derecho natural reconocido por las leyes y no un mero producto parcial del legislador. Ya nos adelantaremos en esta problemática.

Buscando el bien jurídico tutelado en los delitos contra la propiedad, nos remitimos normalmente al artículo 45 constitucional que señala que la propiedad es inviolable. La hermenéutica jurídica, que es la disciplina científica cuyo objeto es el estudio y la sistematización de los principios y métodos interpretativos, nos enseña que la interpretación es la aplicación de la hermenéutica, y nunca dos conceptos sinónimos. La hermenéutica descubre y fija los principios que rigen la interpretación; en pocas palabras, la hermenéutica es la teoría científica del arte de interpretar. Podríamos preguntarnos si el trabajo intelectual de la interpretación es realmente necesario en la aplicación de la justicia penal. Para responder este cuestionamiento debemos de decir lo siguiente: el tipo existe, luego, hay un interés del legislador en un ente; resulta como consecuencia necesaria que toda conducta que se ajusta a un tipo contravenga una norma y afecte un bien jurídico. Esto significa, según lo que nos han enseñado los doctrinistas, que la conducta por ser típica es anti-normativa. Hay muchos casos en que una conducta no es antinormativa, aún cuando se adecue el tipo. Esto nos lleva a que tenemos delante dos labores básicas e importantes: estudiar la adecuación típica y estudiar el alcance de las normas que dan origen al tipo y luego, ver la afectación del bien jurídico. Lo que estudiaremos como analistas de la realidad es lógicamente la adecuación real de las conductas que es la tipicidad penal, es decir, nos tocará observar cuándo en el trajinar de la vida del hombre y en sus continuas relaciones interindividuales las situaciones y conductas se adecuen a la de algún tipo penal y se afecte un bien jurídico. Para ponerlo en términos humorísticos, no basta con meter todos los códigos penales en la cárcel por un máximo permitido de 25 años (tipicidad legal) sino que es necesario que la conducta real de un hombre se identifique a la descripción que se halla en algún tipo penal.

Zaffaroni dice que la tipicidad penal es igual a la tipicidad legal más la tipicidad conglobante. La tipicidad conglobante es la averiguación de la prohibición mediante la indagación o búsqueda del alcance prohibitivo de la norma. Pero este trabajo no se hace aisladamente, sino que se toma en cuenta el cúmulo de normas que forman parte del ordenamiento jurídico, el

(4) Rodríguez Devesa, op. cit., p. 322

cual no sólo está compuesto de normas prohibitivas, sino también de normas permisivas; estas últimas suponen lógicamente la existencia de normas anteriores; pero no es igual al juicio de antijuridicidad.

Volviendo al asunto inicial, ya hemos dicho que al existir un tipo penal ya existe incluido en el mismo un interés del legislador de tutelar un ente. Este interés del legislador puede demostrarse creando primero una norma. Sin embargo, el legislador puede brincarse esta etapa y pasar de una vez a crear un tipo penal, creando bienes jurídicos en los mismos tipos. La norma es un medio por el cual se valora un ente, es la pauta general de conducta: no usurparás el dominio público; este caso nos lleva a concluir que hay normas que no están necesariamente en la Constitución como el punto más importante del ordenamiento, sino que pueden, o estar en la ley, o ser creadas por el tipo penal. Para que una conducta sea penalmente típica tiene que violar la norma que la precede. Entonces, ¿hemos de decir que la norma que está detrás de todos estos tipos de título VII requieren de la violación de la norma: no violarás la propiedad? Este segundo cuestionamiento debemos unirlo al primero que nos refería el trabajo intelectual de la interpretación y de la utilización del método de la búsqueda del bien jurídico tutelado. Aquí coinciden al parecer dos métodos disímiles que buscan un mismo objetivo: la interpretación, que es un elemento esencial y un presupuesto indispensable en la aplicación de la norma jurídica, porque lógicamente no se puede concebir la aplicación de una norma jurídica que no sea previamente interpretada. Si por interpretación se entiende el proceso lógico mediante el cual se señala y se pone en evidencia el contenido de la disposición legal o constitucional, cuando un concepto constitucional es claro no debe buscarse uno oculto. El otro proceso que parece unirse a este es el de la búsqueda del bien jurídico tutelado en la integración de todo el sistema incluyendo preceptos permisivos y prohibitivos a la vez. Se dijo que estos dos procesos eran disímiles, no obstante si se une la interpretación al segundo nos daremos cuenta que la aplicación del Derecho será más justa y estará tendiendo al objetivo o meta (¿valor?) que se propuso el legislador. No es que estemos afirmando aquí que el juzgador deba interpretar el Código Penal. Ya sabemos que la "espada de Damócles", del principio de legalidad pesa sobre él y no puede hacer una interpretación analógica o extensiva, ya que eso violaría el principio al que hemos hecho referencia. No, lo que queremos decir es que el juzgador no puede quedarse solamente con la tipicidad legal, la que, en todo caso, no sólo no le dará aspectos claros y profundos para realizar su actividad, sino también, le ofrece el inconveniente de vérselas con la complicación propia de un legislador que no supo verter con claridad su pensamiento en la elaboración y redacción de los tipos penales. La adecuación real tiene múltiples matices, y el juzgador no puede detener en meros elementos del tipo; tiene que ir más allá. Ha de interpretar sí, pero no el Código Penal, sino que debe dirigirse al sistema a buscar la norma y de ahí a los preceptos normativos permisivos o prohibitivos.

Corresponde distinguir la interpretación del concepto de la integración. Como ya hemos dicho con otras palabras, interpretar es desentrañar el sentido del texto; integrar es algo más. Integrar es determinar su extensión y su significado del ámbito plenario del Derecho como sistema y orden establecido.

La tesis cuarta que nos presenta Pablo Rodríguez hace referencia a todo este problema que nosotros hemos circunscrito al problema del Derecho Penal y del bien jurídico propiedad.

Coincidimos con Pablo Rodríguez en que es dogmático sostener que sólo una interpretación de la Constitución es exacta. La Constitución es un "legado de sacrificios y glorias"; las palabras de la Constitución están lejos de ser cosas fijas. Una palabra (como lo decía el ilustre juez Holmes) no es un cristal transparente e inmutable, "es la piel de un pensamiento vivo y puede mudar grandemente de color y contenido según las circunstancias y el momento en que es utilizada." El propósito del intérprete constitucional, mucho más que aplicar un método puro y quasi-matemático, es lograr desentrañar el verdadero y correcto sentido de la norma constitucional en el momento de ser interpretada, congruentemente con los grandes propósitos y fines de la Constitución como los de proteger la dignidad del hombre y todos sus atributos, así como los ideales de justicia, igualdad, armonía y bienestar general, además de las exigencias de la vida social.

Coincidimos también en que es muy difícil, si no imposible, justificar científicamente el punto de partida del teórico y el del aplicador del derecho debido a que en nuestra disciplina no es posible contar con conceptos válidos y unívocos que nos sirvan para todas las circunstancias y para todas las épocas; tal sería el caso de un teórico que nos diga que no hay contradicción entre el art. 45 y el art. 50 constitucional porque el concepto de propiedad y el de inviolabilidad no contradicen el concepto de función social de la propiedad. Dependiendo de la época y de las circunstancias económico-sociales así habrá de interpretarse una Constitución; decir lo contrario sería admitir que el legislador previó todas las posibilidades y todas las contingencias.

En opinión de Ricardo Zeledón, de la lectura del art. 45 y del art. 69 sólo se puede obtener la idea de una propiedad monolítica, contraria a la necesidad de una propiedad dinámica que se dirija a comprometerse con la idea de la justicia social, como quimérico ideal a conseguir a través de una reforma constitucional. Según este autor, las distintas legislaciones especiales han dado respuesta a la omisión de visión por parte del constituyente del 49. En este sentido se coincidiría con el criterio de Pablo Rodríguez, conforme al cual, a la pregunta: ¿Cuál propiedad es la que es inviolable?, sería el legislador quien ofrece más respuesta al crear distintas clases de propiedades. En este sentido, serían inviolables la propiedad agraria, forestal, urbanística, etc., y todas otras que el legislador quisiera crear amparado en quién sabe qué conceptos teóricos y qué conceptos políticos y sociales. Como ejemplo particular, podríamos pensar en la ley de Informaciones Posesorias que es bastante visionaria: No obstante, aún en ese momento de gran importancia (cuando se emitió esta ley) el legislador se mostró tímido, como si el art. 45 estuviera observándolo con ojos de reclamo y desasosiego.

No es necesario subrayar aún más que la propiedad no ha tenido un significado unívoco; en sí misma acoge y designa muchas cosas. Un análisis amplio del ordenamiento jurídico permite dudar de la unidad conceptual del principio de la propiedad. Tenemos también dentro del panorama de estudio, que la propiedad ya no tiene sólo definición en el Código Civil. La legislación especial y las limitaciones de la propiedad en virtud del interés público parecen ser la rúbrica de nuestra época. El concepto de propiedad no se puede lograr en forma absoluta para todas buscar formas o modos de manifestación, de ahí que resulte científicamente preferible buscar los conceptos de las propiedades especiales (industrial, intelectual, agraria, arqueológica, etc.) en vez de un concepto de propiedad. Esto ayudará a encontrar un concepto más claro y práctico, en vez de uno abstracto como el que ha venido tratando de construir la doctrina en los últimos dos siglos. (5)

Interesante es plantearse a esta altura del desarrollo de este pequeño ensayo, el asunto meridiano de si la propiedad como concepto que utiliza el Derecho Penal es diferente a la conceptualización que se usa en el Derecho Civil. Esta discusión es importante por cuanto nos permitirá probar (si es cierto) que el concepto de propiedad no es el mismo en todo el ordenamiento y luego nos permitirá abordar la discusión del concepto aparentemente genérico de propiedad del art. 45 (adelantandonos a esta discusión, podemos decir que el art. 45 parece instituir en sí mismo la prohibición de las conductas antijurídicas dirigidas a disminuir o hacer imposible el derecho real de propiedad. Las limitaciones que ofrece la propiedad en las distintas legislaciones especiales por medio del legislador ordinario -y no por el legislador constituyente- y el contenido distinto de las propiedades especiales viene a estar legitimados por el poder que emana del Estado como regulador de las relaciones en una sociedad organizada, por lo que no es descabellado pensar que sea aplicable establecer controles en las importantes relaciones del hombre con la cosa).

Para poner el asunto de manera clara y con ejemplos, veamos el problema del hurto y de la apropiación a la posesión, es decir, hemos de investigar el camino que siguió el autor hasta que se surgió en el lugar del legítimo dueño. Jurisprudencialmente en nuestro país ha quedado claro que para que se configure la apropiación indebida (art. 223) es necesario que

(5) Zeledón (Ricardo), En Busca de un Nuevo Concepto de Propiedad, en *Antología de Temas y Jurisprudencia de Derechos Reales*, San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1984, pp. 181-186.

la cosa esté en posesión del que después se la apropie, mientras que en el hurto el sujeto tiene que poseer antes para que luego el sujeto activo de este tipo pueda desposeerlo ilegítimamente. Ya sabemos que en sede civil el concepto de posesión recibe los más disímiles tratamientos, sin haberse llamado a sosiego la doctrina sobre la propia naturaleza de esta institución, debatiéndose aún entre el hecho y el derecho. En fin, puede mantenerse sobre el concepto de la posesión las más diversas posiciones.

El orden de trabajo del Derecho Penal parece exigirnos un concepto de posesión diferente al que nos ofrece el derecho civil si pensamos en el problema desde el punto de vista de cierto carácter "realista" del Derecho Penal.

El Derecho Civil hace algunas ficciones: la posesión civilísima y presunciones doctrinales que no nos ayudarían a fundamentar un tratamiento más severo con respecto al hurto con respecto a la apropiación indebida, por ejemplo. Para Binding, para citar a alguien en este sentido, lo característico de la posesión penal consiste en ser adquirida por un acto volitivo que expresa, coetáneamente, la voluntad de ejercitar un poder fáctico sobre la cosa y hace imposible la actuación al mismo tiempo de otra voluntad de señorío sobre ella. Ni la mera tenencia, ni la custodia o vigilancia son suficientes para fundamentar la posesión penal. Sin embargo, aparentemente, este ejercicio intelectual parece innecesario desde el punto de vista de que lo que en realidad ocurre. El tipo de hurto exige una serie de actos (o un solo acto) que haga que el sujeto poseedor se vea desposeído de lo que es "legítimamente" suyo; la posesión en el sentido penal no sería más que un requerimiento de acción más que un requerimiento de concepto: el sujeto activo del tipo de hurto alcanza al señorío sobre la cosa, señorío fáctico, si se quiere, pero en todo caso es una disponibilidad material de la cosa. ¿Será esto un elemento subjetivo que deba añadirse al corpus para que surja aquella posesión? La pregunta es válida si aceptamos que el Derecho Penal está construyendo su propio concepto de posesión. Si no creemos que este ejercicio intelectual y jugamos de dificultosos, podemos decir entonces que, las pugnas de Savigny sobre el señorío de hecho del ladrón no tienen tan poco sentido como se nos ha querido enseñar en doctrina. La verdad que debemos enfrentar es que hay una voluntad de manipular la cosa disponiendo de hecho de ella. El Derecho Penal que está construyendo sus conceptos nos diría que se reputan poseedores, por ejemplo, el ayudante de oficina al que se le entrega una caja que contiene un valioso objeto para que sea entregado en el correo, o la persona que lleva un billete de otro a hacerle una diligencia. El ladrón que quiera apropiarse de la caja y del billete lógicamente estará violentando la propiedad y lo que podríamos llamar la posesión de hecho de otro, que no es el propietario, o posesión penal. De ahí la penalidad mayor para el hurto.

¿Es el concepto de propiedad diferente en el Derecho Penal? De ser cierto, ¿tiene esto implicaciones en cuanto a la tutela penal de la propiedad como relación importante y sujeta a una valoración normativa? El asunto no es tan extremo como se quiere ver. Los 23 tipos que pretenden tutelar la propiedad no sólo hacen referencia a las distintas ramificaciones del derecho real de propiedad (uso, disfrute, goce y disposición), sino que también introducen un elemento nuevo a tomar en cuenta que sería cierto carácter pecuniario que se encuentra objetivamente en el tipo. Por ejemplo, los incisos 1 y 2 del art. 212 (robo simple) que elevan la pena según corresponda si la suma de lo robado es mayor o menor de los tres mil colones. Entonces podríamos decir que no sólo se está protegiendo el ejercicio de un derecho real, sino que también se le está dando cierto valor pecuniario, si bien no al derecho, sino a la cosa sobre la que recae el derecho de propiedad. Este orden de ideas no nos aparta, si el lector se da cuenta, del objetivo que pretendíamos al inicio y que nos lleva siempre irremediablemente y de manera algo ingenua al art. 45 constitucional y a la inviolabilidad de la propiedad.

Como adelantáramos más atrás, el 45 parece el punto de partida para dirigirnos a la creación de los tipos que tutelan la propiedad: no violarás la propiedad de otro; si lo haces serás sancionado. Esta parece ser la construcción unitaria de los delitos contra la propiedad, parecida en algo a la construcción básica del tipo globalizante de las prohibiciones vertidas en el Código Penal: "quien se comporta de modo groseramente contrario a la sociedad, será penado."

Este "no violarás la propiedad de otro" parece incluir no sólo el respeto a la propiedad,

sino también, cierto respecto al patrimonio (conformado por los activos y pasivos). No obstante, ya vimos que un ataque directo a los activos y pasivos de una vez es muy difícil, por lo que la infracción se dirigiría sobre uno de los dos aspectos. El derecho penal está desvalorando un resultado (nunca parcialmente); esto se traduce en una afectación al bien jurídico (por efectiva lesión o por peligro). El Derecho Penal como orden discontinuo de ilicitudes pretende señalarnos algunas conductas que el legislador quiere que no se realicen. Trasladando la problemática al título de los delitos contra la propiedad, nos damos cuenta que los puntos separados de protección hacen referencia a una fragmentación, nunca a querer totalizar todas las conductas violatorias. El Derecho Penal está seleccionando aquellas conductas antijurídicas en las que el requerimiento de la seguridad jurídica no se satisface sólo con la simple reparación del perjuicio, sino que demanda una especial acción preventiva.

¿Qué sentido tiene buscar el bien jurídico tutelado en los delitos contra la propiedad? Zaffaroni contesta esta pregunta: el bien jurídico cumple una función garantizadora o limitadora de la tarea del legislador penal, y también cumple una función teleológica-sistemática, de fundamental importancia para reducir a sus debidos límites la materia de prohibición.

De tal forma que no ha sido vano este trabajo que de alguna manera trata de deslindar los problemas del concepto de propiedad y los tipos que tutelan este concepto en el Código Penal.

En lo que interesa ha demostrado la posición de Pablo Rodríguez ser coherente con lo que hemos estudiado en este curso experimental, lo que hace falta, o más bien hacía falta, era darle la necesaria correlación con el problema penal. Creemos haber deslindado el problema y haber señalado para quién es un problema, que parece ser un nuevo requisito metodológico de investigación y análisis.

A manera de recapitulación y resumen podríamos poner un último ejemplo, el art. 225 (usurpación). Este tipo podríamos señalarlo como característico de los que tutelan la propiedad o la posesión (vista como tenencia de la cosa); el asunto importante radica (al menos en el inciso primero) en que hay una necesaria referencia al Derecho Civil para definir el derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre, etc., ya que estos derechos reales son presupuestos en la medida de que han de hallarse en manos de la víctima del despojo. La acción ejecutiva del tipo consiste en despojar: en un inmueble la lógica nos lleva a coincidir con Soler en que este despojo ha de producirse por medio de invasión, permanencia o expulsión; ya que el bien no puede llevarse hay que sacar al propietario de su posesión. El inciso I hace referencia a un interesante medio que es el "engaño". El que el tipo objetivo requiera este medio no nos debe llevar a confundir este tipo con el de estafa. El engaño en el art. 225 lesiona la posesión o tenencia de la cosa inmueble, privando del goce del derecho, pero no del derecho del sujeto sólo materialmente despojado. Y aquí está la naturaleza real a la que hace referencia este tipo y la necesaria correlación de conceptos que debe existir entre lo exigido en el tipo y la labor de contenido que tiene que darle el Derecho Civil. Con esto queremos decir que el Derecho Penal no puede construir sus propios conceptos porque en cierta medida se estaría aislando del resto del sistema y perdería la necesaria correlación del sistema. Si esto ocurriera, el juzgador estaría observando las relaciones sociales con una óptica propia del Derecho Penal que no siempre coincidiría con la realidad objetiva desde que existen otras formas de regular las relaciones entre los hombres de la misma naturaleza normativa que el Derecho Penal, de ahí que el juzgador y el aplicador de la ley penal debe conocer el Derecho, como un todo, ya que su formación así se lo exige. Esto es cierto, sobre todo, en la aplicación de los 23 tipos correspondientes al Título VII de los delitos contra la propiedad.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- **Rodríguez Devesa (José María), Derecho Penal Español, Madrid, Gráficas Carasa, Sexta Edición, Parte Especial. 1975, p. 322.**
- 2.- **Zaffaroni (Eugenio Raúl), Manual de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Edsar, II Edición, 1979, p. 323.**
- 3.- **Zeledón (Ricardo), En busca de un Nuevo concepto de Propiedad, en Antología de Temas y Jurisprudencia de Derechos Reales, San José, Facultad de Derecho de U.C.R., 1984, pp. 181-186.**

LAS CONSTRUCCIONES EXTRALIMITADAS

*Trabajo presentado al Profesor Orlando Aguirre
Cátedra de Derechos Reales II
por Orlando Rojas Sáenz.*

INTRODUCCION

El problema de las construcciones extralimitadas, se subsume en el de la accesión invertida, esta a su vez, es una de las situaciones que más urgentemente necesitan regularse, sin embargo, es característica la ausencia de normas legales que se encarguen de dar sus lineamientos, no sólo en Costa Rica, sino en muchas otras legislaciones, y lamentablemente, también la doctrina al respecto es muy escueta.

Con estos antecedentes, el presente trabajo tiene por objetivo el analizar, hasta donde sea posible, todos los problemas que conlleva la inversión del principio Romano "Superficies solo cedit", y de acuerdo a ello, explicar las reglas generales que nuestro ordenamiento ha seguido, así como los que es dable considerar que tienen alguna importancia, al momento de enfrentar este vacío de nuestro orden jurídico.

El estudio se puede estructurar en tres secciones: una primera que trata ante todo de dar una concepción de lo que la accesión significaba en el Derecho Romano, figura ésta, que ha pasado de aquella época a la nuestra con variaciones de muy poca monta, en lo que atañe a su concepción jurídica primitiva. Una segunda sección dirigida al estudio de la accesión en tiempo actual, y por último, un análisis de la figura en sí, subdividida a su vez en tres puntos, el primero de ellos referido al análisis doctrinario de este Instituto, que como se ha advertido ya, es bastante modesto; el segundo, dedicado a nuestro derecho -a nivel jurisprudencial más que todo- dado que como se aclaró, la ley carece de normas al respecto, ya han sido los tribunales los que nos han dado la oportunidad de recabar material al respecto, y como cierre, haremos de dar un pequeño vistazo a las legislaciones que como la Italiana y Alemana, sí han positivizado de manera expresa, una adecuada regulación a los problemas que suscitan las construcciones extralimitadas. Pero será el estudio en sí, el que nos dejará en claro todo lo explicado, así que, veamos:

LA ACCESION EN ROMA

Dentro de los modos de adquisición de la propiedad que enumera el artículo 484 del Código Civil, la accesión ha sido uno de los que más superficialmente se han tratado. Al definir nuestro legislador los problemas que puede conllevar este tipo de adquisición, ha dejado por fuera ciertas situaciones típicas de la sociedad moderna, limitándose a retomar la vieja institución Romana y haciendo caso omiso de la evolución social y un sinnúmero de aspectos que nos diferencian de aquella época. Ello no implica que la elaboración Romana al respecto deba ser menospreciada, pues si algún pueblo ha merecido elogio por sus elaboraciones jurídicas, éste es el Romano. Es importante por tanto comenzar a estudiar esta figura de acuerdo a lo que ellos pensaron al respecto.

La accesión fue definida en esta época como el acto en que una cosa se adhiere a otra sea por causa natural o artificial, integrándose por ello un sólo cuerpo (1). Diferenciaban entre aquellos casos en que la unión podía separarse sin menoscabo de ninguna de las dos cosas y aquella, en que de darse tal separación, esta iría en detrimento de una o ambas.

Las cosas se diferenciaban una de la otra en cuanto a su función económico-social, de esta manera la que definía la función del todo era llamada principal y la otra accesorio e implantaron el principio de que lo accesorio cede a lo principal. Es también de suma importancia resaltar el criterio utilizado para definir la cosa principal, la más importante. La función económico-social arrastra un aspecto subjetivo-local que hace que en determinadas situaciones una cosa sea principal y en otras se le tome como accesorio; más adelante ahondaré sobre este punto, que está íntimamente ligado al tema central de este estudio.

Distinguan los Romanos tres clases de accesión:

a- Aquella que se produce de un bien mueble a otro mueble, dentro de lo cual ubicaban una serie de figuras que como la Textura y la Tinctura tenían un carácter sumamente específico.

b- La segunda clase de accesión era la que se daba de mueble a inmueble, regida por el principio "Superficies solo cedit", que valga la aclaración, nuestro Código Civil lo consagra en el artículo 508, con base en el cual, la tierra siempre se toma como principal. Aquí también diferenciaban entre diferentes situaciones que reafirmaban el mencionado principio, como la Satio, Plantatio e Inaedificatio, que se referían respectivamente a las semillas, plantas y edificios construidos en suelo ajeno. Estas situaciones también se toman en cuenta actualmente, y más adelante aclararemos sus peculiaridades.

c- Por último ubican el caso de accesión de inmueble a inmueble, con figuras como la Avulsio, Alluvio, Insula Influmine Nata e Influmine Pública y Alveus Derelictus, también reguladas por nuestras leyes.

LA ACCESION EN NUESTROS TIEMPOS

Actualmente, las variantes han sido relativamente pocas, así Planiol (2) nos define la accesión como: "...el derecho en virtud del cual el propietario de una cosa adquiere la propiedad de todo lo que natural o artificialmente se le une.". Recientemente se ha discutido si tal figura constituye un verdadero modo de adquirir la propiedad; algunas legislaciones como la Española (3) consideran que ello es relativo, pues tratándose de situaciones como la de la accesión de frutos, se inclinan a pensar que ella es una mera extensión objetiva de una propiedad ya existente. En sentido inverso, legislaciones como la Chilena (4) dan el carácter de

- (1) Iglesias, Juan. *Derecho Romano* (Ediciones Ariel, sexta edición, Barcelona-España) 1972, p. 267.
- (2) Planiol, Marcel. *Tratado Elemental de Derecho Civil* (Editorial José M. Cajica Jr. 12a edición, México) 1945, Volumen V, p. 381.
- (3) Puig Brutau, José. *Fundamentos de Derecho Civil* (Editorial Bosch, 2a edición, Barcelona-España) 1978, T. III, V. I p. 381.
- (4) Alessandri, Arturo y otro. *Curso de Derecho Civil* (Editorial Nascimento, segunda edición, Santiago-Chile) 1957, T. II, p. 283.

modo de adquirir a cualquier tipo de accesión. La legislación Patria no se ha cuestionado el problema, sin embargo, el hecho de que se le incluya dentro de los modos de adquirir el dominio, hace presumir que tiene tal carácter en todas las circunstancias.

Dentro de las clasificaciones modernas, podemos dividir la accesión en natural e industrial o artificial. En la primera, que es la que se debe a un hecho de la naturaleza, se incluyen las ya mencionadas figuras de Alluvión (acrecentamiento paulatino de terrenos colindantes con ríos, arroyos, lagos, etc., por efecto de la sedimentación), Avulsión (acrecentamiento violento y repentino por acción de las aguas), la Insula influmine Nata (islas formadas por sedimentos que se acumulan en los ríos), Alveus Derelictus (que se refiere a los problemas de variación del cauce de los ríos), y por último, la discutida categoría de la adquisición de frutos y animales (referida a los productos que árbol o animal den). Por su parte, la accesión industrial es aquella, que contrario a deberse a un hecho de la naturaleza, es producto de la labor humana y que presupone la inexistencia de un vínculo contractual entre el propietario de la cosa principal y el de la accesoria; se refiere a los casos de la accesión de un mueble a un inmueble. Se subdivide a la vez en plantación (plantación y siembra) y construcción aquella referida a los casos en que se siembre o plante con producto ajeno en suelo propio, que se siembre o plante con producto propio en suelo ajeno y que se siembre o plante en suelo ajeno con producto ajeno (todos estos supuestos toman en cuenta la existencia de buena o de mala fe, así como la conciencia del propietario del fundo o del producto del uso que se le estaba dando a su producto o a su fundo, y de acuerdo a ello se dan las respuestas legales a cada uno de los casos determinados en cuanto a propiedad, indemnización, etc., pero por no ser este el campo primordial del trabajo, es necesario pasar por alto una detallada explicación de cada una de las formas), y la construcción, referida a los problemas de edificación.

Nuestra ley ha previsto los siguientes casos, siempre con la presunción de que la obra realizada en un terreno se presume hecha por el propietario:

- a- Que de buena fe se edifique en terreno propio con materiales ajenos, impera aquí el citado principio Superficies solo cedit, y el propietario del terreno pasa a ser dueño de la construcción, previo pago al dueño de los materiales usados en justo precio o similar clase o calidad.
- b- La misma situación, cuando medie la mala fe. Se resuelve de una manera similar, pero con la obligación del propietario del fundo de pagar daños y perjuicios al propietario de los materiales.
- c- Si la obra se hizo con consentimiento del dueño de los materiales, el propietario del fundo sólo estará obligado al justo pago de los mismos, adquiriendo igualmente la obra realizada.
- d- Quién con materiales propios construye en suelo ajeno, faculta al propietario de la tierra a exigir la destrucción de la obra edificada, además de exigir daños y perjuicios o bien a hacer suya la obra edificada, pagando los gastos en que incurrió el invasor.
- e- Si en la situación anterior el invasor es de buena fe, elimina la posibilidad de que el propietario del terreno exija la destrucción de la obra, pero sin embargo puede hacer suyo el edificio pagando los gastos o simplemente pagando la plusvalía adquirida por la finca con la construcción.
- f- Si alguno de los casos anteriores se diera con el consentimiento del dueño del terreno, podrá siempre el propietario hacer suya la obra realizada por medio del pago indicado al dueño de los materiales, de lo contrario nacería una situación de copropiedad.

LAS CONSTRUCCIONES EXTRALIMITADAS

A- ACCESION INVERTIDA

Después de todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir lo siguiente: nuestro legislador, al prever las situaciones que podían llegar a darse de accesión de mueble e inmueble, ha dejado por fuera casos de suma importancia y comparativamente más factibles, cuales son los expuestos con la única variante de que la invasión que se realice no sea total sino parcial. Con ello no ha logrado más que formar una gran laguna legal en lo que al campo de la acce-

sión se refiere. Esta invasión parcial, podemos aún subdividirla en dos clases: aquella en que la edificación se encuentra en terreno ajeno en una proporción mayor con respecto a la ubicada en suelo propio, y aquella en que la construcción no está más que ligeramente salida de los linderos del fundo propio.

Estos problemas han sido regulados en algunas legislaciones, sin embargo no podemos decir que ellas prevalescan sobre las que no lo han hecho, además, los tratadistas de la materia han analizado el tema de una manera muy escueta, dando por respuesta a estos casos la figura de la *Accesión Invertida*.

Accesión Invertida: De acuerdo a Díez-Picazo (5), el término *accesión invertida* ha dado lugar a dos diferentes concepciones, la primera que se refiere a aspectos del Derecho de Familia, y que dice que las construcciones realizadas durante el matrimonio en suelo propio de uno de los conyuges se consideran como gananciales, y la segunda -que es la que para el caso interesa-, referida a los problemas de las construcciones extralimitadas.

El problema de las construcciones extralimitadas se refiere a aquellos casos en que un constructor al realizar su obra, desborda los límites de su fundo edificando parte de la obra en suelo ajeno. En tiempos pasados, en que el valor de las construcciones modestamente y en contados casos podía equipararse al valor del terreno, la respuesta a dicha situación era sencilla y acorde con la justicia, por cuanto el propietario de la tierra se hacía dueño del edificio, con fundamento en el principio de que la tierra siempre es lo principal, que relacionado con la máxima "Lo accesorio cede a lo principal" daba como resultado la solución mencionada. Es por ello que anteriormente decíamos que esta regulación legal era suficiente para épocas pasadas, pero actualmente cuando sobre los terrenos se alzan inmensas moles de concreto y acero que superan en muchas veces el precio del terreno sobre el que se asientan, la respuesta debe ser otra. Es totalmente injusto darle la facultad al propietario de un terreno de pedir la demolición de una parte de un edificio, perteneciente a un individuo que actuando de buena fe se ha extralimitado al momento de levantar la obra, es por ello, que esta situación debemos contemplarla desde otro punto de vista y no limitarnos a las soluciones que nuestra ley ofrece y es por ello que se ha creado la figura de la *accesión invertida*, que invierte el ya citado principio "Superficies solo edit" otorgando a la edificación el carácter de principal.

Sin embargo, con lo dicho solo se aclara parcialmente la problemática de esta situación pues se presentan muchas variantes en torno a ella, que hacen dudar de la solución dada. Es por eso que considero importante analizar las que parecieran, son las mas probables.

a- Constructor de buena fe que se extralimita: este sería el caso que podríamos llamar típico, por cuanto es supuesto de la *accesión invertida* el hecho de que el invasor lo sea de buena fe, y con fundamento en lo dicho y en los principios generales del derecho, así como el criterio del interés social, el dueño del edificio pasaría a ser propietario de la faja de terreno invadida, pagando al propietario del terreno el valor correspondiente a la respectiva franja, así como los daños y perjuicios ocasionados. Aquí se deben ver también los hechos apuntados, referidos a si la porción invadida es mucho mayor que la que se encuentra en suelo propio, la solución debe ser la misma, pues si cuando se trata de una faja de tierra no se le puede imputar a quién posee el derecho de propiedad del fundo invadido descuido o negligencia al momento de defender su derecho por tratarse de algo que no es evidente, en el caso referido, el hecho debe verse en sentido contrario y eliminar la facultad del dueño del fundo de solicitar la demolición de la obra por cuanto éste no actuó en defensa de su derecho cuando debió hacerlo, más aún, tratándose de una situación tan clara como lo sería una invasión evidente de su terreno.

b- Constructor de mala fe que se extralimita: en este caso, el principio de la *accesión invertida* se debe dejar de un lado y otorgar al propietario del fundo la facultad de elegir entre: que se le pague el valor de la tierra invadida junto con los daños y perjuicios ocasionados, o, exigir la demolición de la obra edificada. La solución dada parecería poco ajustada al interés social, pero tratándose de un constructor de mala fe, como apunta Albaladejo, "...no hay que tener contemplaciones con que sufriese la pérdida de tal valor económico, que desde

(5) Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* (Editorial Tecnos, Madrid-España) 1978, p. 218.

que estaba levantándolo debería saber que lo arriesgaba por su mala fe.” (6)

c- Que sucede cuando el terreno invadido mide escasamente lo exigido como mínimo para edificar una casa: el Reglamento de Construcciones (7) en su artículo 57 inciso 5, indica que el terreno para construir una edificación debe tener un mínimo de ciento cuarenta metros cuadrados, y tratándose de un inmueble ubicado en áreas urbanas de alta densidad lo fija en cien metros. Entonces se nos presenta el caso de que un constructor de buena fe se extralimite a invada un terreno de tales medidas, que restándole la parte ocupada por el edificio, resulte inútil para levantar en él una edificación. Encontramos en este caso un choque entre el derecho de propiedad garantizado constitucionalmente y el derecho de un edificante de buena fe a que no se le obligue a botar su obra, con el consecuente perjuicio, muchas veces mayor al que podrá sufrir el propietario del fundo. La situación que se presenta es sumamente conflictiva, pues si bien en los casos anteriores se merma el terreno en determinada cantidad, el invadido, al fin y al cabo va a seguir siendo propietario de un terreno, que aunque más pequeño le será útil, mientras en este presupuesto, la aplicación del principio de accesión invertida va a implicar una pérdida total del fundo. La solución más acertada sería el aplicar la accesión invertida, siempre y cuando se le indemnice debidamente al propietario del fundo invadido, además de que la adquisición del invasor no deberá limitarse a la faja ocupada por el edificio, sino que obligatoriamente tendrá que adquirir todo el terreno. Aquí debe analizarse en debida forma, más que el daño, el perjuicio sufrido por parte del propietario de la tierra, pues no se está menoscabando un terreno, sino una serie de derecho que como el de propiedad y el de libre comercio, se verán coartados.

B. EL ORDENAMIENTO COSTARRICENSE ANTE LAS CONSTRUCCIONES EXTRALIMITADAS.

(Fundamento del traspaso de la propiedad): Es aquí donde el principio de la accesión invertida topa con un gran obstáculo, pues si bien este da una solución apegada a la justicia al problema en estudio, no existe, al menos en nuestra legislación una norma que justifique la adquisición de la propiedad por el medio mencionado. El artículo 484 del Código Civil enumera claramente los modos a través de los cuales se adquiere la propiedad, entonces, no incluyéndose en él el problema del traspaso de un fundo por accesión invertida, surge la pregunta; ¿A título de qué se adquiere es propiedad?

El problema es grave y ello lo demuestra la jurisprudencia, pues las resoluciones que a esto se han dado, se caracterizan por no profundizar en el tema y se limitan a resolver en uno u otro sentido sin mayores aclaraciones y a cuanto más han llegado es a mencionar los principios de equidad que deben prevalecer en estas situaciones. Así, por ejemplo, en una sentencia de la Sala de Casación del año 1971 (8), en que se resolvió la demolición del edificio, es importante ver el voto salvado del Licenciado Fernando Coto, quien califica de injusto el fallo dado, fundamentando su dicho en dos aspectos especialmente. El primero, que se refiere a la desproporción patrimonial que se da al ordenar la demolición de la obra, pues los gastos en que se incurre son muy superiores al perjuicio que se hubiere ocasionado al propietario del fundo con la pérdida de la faja de terreno, y el segundo, es el hecho de que la utilidad de la servidumbre (que en este caso era lo invadido) no se veía lesionada, pues aún restándole la parte del terreno ocupada por el edificio, podía cumplir plenamente su función. Si bien en esta sentencia se falló a favor del propietario del fundo, el Licenciado Coto Albán deja ver lo que ya indicamos, sea, una falta de precisión en cuanto al fundamento del traspaso.

Más clara dejó sentada esa inseguridad la Sala Primera Civil, que en sentencia del año 1977 decía lo siguiente: “La sustitución de la medida extrema de demolición de lo construido en terreno ajeno por el pago de daños y perjuicios, tiene carácter de excepción aplicable sólo a casos en que circunstancias específicas así lo justifiquen, y no hay duda que si el pre-

(6) Albaladejo, Manuel, Derecho Civil (Editorial Librería Bosch, tercera edición, Barcelona-España) Tomo III, Volumen I, p. 307.

(7) I.N.V.U., Dirección de Urbanismo, Reglamento de Construcciones mayo de 1970.

(8) Cas. No. 104, 15:15hrs. del 21 de julio de 1971.

sente caso la demolición comprendería estructuras fundamentales de la casa que la afectarían sensiblemente, mientras el terreno invadido es solamente una faja de veinte centímetros de ancho por el fondo respectivo, el mismo constituye uno de esos casos de excepción por lo que se resuelve en lugar de demoler lo edificado en el predio del autor, que la demandada debe pagarle el valor del terreno así ocupado." (9).

Así queda reafirmado lo ya dicho, en cuanto a la falta de fundamento que nuestros Tribunales tienen a la hora de dar tales resoluciones. En nuestro criterio, el problema debemos verlo de la siguiente manera: dado como supuestos los hechos de que a) el constructor que se extralimite sea de buena fe, b) que el edificio tenga un valor superior al terreno invadido y c) que la parte del edificio que invade el suelo ajeno no pueda eliminarse sin daño a la estructura del mismo, entonces el problema no puede decirse que atañe únicamente a las partes, sino que trasciende a ellas para convertirse en un punto de interés social, por ello la solución de otorgar el terreno al propietario del edificio, está en relación con el interés social y la economía local, por ello, no será sólo el propietario del edificio, está en relación con el interés social y la economía local, por ello, no será solo el propietario del edificio el interesado en que no se demuela la parte desbordada del mismo, sino que también la sociedad, en concordancia con los lineamientos de la función social de la propiedad, buscará que tal hecho no se lleve a cabo. Con esto tenido por cierto, vemos que el propietario del edificio se haya amparado por principios metajurídicos, que le dan la facultad de adquirir el terreno invadido, pagando claro está, el valor del terreno así como los daños y perjuicios que hubiere ocasionado con tal hecho.

Vemos de esta manera, que el fundamento está en una especie de expropiación forzosa de carácter privado, que atañe al interés público. El propietario del fundo indistintamente de si quiere o no vender el suelo invadido está en la obligación de hacerlo, dado que esa actitud evitará que sobrevengan mayores perjuicios, que serían los que acarrearía su negativa de actuar de ese modo.

C LEGISLACION INTERNACIONAL

El problema para nuestro ordenamiento se presenta por una falta de regulación expresa de esta situación, pero legislaciones como la Italiana, la Portuguesa y la Alemana, si han logrado superar este bache legal, y así por ejemplo, el artículo 938 del Código Civil Italiano señala que "938 Si en la construcción de un edificio se ocupa de buena fe una porción del fundo continuo, y el propietario de éste no hace oposición dentro de los tres meses a contar desde el día en que se inició la construcción, la autoridad judicial teniendo en cuenta las circunstancias, puede atribuir al constructor la propiedad del edificio y del suelo ocupado. El constructor está obligado a pagar al propietario del suelo el doble del valor de la superficie ocupada, además del resarcimiento de daños (10). Los Italianos si han definido claramente este concepto y mencionan un aspecto importante, y que ya habíamos sacado a la luz, cual es el tomar en cuenta la actitud del propietario del fundo, ante los actos del constructor. El fijar el término de tres meses para oponerse al levantamiento del edificio, no es un término arbitrario, todo lo contrario, es el suficiente para que el dueño del fundo tome las medidas pertinentes para evitar que su suelo sea invadido y también lo es para evitar que las antieconómicas medidas de demolición sean tomadas una vez que la edificación ya ha sido levantada en su totalidad. También se debe resaltar la parte final del artículo transcrito, pues al establecer la obligación del invasor de pagar el doble del valor del terreno, viene a compensar al propietario de la tierra, que sin querer, se ve en la obligación de vender una franja de su suelo.

De igual manera el Código Civil Alemán, artículo 912, regula el caso de las construcciones extralimitadas, y al respecto dice: "912: Si el propietario de una finca, en la construcción de un edificio, ha edificado sobre los linderos sin que le sea imputable dolo o culpa grave, el vecino ha de tolerar la construcción saliente a no ser que haya formulado oposición

(9) Sala Primera Civil, No. 461 de las 9:15 hrs. del 11 de noviembre de 1977.

(10) Messineo, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial (Editorial E.J.E.A., 8a. edición, Buenos Aires-Argentina) 1971, T. I, Código Civil Italiano.

antes o inmediatamente después de la extralimitación. El vecino ha de ser indemnizado mediante una renta de dinero. Para señalar la cuantía de la renta es decisivo el tiempo de la extralimitación." (11).

La norma del Código Civil Alemán se presenta un poco más estricta que la Italiana. La fijación del término para poder reclamar la extralimitación si se puede considerar que sea un poco arbitraria, pues decir "antes o inmediatamente después de la construcción" no es un período apegado a la realidad del asunto, dado que el dueño del fundo, por lo general no se dará cuenta de la usurpación que hacen de su terreno hasta tanto no de comienzo la construcción, pues no es corriente -al menos en nuestro orbe- que los lindantes tengan conocimiento previo de la estructura que se piensa levantar. Por su parte, el "inmediatamente después de la extralimitación", es un término que se prestaría a dudas, por ser de carácter subjetivo, así, el propietario de la tierra podría considerar que un mes es un tiempo prudencial para ello, mientras que el constructor estime que es sumamente largo. También difiere el Código Alemán del Italiano en cuanto al pago de la tierra, dado que el segundo fija como precio el doble del valor del terreno, y el primero establece el pago de una renta, cuyo monto dependerá del momento de la extralimitación. De la misma manera, se debe destacar que el Código Alemán no ubica esta norma dentro del capítulo de la accesión de ese cuerpo legal, aunque el autor consultado al respecto, aclara en su obra que dicho numeral es el que ubica el principio de la accesión invertida en el Orden Jurídico Alemán.

Claro o no, lo importante es que ambas legislaciones han fijado en normas legales las respuestas al problema de las construcciones extralimitadas, y tal ejemplo es el que debe seguir nuestro ordenamiento, pues con la actual normativa, no se está más que entravando el proceso evolutivo social, tomando así el derecho el carácter de obstáculo que evita que sus fines, de Justicia y Equidad, se realicen plenamente.

CONCLUSION

Las conclusiones que del presente estudio se ha obtenido, son desalentadoras en muchos aspectos. El análisis de las construcciones extralimitadas es un tema, que pese a lo interesante y a la frecuencia con que se suscitan casos de este tipo, podemos considerar nuevo. Los autores de derecho civil que lo mencionan, no han dedicado más que unas pocas líneas a él, creando una incertidumbre y dejando entrever una cierta inseguridad al momento de tratarlo. En nuestro país, al igual que en muchas otras legislaciones, el vacío es muy grande. El Código Civil, al regular el título de la accesión, ha dejado por fuera toda la problemática referida al tema de la accesión invertida y se ha limitado a describir la accesión, tomando como base la normativa de otros Sistemas Jurídicos que ya contenían esa laguna, y como al inicio indicábamos, han sido nuestras Salas y Tribunales las que han debido mencionar por primera vez este tema y a la vez cuestionárselo, pero ello no se puede decir que sea un gran aporte; las resoluciones vistas, dejan una honda vacante, pues, talvez por temor a introducirse en una figura, que por sí es innovadora, han optado por situarla al margen del problema y darle un aspecto secundario, prefiriendo fundar sus resoluciones en principios de equidad y dejando por fuera un conciente análisis de la situación.

El hecho de que un constructor al levantar su obra invada una porción de un terreno ajeno, es la situación que se presenta, y la respuesta legal a ella depende de varios supuestos: el primero y primordial, es que ese acto del edificante halla sido realizado de buena fe, pues los casos en que existe mala fe no se prestan a discusión, dado que la normativa actual satisface plenamente las exigencias de la sociedad y de la misma ley, al evitar un enriquecimiento injusto por parte del invasor. Como segundo supuesto, se ubica el hecho de que la estructura

(11) Enneccerus, Ludwig y otros, Tratado de Derecho Civil (Editorial Bosch, Barcelona-España) 1955., Apéndice, Código Civil Alemán.

levantada tenga un mayor valor económico que el suelo que se invade, esto porque, aún en tiempos Romanos, la función económico-social ha sido la que ha servido para diferenciar la cosa principal de la accesorio, y ello es lógico, ya que lo que se pretende ante todo es dar una respuesta que esté acorde con la Justicia, y precisamente la injusticia de algunas resoluciones, que obligaban al invasor a demoler una edificación muchas veces más valiosa que el terreno, ha ido lo que ha movido a los Tribunales y a algunas legislaciones a actuar de otro modo y a acoger el principio de la accesión invertida. El último supuesto es el de que la parte de la obra que se extralimitó, no pueda ser sacada del fundo extraño, sin que con ello se cause un perjuicio a la totalidad del edificio. Este supuesto es también de suma importancia, pues no puede decirse tajantemente que cualquier constructor -aún de buena fe- que se extralimite, tenga de pleno derecho la facultad de exigir al perjudicado la venta de la porción invadida. Existen cierto tipo de obras, que por sus características, no presentan mayor problema al momento de "desarmarlas", como en el caso de las casas prefabricadas, así también las casas "rodantes" y algunas de madera. El supuesto se refiere a aquellas edificaciones sólidas, cuyas bases están firmemente arraigadas al suelo, y que por ese hecho, su movilidad implica destrucción, que es lamentable tratándose de una modesta casa, y aún más cuando se trata de un edificio de grandes dimensiones y con una pluralidad de pisos, es decir, se refiere a aquellas construcciones que son indivisibles. Cumplidos estos supuestos, la aplicación del principio de la accesión invertida se convierte en una necesidad y lo equitativo y lo justo es el otorgar al propietario de la estructura la propiedad de la tierra, pagando el valor de la misma, así como los posibles perjuicios y los daños que con la invasión se hubieren ocasionado.

El problema es claro, y la solución lógica, sin embargo, como mencionamos, existe un cierto "tabú", que ha impedido que el tema haya sido tratado someramente por los doctores.

La regulación legal al respecto, ha sido privilegio de unos pocos países, desgraciadamente Costa Rica no se encuentra entre esos. Alemania e Italia se encuentran entre los que han plasmado en una norma la respuesta legal al caso, pero aún ellos, han carecido de una debida explicación sobre el asunto. Por ejemplo, el Código Civil Alemán contiene una disposición que se debe considerar arbitraria; menciona que el término para oponerse a la invasión es "antes o inmediatamente después de que ésta se lleve a cabo". Ya mencionábamos que no es acorde con la realidad esta disposición, pues quien construye una obra, está en la obligación de informar de sus intenciones únicamente a las autoridades encargadas del control de las construcciones, por tanto, es ilógico pretender que aquél que vea invadido su fundo tenga la obligación de oponerse a ello antes de que la construcción invasora de inicio. Por su parte, decir "inmediatamente después" también es poco seguro; para el invadido, inmediatamente después puede ser un período de veinte o treinta días, para el invasor puede acortarse a cinco. Por su parte, el Código Civil Italiano si parece más ajustado a las exigencias del caso, fijando un término de tres meses para llevar el reclamo a las autoridades, término que es suficiente para que el propietario del fundo se de cuenta de lo que ocurre y acuda a defender su derecho. Además, este Código establece que el pago que debe realizar el propietario de la obra al dueño del fundo es el doble del valor de la faja de terreno invadida, aliviando con esto la carga del detentador de la tierra de tener que despojarse de una franja de su finca, aún sin quererlo.

Por su parte, la inexistencia de una norma semejante a las comentadas en Costa Rica, conlleva el surgimiento de dos situaciones problemáticas. La primera es la improvisación de los fallos, por cuanto el Juez no tiene un ligamiento jurídico que lo obligue a actuar de determinado modo, y por ello, se han dado sentencias abiertamente contrarias a los principios de justicia y equidad. Por otro lado, cuando la resolución ha sido favorable al propietario de la edificación, ha hecho falta un fundamento jurídico con base en el cual se adquiera el terreno. Nuestro Código Civil especifica cuales son las formas de adquirir la propiedad, siendo así, y estando al margen de ellas la accesión invertida, no se encuentra motivo legal por el cual ese traspaso se de. El fundamento de dicha adquisición podemos hallarlo en el interés social de que los actos injustos de demolición no lleguen a darse, y la única manera de que así sea cuando entre el propietario del terreno y el constructor no ha mediado arreglo, es invocar

una especie de expropiación forzosa de carácter privado por parte del edificante y hacia el dueño de la tierra.

Claro está, que con la inclusión de una disposición en nuestro Orden Jurídico, semejante a la Italiana o cuando menos a la Alemana, dichos problemas estarían salvados, y está en manos de nuestros legisladores el llevar a cabo tal acto.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- **ALBALADEJO, Manuel**, Derecho Civil (Editorial Librería Bosch, tercera edición, Barcelona-España) Tomo III, Volumen I.
- 2.- **ALESANDRI, Arturo y otro**, Curso de Derecho Civil (Editorial Nascimento, segunda edición, Santiago-Chile) 1957, Tomo II.
- 3.- **BRENES C., Alberto**, Tratado de los Bienes (Editorial Juricentro, quinta edición, San José - Costa Rica) 1981.
- 4.- **DIEZ-PICAZO, Luis**, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial (Editorial Tecnos, Madrid-España) 1978, Volumen III.
- 5.- **DIEZ-PICAZO, Luis y otro**, Sistema de Derecho Civil (Editorial Tecnos, primera edición, Madrid-España) 1978, Volumen III.
- 6.- **ENNECCERUS, Ludwig y otros**, Tratado de Derecho Civil (Editorial Bosch, Barcelona-España) 1955, Apéndice, Código Civil Alemán.
- 7.- **IGLESIAS, Juan**, Derecho Romano (Ediciones Ariel, sexta edición, Barcelona-España) 1972.
- 8.- **I.N.V.U., Dirección de Urbanismo**, Reglamento de Construcciones (mayo de 1970).
- 9.- **MESSINEO, Francesco**, Manual de Derecho Civil y Comercial (Editorial E.J.E.A., octava edición, Buenos Aires-Argentina) 1971, Tomo I, Código Civil Italiano.
- 10.- **PLANIOL, Marcel**, Tratado Elemental de Derecho Civil (Editorial José M. Cajica Jr., décima segunda edición, México D.F.-México) 1945, Volumen V.
- 11.- **PUIG BRUTAU, José**, Fundamentos de Derecho Civil (Editorial Bosch, segunda edición, Barcelona-España) 1978, Tomo III, Volumen I.
- 12.- **REPUBLICA DE COSTA RICA**, Código Civil y de Familia (Impresiones Mil Copias S.A., San Pedro-Costa Rica) 1980.

Otras Fuentes: Digesto de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

LA ACEPTACION DEL CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO

*Trabajo presentado al Prof. Diego Baudrit Carrillo
Cátedra de Contratación Privada I
por Gino Cappella Molina*

NOTA INTRODUCTORIA

La extinción de toda obligación, sea de la clase que sea, se produce con el efectivo pago o cumplimiento de ésta. Ese será el caso normal y el esperado por los sujetos que intervienen en la relación obligatoria, sobre todo si ésta es de origen contractual, porque de estos casos el acreedor espera el normal cumplimiento en vista del compromiso seriamente tomado por el deudor, sobre todo si se considera que en esta materia nadie puede obligar a nadie a obligarse por un contrato.

Sin embargo, el hombre es un ser libre, y por lo tanto sus comportamientos pueden ser violatorios de normas jurídicas. Cuando esto sucede, el Derecho se encarga de poner las cosas en orden a fin de mantener la vigilancia del sistema jurídico imperante en determinada época.

Es por eso que el ordenamiento cuenta con una serie de previsiones destinadas a procurar que el destinatario de una norma determinada cumpla con lo dispuesto en ella, so pena de que si no lo hace, sufrirá una sanción. En este caso reparar el daño ocasionado.

En materia contractual, esta situación toma el nombre de incumplimiento, y eso es precisamente lo que constituye el objeto de estudio del presente análisis, a raíz del comentario de una resolución judicial dada en ese sentido, frente a un caso concreto: Casación de las 15 horas de 11 de setiembre de 1942, cuyas partes son Evan Bennett Malcolm y Anita Coffey Anaya contra Gastón Bartorelli Falugi y Otello Benedetti Gregory.

El plan se divide en dos grandes apartados: la especie de hecho, desde los hechos propiamente dichos, hasta el fallo de Casación constituye la primera parte del trabajo. Luego se comentará la institución que entra en juego en este caso concreto: el incumplimiento contractual, su estructura y su función; para luego entrar propiamente en la opinión personal, en la cual se incluye una breve exposición de cómo se hubiera podido fallar el asunto desde otra perspectiva: el incumplimiento consentido.

I. LO ACTUADO

1. HECHOS.

Los actores contratan con los demandados la construcción de una casa en una propiedad de los primeros, situada en Heredia. Los actores pagarían la construcción no en un solo pago, sino por cuotas conforme avanzara la obra.

De la lectura de la sentencia se desprende que inconformes con el progreso de los trabajos, los actores le indican a los demandados que rectifiquen los trabajos según los términos del contrato. Los señores Bartorelli y Benedetti persisten en su proceder, por lo que ambas partes llegan a celebrar un convenio adicional ante el notario Mariano Anderson en virtud del cual el precio de la obra se rebaja y los señores Bennett y Coffey se comprometen a pagar la cantidad de mil quinientos colones al final de la obra si ésta los satisfacía. Todo esto ocurrió en 1938, salvo el pacto adicional (1939).

Posteriormente, los actores, en carta dirigida al Banco Nacional de Costa Rica, manifiestan su conformidad con los trabajos realizados (8 de mayo de 1939), y al finalizar la obra, y por cuenta propia, contratan al Ing. Alberto Orozco Castro para que la examine. Este, así lo hace y en su informe afirma que la obra es aceptable desde el punto de vista puramente técnico.

Concluida la obra, los actores reciben la casa sin protestas y pagan la suma prometida (15 de diciembre de 1939)

2. LAS PRETENSIONES

Por los anteriores hechos, los señores Bennett y Coffey demandan a los constructores Bartorelli y Benedetti por incumplimiento contractual. Sus pretensiones se reducen a que los demandados deber ser condenados a reparar la construcción al tenor de la obligación original, pago de daños y perjuicios y pago de una cláusula penal contenida en el contrato de obra. De negarse a ejecutar esos trabajos, deben ser condenados a pagarlos para que otro lo haga. También piden condenatoria en costas.

Los demandados contestan negativamente la pretensión y reconviene para que se declare lo siguiente: a) que por haber pagado los actores los ₡1500 en señal de aprobación, manifestaron su conformidad con las reformas; b) por tanto, las obligaciones de los constructores demandados se encontraban extintas, sobre todo si se toma en cuenta la solicitud dirigida al Banco Nacional (v. supra "Hechos"); c) que se condene a los reconvenidos el pago de cuotas vencidas, sus intereses, daños y perjuicios con el atraso de ese pago y costas.

Los reconvenidos oponen la excepción de falta de legitimatio ad causam activa de los reconventores, combatida en su oportunidad.

3. LAS SENTENCIAS DE INSTANCIA.

a.) EN EL JUZGADO PRIMERO CIVIL.

Se declara con lugar la demanda, modificada por el juez en ciertos puntos (v. gr. monto a pagar por la cláusula penal). Para ello consideró el juez que los demandados cumplieron, pero de forma deficiente, por lo que deben cumplirlo al tenor del contrato y reparar el daño causado, junto con los perjuicios. Disminuye el monto de la cláusula penal por la razón antes apuntada, en virtud del art. 713 C.C. (Sentencia de 10 horas de 21 de abril de 1942).

b.) EN LA SALA PRIMERA CIVIL.

En virtud de la apelación interpuestas por los demandados contra el fallo de primera instancia, al cual se adhirió el apoderado de la actora, la Sala Primera Civil confirmó el fallo del juez a quo. (10 horas y 45 minutos de 3 de julio de 1942).

4. EL FALLO DE CASACION.

Para orden de análisis, divido este aparte en dos, como el anterior, porque el fallo de Casación contiene un voto salvado del magistrado Guzmán, que se incluye en el punto 4b).

a.) LA SENTENCIA DE MAYORIA.

Tanto los demandados como la actora Coffey Anaya, por medio de su apoderado, interponen recurso de casación contra el fallo de segunda instancia.

Respecto del recurso de los demandados, Casación resuelve: "...Considerando:... II... no aparece hecho nombramiento formal alguno de perito para dirimir la discordia... y de la declaración del señor Orozco Castro... se desprende... que él no tomó notas de los defectos del techo causados por las torceduras de las vigas de genízaro, por no constituir faltas técnicas, pero si tomó en cuenta otras denunciadas por los actores que constituyen la base de la sentencia condenatoria. ... No puede deducirse como cosa cierta que (los actores) dieran por recibida la obra a entera satisfacción suya por el simple pago de mil quinientos colones... ya que los anticipos de dinero hechos en el curso de los trabajos sobre el conjunto y no con relación a ciertas partes concluidas no implican necesariamente aprobación de lo recibido... y en todo caso, era obligación de los constructores abstenerse de practicar los trabajos de que se habían encargado, si con arreglo a su opinión no convenía usar los materiales de mala calidad posteriormente ordenados por los actores..."

Respecto del recurso de la actora, se resuelve:

"V ... la pena pactada (la cláusula penal) debe reducirse por ...el artículo 713 del Código Civil, que obliga al juez... a modificar la pena proporcionalmente cuando el convenio ha sido cumplido en parte..."

b.) EL VOTO SALVADO.

"...Tan calificado testimonio (el del perito Orozco)..., el hecho de que se usara en la construcción de la casa madera de genízaro a indicación de sus propietarios y de que no se haya producido por el empleo de tal material la pérdida total o parcial del techo, que haga aplicables los artículos 1185 y 1187 del Código Civil, así como la circunstancia de que los propios actores en comunicación al Banco Nacional de Costa Rica expresaron desde el mes de mayo de 1939 que la obra estaba prácticamente terminada, constituyen otros factores de juicio que ponen de relieve la sin razón de la demanda y la procedencia de la contrademanda..." (1)

Esta es la idea principal del voto salvado: que efectivamente hubo incumplimiento por parte de los constructores Bartorelli y Benedetti, pero que ese incumplimiento, según el dictamen pericial del ingeniero Orozco, no afectaba la construcción desde un ángulo técnico; esto es, la construcción estaba bien hecha, y por otro lado, ese incumplimiento fue aceptado por los actores desde que ellos recibieron la casa sin protestas.

II. COMENTARIO

1. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

Es bien sabido que los contratos son fuente de obligaciones (art. 632 CC). Las partes que intervienen en un contrato, sobre todo si éste es bilateral o sinalagmático, esperan que, al cumplirse la prestación, se proceda de la misma forma con la contraprestación. Hay por lo tanto, una situación de confianza mutua entre las partes. Es mediante esta situación normal de pago o cumplimiento (en cualquiera de sus modalidades -art. 764 y ss. CC) que los sujetos contratantes extinguen las obligaciones en general, no sólo las de origen contractual.

Pero estamos en el ámbito del comportamiento, esto es, de aquellos hechos que son causados por la voluntad (sana o viciada) del ser humano. El comportamiento es, por ende,

(1) Todos los paréntesis de las citas textuales son míos.

libre y regulado por ordenamientos normativos como lo es el Derecho en general, cuyos preceptos pueden ser violados (y lo son). En materia de contratos, esta violación al ordenamiento jurídico toma el nombre de incumplimiento contractual si la transgresión es llevada a cabo en la fase de ejecución del negocio, y este es el objeto de análisis del presente estudio.

Al concebir el contrato como fuente de obligaciones debemos concluir como corolario lógico, que también lo es de derechos subjetivos, cuyo titular lo será otro sujeto que espera que el obligado cumpla su prestación y que caso contrario, el ordenamiento provea los medios coercitivos necesarios para hacerlo cumplir. En eso consiste la responsabilidad civil contractual y son sus efectos prácticos.

El incumplimiento contractual es *repito* una violación al ordenamiento jurídico y que por tanto, causado el daño surge la sanción. Es por lo tanto, un comportamiento que se dirige contra los intereses de la comunidad que busca que los sujetos cumplan sus obligaciones, en virtud de un compromiso seriamente tomado. Por tanto, y en vista de las anteriores consideraciones, se puede definir el incumplimiento contractual como aquel comportamiento antijurídico por parte del deudor que impide que los efectos previstos en un contrato válido se actualicen al tenor de lo establecido originalmente, con lo que se deja la relación jurídica insatisfecha. (2)

De la anterior definición, construida a partir de las ideas de varios autores (3) se desprenden varias conclusiones:

— Primera: se trata de un comportamiento, esto es, un hecho jurídico en cuya base está la iniciativa humana, que bien puede consistir en una acción o en una omisión. Este comportamiento es la causa del daño que se produzca y del estado antijurídico. Es un acontecer temporal dependiente de la voluntad humana.

— Segunda: Preexistencia de un contrato válido: el contrato, al momento de ser perfeccionado, desplegará sus efectos (deberes y derechos) inmediatamente si es puro, y en el futuro si contiene elementos accidentales como la condición suspensiva, el término inicial o el modo. Al no llevarse a cabo la prestación prevista, el obligado impide que esos efectos se vean satisfechos, actualizados.

— Tercera: Culpabilidad: el incumplimiento, para que despliegue sus efectos, deber ser cometido ya sea culposamente (con culpa-falta de la debida diligencia en la ejecución), ya sea dolosamente (con deseo y conocimiento por parte del deudor, tanto del daño que se está cometiendo como de su resultado).

— Cuarta: antijuridicidad: el comportamiento deberá ser contrario a los valores jurídicos consagrados en el ordenamiento. Dejará de ser antijurídico si, v.gr. ejerce un derecho. El caso típico es quien paga una obligación pecuniaria contraída en moneda extranjera con moneda nacional (art. 6o. de la Ley de la Moneda) (4).

Vemos entonces que lo que aquí se analiza es un fenómeno de impedimento contra la eficacia de un contrato debido a la inactualización de la situación jurídica (de necesidad) del obligado.

El incumplimiento se puede clasificar en dos grandes categorías:

a) Un incumplimiento propio (o absoluto) y sucede cuanto el obligado, con su comportamiento, ataque o vulnere la esencia misma de su situación jurídica. Esto sucede, v. gr. en las obligaciones de no-hacer, si el obligado hace lo que tenía prohibido (art. 700 CC) Deberá

(2) Sobre el concepto de "Comportamiento" se sigue el planteamiento de PPérez, Víctor. Hechos jurídicos. Revista Judicial No. 10, diciembre de 1978. San José, pag. 67, donde se le define como "toda actitud física del sujeto en cuanto no esté físicamente necesitada por la realidad externa y eventualmente en cuanto el poder de influir sobre esta realidad".

(3) Puig Peña, Federico. Tratado de Derecho civil español. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1951 tomo IV pág. 198; Pérez, Víctor. Patología Negocial. Revista Judicial No. 8, junio de 1978. San José pág. 147 y ss.; Baudrit, Diego. Teoría general del contrato. Editorial Juricentro. San José, 1982.

(4) Puig Peña, Federico supra nota 3, pág. 200; Pérez Vargas, supra nota 3, pág. 147; Baudrit, supra nota 3, pág. 82 y 83.

pagar daños y perjuicios por resolución del vínculo.

b) La segunda gran categoría se conoce como cumplimiento impropio (o relativo) y se da cuando el deudor viola el principio de identidad del pago (5), por lo que se trata de una disconformidad entre la prestación prevista al perfeccionarse el contrato y la que efectuó el obligado, que si bien cumple, cumple defectuosamente. Este es el caso que nos ocupa y cuyos efectos se verán luego.

c) Parte de la doctrina incluye una tercera categoría de incumplimiento según la cual no hay cumplimiento al momento previsto pero nada obsta para que se pueda llevar a cabo tardíamente, con la consiguiente responsabilidad de daños y perjuicios causados con la mora (6). Pareciera que esta tercera categoría es una combinación de las dos primeras porque se trata de una hipótesis en la que no hay cumplimiento del todo (ni siquiera defectuoso) pero no se trata de un incumplimiento total (sub a) sino relativo (sub b) porque el acreedor todavía puede ver satisfecho su interés mediante el mismo cumplimiento previsto (7) más el pago de daños y perjuicios causados por la mora solvendi.

Al hacer clasificaciones, se debe tener en mira un interés que vaya más allá del mero relieve académico. La función de la clasificación, al menos en el estudio del Derecho, es determinar qué régimen jurídico se aplica frente a determinado caso concreto según su naturaleza jurídica, de ahí la anterior clasificación: en el primer caso, el contrato se resolverá en daños y perjuicios (art. 700 CC); en el segundo, el acreedor puede escoger entre la ejecución forzosa a la resolución contractual (v. art. 692 en relación con el art. 695 CC) y en el tercero, el acreedor puede exigir el cumplimiento con el correspondiente resarcimiento, razón por la cual, al menos por su función (no así en su estructura) esta tercera hipótesis es encuadrable en la segunda.

El objeto de análisis del presente estudio es, en concreto, la segunda hipótesis, esto es, aquella que prevé un cumplimiento que no se ajusta a lo previsto por lo menos por el acreedor al momento de concluirse el contrato. Al respecto se ha dicho: "... en general puede decirse que hay incumplimiento inexacto en el caso de que la prestación efectuada no posea los requisitos subjetivos y objetivos que son idóneos para hacerla coincidir con el objeto de la obligación y para satisfacer el interés del acreedor." (8)

En síntesis, se puede decir que el incumplimiento contractual es una conducta antijurídica, que viola lo establecido por una obligación pre-existente (de origen contractual) atentando por ello contra el principio de identidad del pago en un caso o impidiendo la actualización de la eficacia del contrato en un todo, en el otro caso. Pero sea cual sea el tipo de incumplimiento que se dé, hay un efecto común a las tres hipótesis planteadas que nace en virtud del principio de responsabilidad civil y es el de resarcir los daños y perjuicios causados por el deudor originados por su conducta que no se ajusta a los valores jurídicos establecidos objetivamente por el ordenamiento.

Así que, independientemente de que no se pueda cumplir del todo (art. 700 CC); de que se incumplió del todo (pero puede cumplirse aunque sea tardíamente), quien incumplió tiene la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados con su comportamiento. Así, se establece el principio de que sólo se indemnizan los daños directos, pero también se resarcirán tanto el daño emergente como el lucro cesante (9).

(5) Puig Peña. Compendio de Derecho Civil español. Ediciones Pirámides. S.A. Tercera edición. Madrid 1976 Tomo III, pág. 296.

(6) Puig Peña, supra nota 3, pp 197, 198; Castán Tobeñas. Derecho Civil español, común y foral. Instituto Editorial Reus. Novena Edición, Madrid, 1958, tomo III, pág. 148; Puig Brutau, José. Fundamentos de Derecho Civil. Editorial Bosch. Segunda edición Barcelona, 1976. Tomo I, Vol. II. pág. 484.

(7) Puig Brutau, nota anterior, pág. 484.

(8) Casación: No. 127 de las 14 hrs, 20 min. de 25 de octubre de 1973 en Rodríguez Martínez y Zamora Espinoza. El incumplimiento contractual. Tesis de grado. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 1982, pág. 22.

(9) Baudrit, supra nota 3, pp. 83, 84.

En el caso comentado, los demandados cumplen con sus obligaciones, pero cumplen defectuosamente porque no se ajustan en un todo a lo establecido en el contrato original de obra. Se trata, pues, de una obligación de hacer no personalísima no cumplida fielmente, a que le son aplicables las disposiciones correspondientes. Pero surge un obstáculo para aplicar las normas a que se hacen mención en el voto de mayoría de Casación, que será visto posteriormente.

Cumplida defectuosamente una obligación, al acreedor le surgen tres caminos a seguir desde el punto de vista de la pretensión procesal: puede negarse a recibir el pago, aceptarlo tal y como lo efectúa el deudor sin ningún tipo de protestas (y menos, por tanto de reserva) con lo que se opera la eficacia extintiva de la obligación; o aceptar el pago con protesta, esto es, aceptar la casa pero que también se le indemnice. Aunque esto pertenece al aparte II-3, se adelanta la opinión personal: de conformidad con lo que expone el Magistrado GUZMAN, lo que realmente ocurrió en el caso concreto fue lo siguiente:

— PRIMERO: efectivamente, hubo cumplimiento defectuoso porque lo hecho no se ajustaba a la programación de intereses inicial.

-- SEGUNDO: en virtud, un pacto adicional entre las partes durante la etapa de ejecución del contrato, se convino que los actores pagarían mil quinientos colones al momento de entrega de la obra si se recibía a su entera satisfacción (10), pago que hicieron espontáneamente, esto es, sin necesidad de interpelación.

Con lo anterior, ya se puede ir deduciendo la posición que se tomará en el segundo aparte II-3.

2. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO.

Todo comportamiento jurídico produce consecuencias también en el mundo del Derecho. En materia contractual, v. gr. el efectivo cumplimiento de la prestación es un comportamiento del deudor que extingue la obligación y da lugar a un estado de libertad jurídica, que a su vez, fue extinguido y reemplazado por uno de sujeción al perfeccionarse el contrato. Así, el contrato vendría a constituirse en la figura jurídica primaria (supuesto de hecho) y las obligaciones y derechos de él nacidos serán las figuras jurídicas secundarias (efectos jurídicos) que son actualizados por el comportamiento de quienes ocupan las respectivas situaciones jurídicas. Ahora bien, esos efectos jurídicos actualizados pueden a su vez convertirse en parte de una figura primaria que da origen a una figura secundaria, si así se prevé en la norma. En nuestro tema concreto, el incumplimiento contractual, éste sólo puede surgir si anteriormente había un contrato válido que no despliega su eficacia normal por el comportamiento culpable del obligado. A su vez, el incumplimiento, como hecho jurídico que es, tiene su propia eficacia, esto es, produce sus propios efectos jurídicos, en particular en los contratos sinalagmáticos, de poder para la parte no incumpliente. (11).

Estos efectos jurídicos ocasionados por el incumplimiento son precisamente el objeto de análisis del presente apartado, para lo cual debemos delimitar el campo en el que nos estamos moviendo según la sentencia comentada: se trata de un contrato de obra (así lo califican las partes y los jueces-incluyendo Casación-) que ha sido cumplido de modo diferente al previsto en el negocio. Por lo tanto, y a un nivel más general, es un contrato bilateral: hay prestaciones y contraprestaciones y unas encuentran su causa en las otras, de modo tal que las partes son, al mismo tiempo, deudor y acreedor de su contraparte. Incumplido un contrato bilateral (una de las partes no cumplió con lo que le correspondía) en la forma vista en el caso Benett vs. Bartorelli, la parte puede presentar ante el órgano jurisdiccional dos pretensiones básicas: a) la ejecución forzosa (se trata de una obligación de hacer no personalísima);

(10) V. CAS. en comentario, pag 920 Rodríguez Martínez y Zamora Espinoza, supra nota 8, pág. 24. También sobre este aspecto, cfr. "... el problema del cumplimiento defectuoso ...se produce... cuando el acreedor recibe la prestación defectuosa, pero hace protesta... de que tiene ese carácter" Puig Brutau, supra nota 6, pág. 507.

(11) Pérez. Víctor. supra nota 3, pág. 54.

o b) la resolución del contrato que fue afectado, ambos con la posibilidad de obtener una sentencia favorable en cuanto a daños y perjuicios, si estos se produjeron.

a) EJECUCION FORZOSA.

Nos encontramos, como se dijo anteriormente, frente a una obligación de hacer cumplida defectuosamente (desde el punto de vista del principio de identidad en el pago). También se dijo (y fue una de las primeras afirmaciones) que el incumplimiento es un comportamiento antijurídico. Desde que es antijurídico altera negativamente un valor del ordenamiento: la responsabilidad civil, razón por la cual el mismo ordenamiento le impone una sanción al deudor incumpliente, tanto para proteger sus propios valores, como para proteger los intereses jurídicos en juego en la relación contractual; en este caso, el de la parte no incumpliente, que tiene derecho a que esos intereses se vean satisfechos, si no por la voluntad espontánea del obligado, sí por la vía coactiva estatal y por otro sujeto, pero a cuenta del incumpliente (art. 696 CC), ambas hipótesis factibles en el caso concreto por el tipo de obligación que se contempla.

De esta forma, los efectos esperados por el no-incumpliente en el contrato, pueden todavía llegar a actualizarse, pero ya por un comportamiento determinado por una resolución judicial, o bien por otro sujeto, pero a cargo del condenado en la sentencia. Así, si el "facere" de la obligación es lo que parte de la doctrina llama "facere fungible" (12) el resultado no presenta mayores problemas: La pretensión principal consistirá en pedirle al juez que se condene al demandado a hacer lo que debía, al tenor de lo establecido originariamente.

Ahora bien, la coercibilidad de una sentencia condenatoria en ese sentido no es absoluta. Desde luego, el juez condenará al deudor a efectuar el contrato (por supuesto si la demanda procede según las pruebas presentadas por el actor, pero ya esos son aspectos procesales), pero por respeto a la libertad individual del deudor, no se le puede obligar por la fuerza física a ajustarse a la condena. En tal caso, el actor siempre tendrá derecho a pedir que los trabajos programados en el contrato sean llevados a cabo por otro sujeto idóneo. En el caso concreto, por otro constructor porque el objeto del contrato, la casa, no requería de un facere infungible, sino que se trataba de uno fungible. El trabajo desempeñado por este segundo constructor, hipótesis que supone la no cooperación del deudor incumpliente y que satisfará de igual modo el interés objetivo del acreedor, se hará por cuenta y riesgo del condenado en sentencia. Por eso se puede afirmar que se trata de una ejecución forzosa, porque la paga el obligado, pero hay cierta subrogación (13) o sustitución o la ejecución correcta de la prestación por parte del sujeto encargado. De esa forma, ya sea por la acción personal del obligado, ya sea porque se encargue a otro la ejecución de prestación, siempre tendrá el deudor la posibilidad (bastante probable) de ver su interés satisfecho y sólo eventualmente tendrá que contentarse con la prestación del "id quod interest" (el equivalente de aquella utilidad que le hubiera reportado el cumplimiento de la obligación en forma específica), esto es, el cumplimiento por equivalente (14).

No obstante, este cumplimiento forzoso en las obligaciones de hacer (aún en las de hacer fungible) tropieza con el principio "nadie puede obligar por la fuerza a los hechos" (en materia puramente civil) y porque en la práctica ofrece bastantes dificultades, pero no por eso se desvanece la regla general anteriormente esbozada: el acreedor tiene derecho a que sea el deudor quien sea condenado a ejecutar la prestación ya sea directamente con su propia actividad, y sea por medio de otro, pero a cuenta y riesgo propio. Como excepción se conformará con el equivalente.

(12) Betti, Emilio. Teoría General de las obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1970. Traducido por de LOS MOZOS. Tomo II pág. 483; Messineo. Francisco. Derecho Civil y Comercial. Editorial EJE. Buenos Aires. Traducido de Sentis Melendo. 1979. Tomo IV pág. 240.

(13) Betti, supra nota anterior.

(14) Messineo, supra nota 12, pág. 240.; Castán, supra nota 6, pág. 170. (El caso típico son las obligaciones intuitu personae); Puig Brutau, supra nota 6, pág. 517; Brenes Cordoba, Alberto. Tratado de las obligaciones. Editorial Juricentro. Cuarta edición. San José, 1977, pág. 71; Baudrit, supra nota 3, pp. 80 y 81.

Lo primero (ejecución forzosa) es lo que pretende el demandante, pero luego agrega que "en caso que ellos (los demandados) se opusieran a hacer... las reconstrucciones y reparaciones... deben ser obligados a reparar los daños causados... pagando... el valor de los materiales, mano de obra y trabajo de dirección..." (15) por lo que, no de modo subsidiario, sino incluida en la pretensión principal piden la ejecución de la prestación, pero ahora de modo indirecto (por medio de otro y a cargo de los demandados). De otro lado, en la reconvencción los contrademandantes piden el pago del precio de la obra (obligación de dar) porque consideran que ellos sí cumplieron.

En síntesis, no cumplida la prestación del todo o cumplida de modo diverso, se puede pedir que se condene al demandado a que cumpla con lo prometido (si todavía es posible) y obtener autorización para ejecutarlo a costa del incumpliente, y de no ser posible nada de lo anterior, obtener como se dijo antes, una ejecución por equivalente.

b) RESOLUCION

La otra posibilidad que surge de incumplimiento es la resolución. Pero debe destacarse que el fenómeno de la resolución sólo procede cuando, en presencia de un contrato válido debidamente perfeccionado, un comportamiento de las partes posterior a esa perfección altera de modo tal las relaciones entre ellas tal como se habían constituido originariamente, que el vínculo no puede continuar existiendo por una perturbación grave en el normal desarrollo (ejecución) del contrato. De esta forma se afecta también la programación de intereses de las partes, porque una de ellas, con su comportamiento antijurídico impide de modo total que el contrato despliegue sus efectos tal y como lo habían previsto los contratantes. Se trata, por tanto, de la situación en que se encuentra un contrato válido, pero ineficaz. Ahora bien, si se pide la resolución esa ineficacia se convierte en definitiva y el contrato nunca llegará a desplegar sus efectos, situación en la que sí se encuentra el contrato respecto del cual se pide la ejecución forzosa (16).

Ahora bien, si el contrato es bilateral, y el de obra lo es, se da una interdependencia entre las prestaciones y contraprestaciones de tal modo, que se considera que las unas son causas de las otras. Por eso, si una de las partes no realiza lo que le corresponde, autoriza a la contraparte hacer lo mismo, porque su contraprestación ya no tiene causa jurídica. De ahí que se diga que la resolución opera como un remedio en beneficio del contratante que no ha incumplido su parte del negocio, impidiéndose con ello que quien no incumpla se vea obligado a soportar un sacrificio patrimonial sin compensación (o por lo menos con compensación adecuada). Al verse de tal modo frustrados sus legítimas aspiraciones, el ordenamiento prevé esta institución (17).

Respecto de la legitimación para pedir la resolución debe aclararse que sólo la puede pedir quien no ha incumplido con sus propias obligaciones, porque de haberlo hecho, estaría en la misma situación de necesidad en la que se encuentra el incumpliente razón por la cual la contraprestación tampoco tendría causa. Es algo parecido a lo que ocurre en materia de divorcio, al momento de liquidar los gananciales, si ambos cónyuges son culpables: ninguno de los dos puede pedir que el otro pierda su participación en los gananciales (art. 41, parr. primero a contrario, C. Familia).

Por lo anterior, el incumpliente que intenta una pretensión de cumplimiento forzoso contra la contraparte también incumpliente tropezará, muy probablemente, con la exceptio non adimpleti contractus, excepción cuya base legal se encuentra en el art. 692 CC., disposición que a su vez regula la cláusula resolutoria sobreentendida. (18).

Con la resolución, los efectos del contrato se ven definitivamente impedidos, mientras que con la exceptio non adimpleti contractus la eficacia contratual se ve solo suspendida,

(15) Extremo 9º de la petitoria, en el resultando primero, pág. 911.

(16) Messineo, supra nota 12 pág 522.

(17) Idem, pág. 523; Baudrit, supra nota 3, pp. 86 y 87.

(18) Pérez, supra nota 3, pág. 149; Baudrit, supra nota 3, pp 88 y 89; Brenes Córdoba, supra nota 14 y pp 84 y 85; Messineo, supra nota 12 en relación con la nota anterior.

pendiente, pero todavía es susceptible de ser actualizada, para lo cual basta que una de las partes cumpla con su prestación para que ella misma pueda pedir lo correspondiente, porque al cumplir sus propios deberes se le está dando vida a la causa de la contraprestación. Por eso se dice que esta excepción es sólo temporal (19).

Ahora bien, se sabe que, desde el punto de vista procesal, la resolución no opera ipso iure, sino que hace falta un fallo judicial en ese sentido para que se tenga por resuelto el contrato, razón por la cual un particular no puede tener por resuelto un contrato si la contraparte no ha cumplido, y de ahí también el art. 692 CC.

c) LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

Con el incumplimiento contractual surge la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por el comportamiento culpable del deudor.

En el caso de que el incumplimiento sea absoluto o propio, según la clasificación que se dio anteriormente, el *id quod interest* o pago de daños y perjuicios será más bien el cumplimiento de obligación contractual originalmente contraída, no ya en natura, sino como prestación por equivalente. El que se cita como ejemplo típico es el de las obligaciones personalísimas: si el obligado incumple una obligación de este tipo, el contrato se resolverá en daños y perjuicios, por lo que el incumplimiento será total. (art. 700 CC)

En el incumplimiento impropio, aún con una prestación defectuosa, e incluso en el caso de cumplimiento moroso, también surgirá la obligación de la indemnización. En estos casos, el resarcimiento no será ya la prestación por equivalente, sino que consistirá en el pago de daños y perjuicios ocasionados por el mal proceder según los términos de la prestación establecida en el contrato, aparte de la efectiva ejecución forzosa de la prestación proyectada si aún es posible. Este es el caso en comentario. Los actores piden la indemnización de los daños y perjuicios causados aparte de la ejecución in natura.

Así, se definen los daños como la pérdida que sufre el acreedor en virtud del menoscabo que sufren los bienes y derechos de una persona, tanto lo que son susceptibles de valoración económica exacta y precisa, como los que no son por referirse a aspectos de orden personal estrictamente. Se distinguen, en razón de lo anterior, en daños patrimoniales y los daños morales o personales en sentido estricto. Se define perjuicio como la lesión que sufre una expectativa patrimonial. Se puede establecer con base en la comparación entre lo presente y lo futuro. Consisten en una situación que se esperaba, que no ocurrió por el incumplimiento, por lo que no pasó de ser una simple expectativa. (20)

Es necesario señalar que los daños surgidos deben ser consecuencia directa de la culpa del incumplimiento, y no de "la acción de los vientos", como ocurrió en el caso en comentario, con el problema que presentaba el viento en el techo. "En la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban necesariamente causarse" (art. 704 CC). En el ordenamiento costarricense esta obligación prescribe junto con la obligación cuya falta de cumplimiento la produce (art. 707 CC) (21)

Para que los daños y perjuicios puedan reputarse jurídicamente existentes, se precisa que sean ciertos, actuales y que afecten un derecho subjetivo. Además, el actor corre con el *onus probandi*, según lo establecido en los artículos 719 CC. y 208.5 del Código de Procedimientos Civiles, que como parte de la pretensión, deben ser probados.

3. SOBRE EL INCUMPLIMIENTO CONSENTIDO (A MODO DE OPINION PERSONAL)

Para comenzar el presente apartado, hay que recordar que se está en presencia de los

(19) Baudrit, *supra* nota 3, pp. 89 a 91.

(20) Amador Hernández, Manuel. Nociones elementales de la responsabilidad civiles extracontractuales. Revista Judicial No. 16. Marzo 1980. San José, 1980, pág. 94-95.

(21) Messineo, VI, *supra* nota 12, pág. 258; Amador, *supra* nota 20, pág. 95.

derechos patrimoniales, donde rige el principio general de que pueden ser renunciados, salvo que la ley disponga lo contrario (v. gr. 154 CF) o que las mismas partes así lo estipulan, también con las limitaciones de ley, orden público, derechos de terceros, etc. (art. 28 Const. Pol. Principio de autonomía de la voluntad).

Ahora bien, sentada la anterior premisa, debemos determinar la naturaleza del contrato firmado entre Bennett y Bartorelli. Se trata, como expresan las partes al citar los textos legales tanto en la demanda como en los respectivos recursos (de apelación y casación) de lo que el Código Civil costarricense llama "contrato de obras por ajuste o precio alzado" (arts. 1183 y ss. CC). No es la intención de este análisis profundizar sobre este contrato en especial, sino sólo dar una visión a grosso modo del asunto para facilitar la solución del litigio Bennett vs. Bartorelli.

Para empezar, sería bueno ver la nota esencial que caracteriza este tipo de convenio, y es el hecho de que su prestación (que tiene como contraprestación la entrega de una cantidad de dinero) consiste en un resultado de trabajo que se denomina "opus", de ahí su nombre. Es por lo tanto, una obligación de resultado. Cabe aclarar aquí que la obra puede ser material o intelectual, pero el C. Civil costarricense sólo prevé el primero, conclusión a que se llega de la lectura de las disposiciones mencionadas.

Este contrato se define como aquel contrato bilateral, en virtud del cual un sujeto (el contratista) promete a otro (que resulta ser la contraparte, denominado comitente) un "resultado" (opus) que consiste en la transformación de materias (en el caso concreto, construcción de una casa) cuyo riesgo asume y que el ordinario el segundo no puede llevar a cabo por necesitarse una cierta habilidad y conocimientos técnicos por parte del contratista.

Lo que aquí interesa es exponer un concepto de contrato de obra para ir aclarando el panorama. Nótese que la contraprestación, por ser una suma de dinero, es divisible y susceptible de ser pagada por cuotas, hipótesis que se cumplió, porque Bennett y la coactora Coffey Anaya se comprometieron a cumplir su obligación por partes, pero esos pagos cumplen una doble función: son el cumplimiento de las obligaciones contractuales que le corresponde al comitente (en este caso los señores Bennet) e implican aprobación de lo hecho hasta el momento por los señores Bartorelli y Benedetti, porque en los contratos bilaterales (en este campo nos movemos) si la prestación no ha sido cumplida o ha sido cumplida pero de modo deficiente la contraprestación no tiene por qué ser cumplida, porque no tiene causa. En el caso concreto: el pago de una cuota determinada en el transcurso de la obra es cumplimiento de la obligación del comitente y aprobación de lo hecho hasta ese momento por el contratista. Incluso, se había celebrado un convenio adicional (Resultando I, 7o) en el que las partes acordaron que el comitente pagaría al contratista la suma de mil quinientos colones si, terminada, la obra satisfacía los intereses del primero. Esa suma fue efectivamente pagada, comportamiento manifiesto que daba a entender que la obra fue aprobada por el contratista. Esta conclusión lógica se ve reforzada si se considera que los comitentes actores enviaron un memorial al Banco Nacional de Costa Rica con fecha de 8 de mayo de 1939, en el que expresaban su conformidad con los trabajos ejecutados por los contratistas demandados.

Este tipo de contrato presenta una peculiaridad en lo que se refiere a la aprobación de lo hecho, y es que, de acuerdo con la definición dada anteriormente, las obras generalmente son llevadas a cabo por el contratista por poseer éste una serie de conocimientos o habilidades que el comitente no posee. Por eso, al momento de recibir el opus, se hace necesario que un perito en la misma material que el contratista, imparcial, examine la obra minuciosamente para determinar si ésta reúne los requisitos técnicos esenciales y por otro lado, si reúne los requisitos establecidos en el contrato que dió origen al opus. Esto se conoce con el nombre de "aprobación pericial" (22). En el caso en análisis las partes están de acuerdo en un hecho fundamental y es que los contratistas no cumplieron su obligación según lo convenido en el contrato. Esto es la base de la demanda, precisamente. El problema que se presenta para los actores es el siguiente: ellos tendrían, en condiciones normales, derecho que los contratistas se ajusten al contrato al momento de cumplir su obligación. Este derecho es patrimonial, va-

(22) V. Messineo, V. pp 196 y ss., en especial la pág. 203; art. 1193 CC.

lorable desde el punto de vista pecuniario, (23) y por lo tanto, como se dijo al comienzo del apartado, renunciable por su titular. Esa renunciabilidad, se puede decir, que también significa modificabilidad; esto es, que el derecho a la prestación según el contrato es renunciable (lo más) pero el titular del derecho, si el obligado cumple una prestación alterada respecto a los términos del contrato, puede aceptar ese cumplimiento deficiente (lo menos). En otras palabras: hubo un cumplimiento defectuoso (violación al principio de identidad en materia de obligaciones), pero ese cumplimiento fue aceptado por los comitentes (24).

Por otro lado, se puede argumentar que por tratarse de una construcción, está en juego el orden público y que por tanto los comitentes no están legitimados para aceptar un cumplimiento defectuoso. A lo anterior se opone lo siguiente: el ing. Orozco, perito que aprobó la obra para los comitentes, declara que la obra no presente ningún efecto técnico y que unos problemas que presentaba el techo no eran consecuencia del cumplimiento defectuoso, sino de la acción de los vientos (25). En otras palabras, la obra, desde el punto de vista puramente técnico, estaba bien construida, así que los comitentes si podían aceptar las modificaciones introducidas por los constructores de la obra, sin perjudicar el orden público. Estas modificaciones no alteraban la casa desde el ángulo técnico.

Es interesante hacer destacar lo que afirma la doctrina al respecto: el constructor responde de las diversidades o vicios de la obra. Pero esa responsabilidad no nace si el comitente recibe la obra sin protestas, esto es, la acepta, conociéndolas (o debiéndolas conocer), como ocurrió en este caso concreto, con la intervención del ing. Orozco (26)

De la lectura de la sentencia se desprende que la casa fue aceptada como buena por los comitentes: primero, según lo convenido, éstos pagarían mil quinientos colones como señal de aprobación. Esa suma fue entregada; segundo, unilateralmente, los comitentes nombraron al ing. Orozco para que éste examinara la casa y su informe aprueba lo hecho por los constructores, no según lo establecido en el contrato, sino según las reglas de la "lex artis". Tercero, los comitentes expresamente muestran su conformidad con lo hecho en carta enviada al BNCR el 8 de mayo de 1939. Hay por lo tanto tres elementos probatorios bastante confiables, que indican que hubo cumplimiento defectuoso pero que ese cumplimiento fue aceptado por los comitentes Bennett. "...como los contratistas, no obstante sus promesas, no seguían los trabajos de construcción de acuerdo con las estipulaciones del contrato, mediante la intervención del Licenciado Anderson, celebraron el pacto adicional (un cuarto elemento probatorio de aceptación) de veintiocho de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, en el que se comprometieron a pagar a los empresarios el saldo de doce mil quinientos colones, mil quinientos en el acto de recibir a su entera satisfacción la obra contratada y quinientos mensuales a partir de dicha entrega..." (27)

En vista de lo anteriormente expuesto, hay razones suficientes para adherirse en un todo al criterio dispositivo y considerativo del magistrado Guzmán y a su voto salvado. Nos encontramos simplemente, frente a un caso de incumplimiento defectuoso que fue aceptado por el acreedor, en lugar de rechazarlo y exigir su exacto cumplimiento. El ordenamiento lo respaldaba en ese sentido, negarse a celebrar el convenio adicional ante el notario Anderson y desde un principio, apenas hubiese notado inconformidades entre lo estipulado y lo efectivamente hecho por los contratistas, denunciarlas y exigir el fiel cumplimiento del contrato de obra (art. 696 y ss. CC.).

(23) Recuérdese que al contrato es un negocio jurídico que se caracteriza porque presenta acuerdo de voluntades (por lo que en él participan por lo menos dos sujetos) y patrimonialidad V. Pérez Vargas y Umaña Rojas, Ana Lorena. Elementos del negocio jurídico. En Revista Judicial No. 12, junio de 1979, San José, pág. 61.

(24) Aprobación pericial, memorial al Banco Nacional de 8 de mayo de 1939, pago de \$1500,00 al terminar la obra, etc.

(25) V. pp. 920 y 921 del tomo II de 1942, donde se encuentra la sentencia en comentario.

(26) Massineo, V. supra nota 20, pag 204, en especial punto e)

(27) Voto salvado del magistrado G. Guzmán, pag. 920, el paréntesis así como y el subrayado aparece en el original.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Amador Hernández, Manuel. Nociones elementales de la responsabilidad civil extracontractual. Revista Judicial. No. 16. Marzo 1980. San José, 1980.
 - 2.- Baudrit Carrillo, Diego. Teoría General del contrato. Editorial Juricentro. San José, 1982.
 - 3.- Betti, Emilio. Teoría General de las obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1970. Trad. por De Los MOZOS. Tomo II.
 - 4.- Brenes Córdoba, Alberto. Tratado de las obligaciones. Editorial Juricentro. Cuarta edición. San José, 1977.
 - 5.- Castán Tobeñas, José. Derecho Civil español, común y foral. Instituto editorial Reus. Novena edición. Madrid, 1958. Tomo III.
 - 6.- Messineo, Francisco. Derecho Civil y Comercial. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Trad. de Sentis Melendo. Tomos IV, V, VI. 1979.
 - 7.- Pérez Vargas, Víctor y Umaña Rojas, Ana Lorena. Elementos del negocio jurídico. Revista Judicial No. 12, junio de 1979. San José.*
 - 8.- Pérez Vargas, Víctor. Hechos Jurídicos. Revista Judicial No. 10, diciembre de 1978. San José.
 - 9.- Pérez Vargas, Víctor. Patología negocial. Revista Judicial No. 8, junio de 1978. San José.
 - 10.- Puig Brutau, José. Fundamentos de Derecho Civil. Editorial Bosch. Segunda edición. Barcelona, 1976. Tomi I, vol II.
 - 11.- Puig Peña, Federico. Tratado de Derecho Civil Español. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1951. Tomo IV.
 - 12.- Puig Peña, Federico. Compendio de Derecho Civil Español, común y foral. Ediciones Pirámide, tercera edición, Madrid, 1976, Tomo III.
 - 13.- Rodríguez Martínez y Zamora Espinoza. El incumplimiento contractual. Tesis de grado. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, 1982.
- * Apenas mencionado.

CRITERIOS PARA ACORDAR AUMENTOS DEL PRECIO EN EL INQUILINATO

*Trabajo presentado al Dr. Diego Baudrit Carrillo
Derecho de la Contratación Privada II
por Roberto Gamboa Chaverri*

Plan:

- I. Criterios que cotemplan la Ley de Inquilinato y la doctrina
 - A. Breves consideraciones sobre el precio y casos en que puede aumentarse
 - B. Algunos criterios para aumentar el precio que prevén la Ley de Inquilinato y otros cuerpos legales
 - C. Nociones generales sobre tasación de inmuebles
- II. Criterios para aumentar el precio que se desprenden del estudio de expedientes judiciales
 - A. Criterios que sustentan arrendante e inquilino
 - B. Peritajes
 - C. Criterios que toman en cuenta los órganos jurisdiccionales.

Nuestra actual Ley de Inquilinato prevé, en su artículo 13, la posibilidad de que sea fijado judicialmente el monto del alquiler; sin embargo, no establece criterios determinados con base en los cuales pueda el Juez especificar dicho monto. Ante tal situación, solo dos caminos nos quedan para efectos de determinar tales criterios: uno de ellos sería dirigirnos a las fuentes doctrinales especializadas en materia de tasación de inmuebles, que por sí solo es poco práctico y lejano de la realidad imperante en nuestro medio. El otro camino a seguir consiste en recurrir al examen de incidentes de aumento de alquiler tramitados en nuestros Tribunales, para extraer de ellos los criterios que en la práctica judicial se han establecido.

La presente disertación contempla ambas vías, pero da mayor importancia a la segunda, pues para efectos prácticos, es ésta la que más nos interesa y la que mejor refleja las orientaciones seguidas por los órganos jurisdiccionales.

Por las razones mencionadas, éste estudio es eminentemente práctico, de ahí que sea necesario hacer una serie de precisiones. Se analizan expedientes judiciales comprendidos dentro del período que va de 1979 a 1983; sin embargo, se citan resoluciones judiciales de años anteriores que consideramos importantes para lograr una idea más clara del problema. Además solo contempla incidentes de aumento de alquiler de inmuebles situados dentro del área metropolitana (San José y sus alrededores). Trata de tomar en cuenta todos los tipos de inmuebles que caen dentro del régimen del inquilinato: casas de habitación, locales comerciales, oficinas para profesionales, locales de mercado, bodegas y hoteles. En su elaboración se consultaron expedientes en cinco de los seis Juzgados Civiles del Circuito Judicial de San José, a efecto de contar con una visión más global del asunto.

El plan de trabajo se divide en dos capítulos o secciones.

El primero tiene un simple carácter introductorio y su propósito radica en fijar el marco doctrinal y sobre todo legal, dentro del cual se desenvuelve la presente disertación, por ello éste es muy breve. En él se hacen someras consideraciones doctrinales sobre el tema y fundamentalmente se tratan de analizar los criterios que prevé la Ley de Inquilinato.

El capítulo segundo es el más importante ya que tiene por objeto desentrañar los criterios que en general se invocan -en vía jurisdiccional-, para acordar aumentos en el precio del arrendamiento. Creemos que la forma más completa de mostrar esos criterios, es recurriendo al análisis tanto de las resoluciones judiciales como de los peritajes, inspecciones oculares y escritos presentados por las partes.

I. CRITERIOS QUE CONTEMPLAN LA LEY DE INQUILINATO Y LA DOCTRINA

A. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL PRECIO Y CASOS EN QUE PUEDE AUMENTARSE.

La doctrina clásica del Derecho Civil, considera el precio como uno de los elementos fundamentales del contrato inquilinario; de faltar, dicho contrato sería nulo.

El carácter especial y de contenido hondamente social, que inspira a las legislaciones inquilinarias, afecta necesariamente al precio, que en ocasiones es fijado legalmente, es decir, se impone a las partes una cifra máxima que no pueden exceder o se prohíbe el aumento de la renta que paga el inquilino durante un lapso determinado. Indudablemente las situaciones anteriores, imponen restricciones al principio de autonomía de la voluntad a la hora de fijar el monto del alquiler.

En nuestro país, si bien en un principio se limitó la posibilidad a las partes para determinar o convenir el precio libremente, estableciéndose porcentajes máximos por encima de los cuales no podía estar aquél, posteriormente esa limitación se eliminó, quedando arrendante e inquilino en posibilidad de convenir libremente la cuantía del precio. Es el párrafo final de artículo 12 de la Ley de Inquilinato, el que consagra la libertad de las partes para acordar la renta, con la única salvedad en lo que a casas para vivienda popular se refiere. La jurisprudencia nacional reiteradamente ha hecho notar la existencia de esa libertad de contratación respecto del precio.

En caso de que exista mutuo acuerdo de las partes, el precio en el inquilinato puede aumentarse en cualquier momento, y no existen limitaciones para ello. Así, perfectamente pueden convenirse aumentos periódicos o escalonados, incluso puede acordarse que el precio varíe en relación con el tipo de cambio oficial del colón con respecto a una moneda extranjera.

Cuando no se pueden poner de acuerdo las partes sobre el monto del precio, se recurre a la fijación judicial del mismo; y es aquí cuando entran en juego las reglas del artículo 13 de la Ley de Inquilinato. Una vez determinado judicialmente el alquiler, no pueden promoverse nuevamente diligencias de aumento, sino hasta cinco años después (otros cuerpos legales extranjeros fijan plazos iguales; así, el artículo 104 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de España fija también cinco años, la Ley de Regulación de Alquileres de Venezuela establece el plazo de tres años). Es con respecto a éste extremo que se produce todo el problema de los

criterios que han de tomarse en cuenta al momento de fijar judicialmente la renta justa.

B. ALGUNOS CRITERIOS PARA AUMENTAR EL PRECIO QUE PREVEN LA LEY DE INQUILINATO Y OTROS CUERPOS LEGALES

La Ley de Inquilinato no establece en forma taxativa, cuales son los criterios de que ha de valerse el juez para fijar judicialmente el alquiler. Sin embargo, de su lectura se desprenden una serie de factores que podrían servir de pautas para la determinación. El artículo 11 habla de la inversión hecha por el arrendante en reparaciones y del aumento de impuestos municipales por obras tales como pavimentación de calles y similares.

Los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 12 se refieren al valor que tiene el inmueble en la Oficina de Tributación Directa, siendo éste un criterio básico para efectos de establecer el alquiler; sin embargo, jurisprudencia reiterada ha manifestado que estos párrafos quedaron derogados por la reforma que sufrió la ley en 1971. Lo mismo puede decirse del inciso 4 que contempla el aumento del precio por la elevación del impuesto territorial como consecuencia de reavalúos.

La última adición que sufrió la Ley de Inquilinato en el año 1979, prevé en sus artículos 18 y 19, una serie de circunstancias que de darse en casas de habitación o apartamentos, otorgan la posibilidad al inquilino de no pagar el precio del arrendamiento. Los mencionamos, pues creemos que en caso de que se promuevan diligencias de aumento de alquiler y se constate una de esas circunstancias, el juez deberá hacer de oficio el requerimiento de que habla el artículo 20. También debe destacarse el hecho que en el artículo 19 al arrendante se le impide alegar las refacciones o adiciones, para efectos de lograr un aumento de precio.

Viene a ser el artículo 13 párrafo 2, el que soluciona el problema de la falta de criterios en la ley, al permitir al juez fijar la renta con base en los elementos de prueba que sean adecuados para ello.

El Código Civil, en su artículo 1127, establece como criterio para aumentar el precio, la existencia de un aluvión de importancia, que venga a extender la superficie arrendada. También contempla la estimación del precio por peritos, cuando el arrendatario así lo pida en casos de desacuerdo respecto del precio convenido. Debe recordarse que estas últimas consideraciones del Código Civil, no están referidas directamente al inquilinato, sin embargo, nos pareció interesante consignarlas.

En el Proyecto de Ley de Inquilinato, actualmente en estudio en la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa (1), se trata la fijación judicial del precio en los artículos 14 y 15, en forma similar a la que prevé el artículo 13 de la Ley de Inquilinato vigente. Interesa destacar ciertos criterios que se pretenden consagrar en el articulado, y que están referidos a las tasas de inflación y a las variaciones sufridas por el poder adquisitivo de la moneda. También se establece para fijar el nuevo alquiler, que el Juez se estará a lo indique la "prudencia", criterio éste último que consideramos muy vago.

C. NÓCIONES GENERALES SOBRE TASACION DE INMUEBLES

La tasación tiene por objeto estimar el justo precio de una cosa, valiéndose de una serie de métodos y factores. Para tratar este apartado, nos vimos obligados a consultar bibliografía especializada, sumamente escasa en nuestro medio ya que las obras jurídicas solo tocan muy por encima la cuestión y generalmente, ni siquiera se refieren a ella. (2)

Los criterios o factores que en doctrina se toman en cuenta para tasar un inmueble son muchos y muy variados. La ubicación del edificio es uno de ellos, se atiende aquí, a la ciu-

(1) Proyecto de Ley de Inquilinato, publicado en "La Gaceta", No. 139 del 22 de julio de 1983, año CV. Proyecto No. 9693.

(2) LAPA L. (Eduardo). La Tasación de Inmuebles. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1976. Página 167 y siguientes. McMICHAEL L. (Stanley). Tratado de tasación. Buenos Aires, Editorial Labor S.A., 1949. Páginas 464 y siguientes.

dad, zona, barrio y cuadra en que se halla situado. Otro criterio se refiere a los factores de la construcción, agrupándose dentro de este renglón: las medidas de la edificación total y cada uno de sus aposentos, el tipo de edificio y la calidad de sus materiales, antigüedad y vida útil del edificio y finalmente su estado de conservación.

El destino que se le da al edificio también reviste importancia, sobre todo para establecer las utilidades que puede brindar el inmueble a su poseedor. La existencia en el edificio de los servicios básicos: agua, luz, teléfonos, acueductos, cloacas, también es factor determinante. Debe por último procederse a consultar los precios de construcciones cercanas, similares a la edificación que va a ser tasada.

II. CRITERIOS PARA AUMENTAR EL PRECIO QUE SE DESPRENDEN DEL ESTUDIO DE EXPEDIENTES JUDICIALES

A. CRITERIOS QUE SUSTENTAN ARRENDANTE E INQUILINO

Indudablemente, estos criterios son de carácter subjetivo, ya que ponen de manifiesto las razones que según las partes deben tomarse en cuenta para fijar la "renta justa". Sin embargo, no creímos correcto excluirlas a pesar del grado de parcialidad que encierran, ya que generalmente constituyen una guía de gran utilidad para la labor del perito y del órgano jurisdiccional.

A continuación exponremos los principales argumentos, en que fundamentan los arrendantes el aumento del alquiler, así como las razones que según los inquilinos deben tenerse en consideración para fijar una renta justa.

En la mayoría de los expedientes consultados, el incidente de aumento de alquiler se plantea poco después de la fecha en que se cumplió el término de cinco años que contiene el artículo 13 de la Ley de Inquilinato.

Cuestión bastante interesante, la constituye el hecho de que los inquilinos, en ninguno de los casos analizados, se opusieron a que les fuera aumentando el monto del precio, es más, estuvieron de acuerdo en que éste se les aumentara, pero nunca -y ello era de esperarse- aceptaron el precio que planteó el arrendante en el incidente por considerarlo excesivo, y en su lugar propusieron precios muy conservadores si se comparan con los que luego fueron fijados judicialmente.

Los arrendatarios sostienen que el precio del inmueble arrendado no responde a la realidad imperante, debido a los problemas inflacionarios que afectan la economía nacional. Piden aumentos del alquiler que oscilan entre un 100o/o, 300o/o, 500o/o y más, sobre el precio actual del arrendamiento, y ponen especial énfasis en el hecho de que la renta que se fije judicialmente, va a permanecer "congelada" en los siguientes cinco años.

Un aspecto en el que se presentan posiciones diversas por parte de los arrendantes, lo constituye el tomar en cuenta el mercado de alquileres de la zona en que se ubica el inmueble, para efecto de fijar la renta justa. Mientras que unos arrendantes (sobre todo los propietarios de edificios o inmuebles ubicados en el centro de San José), piden al perito pronunciarse sobre éste aspecto, otros recurren a impugnar el peritaje que alude al criterio del mercado de alquileres, por considerar que es poco objetivo, ya que es muy difícil encontrar dos casas o locales iguales en la misma zona. Creemos que la constatación de los alquileres que se pagan en los alrededores del inmueble, es un criterio fundamental para establecer la renta justa, pues permite que el Juez se forme una idea más clara y objetiva sobre el valor real de los alquileres en una zona determinada, atendiendo a las pautas que fijan la oferta y la demanda de alquileres. Pero es necesario que esa constatación se haga con base en construcciones similares, en cuanto a naturaleza, estado y área, tomando en cuenta también la fecha en que fue pactado o fijado judicialmente el precio del arrendamiento; lógicamente deberá atenderse a aquéllas cuyo alquiler ha sido estipulado en épocas más recientes.

Otro criterio que sustentan -tanto inquilino como arrendante-, es el que se tome en cuenta el valor del inmueble que figure en la Oficina de Tributación Directa, para efectos de

fijar el alquiler. Pero tal criterio no ha sido atendido, según lo demuestra una reiterada jurisprudencia del Tribunal Superior Civil de San José, por las razones que más adelante diremos.

La ubicación de la casa, local o edificio, es una de las cuestiones que también alegan las partes se tome en cuenta. A tal efecto, hacen ver los arrendantes la excelente zona comercial o residencial en que se ubica el inmueble, así como la cercanía de paradas de autobuses, instituciones gubernamentales, centros de educación y comerciales, la poca competencia, etc. Por su parte los inquilinos ponen énfasis en los inconvenientes que les plantea la ubicación de la construcción, sea que está en un segundo piso, a media cuadra, en zona muy ruidosa o poco comercial. Especial énfasis se le da al hecho de que el local o casa se encuentra ubicado dentro de la llamada "zona roja" de la ciudad capital, área muy sucia y peligrosa, plagada de "maleantes" y "gentes de baja categoría", lo que disminuye su valor.

Quizá la cuestión más aducida por los inquilinos para los efectos de precisar la renta justa, se refiere al tipo de construcción, su estado de conservación y área de la misma. Respecto de la clase de construcción se señala la mala calidad de los materiales empleados o la antigüedad de la misma (sobre todo en construcciones de adobe o bahareque), la carencia de luz natural y ventilación adecuada y la mala distribución interna del inmueble (en las casas de habitación).

El estado de conservación -que siempre toman en cuenta peritos y jueces-, es determinante a la hora de precisar el monto del alquiler. Es éste el criterio del que más se valen los inquilinos para impugnar las pretensiones de aumento del arrendatario, exponiendo el mal estado de la edificación en general, la existencia de goteras, humedad, mal estado de pisos y cielos rasos, falta de pintura, mal funcionamiento de servicios sanitarios, plagas de roedores, etc. Respecto de éste punto, los arrendantes por lo general callan, salvo que la construcción sea reciente o que se encuentre en un excelente estado de conservación.

Cuestión hondamente ligada a la anterior, es el problema del mantenimiento del local o casa de habitación. Los arrendantes como razón para aumentar el alquiler, aducen la elevación de los costos de mantenimiento (materiales de construcción y mano de obra); sin embargo, las inspecciones oculares y peritajes demuestran que muchos de esos arrendantes no le dan mantenimiento alguno a la construcción. Los inquilinos por su parte, ponen énfasis en que ellos son quienes dan mantenimiento al inmueble, incluso presentan pruebas (testimonial y documental) para demostrarlo, tales afirmaciones generalmente no son contradichas por el arrendador.

Destino y rentabilidad, son otros dos criterios que aduce sobre todo el arrendante. Cuando se trata de casa de habitación que también se utiliza para otras actividades (pequeñas industrias, centros de instrucción) los arrendadores piden un alquiler mayor, dadas las ganancias que obtiene el inquilino al no tener que alquilar un local para ello. También, en el caso de negocios comerciales, el arrendante hace notar las grandes ganancias que obtienen dado el lugar en que están situados y la naturaleza de la actividad. Los inquilinos buscan refutar estas apreciaciones sosteniendo que los precios de lo que venden son bajos, o que la clientela es gente de pocos recursos, aducen también salarios de empleados, pago de patentes y permisos de funcionamiento, etc.

Finalmente, otros criterios que son los más sostenidos por los arrendadores vienen a ser los efectos nocivos de la inflación y el aumento en los impuestos municipales y territorial. En cuanto a la inflación se expone la gran disminución que ocasiona en el provecho que normalmente se le debería sacar al inmueble arrendado, dada la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Pero son pocos los arrendantes que citan los índices de inflación oficiales y de aumento de costo de la vida o piden al juez que los tome en cuenta.

B. PERITAJES

Iniciamos esta sección apuntando una serie de consideraciones generales, para tener una idea global de la importancia que reviste la labor del perito a la hora de fijar judicialmente el alquiler.

Como primera cuestión, hemos de destacar que los Juzgados cuentan generalmente con una lista de peritos a los cuales recurren para que lleven a cabo los avalúos y se pronuncien a

cerca de cuál consideran es la renta justa. Entre estos peritos figuran: corredores jurados, actuarios matemáticos, abogados, economistas, auditores, etc., por ello se puede concluir que no se exige una profesión determinada, sino sólo experiencia en el campo de la tasación de inmuebles.

En cuanto a la extensión de los peritajes, es muy variada. Algunos son bastante extensos; otros por el contrario, son lacónicos y ofrecen al juzgado solo una información muy general, que por su vaguedad le impide formarse criterios precisos para determinar el precio del arrendamiento. Es respecto de éstos últimos peritajes que se presentan una serie de problemas, un caso concreto nos demostró los graves riesgos que aparea un peritaje superficial: el perito en media plana se refirió sin entrar en detalles a la ubicación, tipo y estado de conservación de la construcción y destino de una casa de habitación; inquilino y arrendante solicitaron la ampliación del peritaje, y en ella surgieron una serie de detalles que llevaron al mismo perito a variar el precio que había recomendado de ₡3.000 a ₡1.800. Ante casos así, las palabras sobran, claro está que no siempre nos enfrentamos con situaciones como esa, además hay peritajes excelentes. Pero ello nos lleva a meditar un poco acerca de los peligros que puede acarrear un peritaje mal hecho que las partes —a veces por cuestiones de procedimiento— no pueden ampliar o aclarar.

Procederemos seguidamente a exponer los principales criterios en que fundan los peritos la renta que a su juicio es justa.

1. UBICACION

Es este el criterio al que mayor importancia le atribuyen los peritos a efectos de fijar la renta justa.

La ubicación es considerada desde dos puntos de vista: una ubicación física o material del inmueble y otra referida a una zona o lugar determinado.

La primera situación alude a si la casa, local o edificio están ubicados a media cuadra, en una esquina, en una calle sin salida o sobre una carretera o camino; si se encuentra dentro de un edificio se toma en cuenta en qué piso se halla y el lugar exacto de su ubicación interna. Este punto de vista tiene especial importancia tratándose de locales comerciales y de oficinas para profesionales, dada la necesidad que tienen de poder ser fácilmente percibidos por sus clientes.

La ubicación del inmueble en una zona determinada, se aprecia según el tipo de edificación y el fin que se le dé. Tratándose de casas de habitación, se toma en cuenta si el lugar en que se encuentra es exclusivamente residencial o no, si es área densamente poblada y si ofrece los servicios básicos: agua, electricidad, alumbrado, teléfono, aceras, si existen servicios de transporte remunerado de personas. Refiriéndose a una casa localizada en pleno centro de San José dice el perito que "...su localización es de privilegio, ya que absolutamente todas las necesidades de un inquilino pueden ser satisfechas sin necesidad de tener que realizar viajes en autobús u otros medios de transporte." (3), si bien tales afirmaciones son ciertas no toma en cuenta los aspectos negativos que ello implica tales como ruido, contaminación, carencia de zonas de recreo, etc.

Tratándose de locales para oficinas se hace ver si se ubican o no en zonas o puntos comerciales. Se tienen como zonas comerciales aquellas situadas cerca de paradas de buses, tiendas, almacenes, farmacias, restaurantes, bares, oficinas gubernamentales, etc., considerándose los mercados como puntos comerciales por excelencia.

Entre más comercial sea la naturaleza de la zona, mayor será el precio del alquiler, sin embargo ésta regla general presenta excepciones. Una de ellas es la ubicación del inmueble dentro de la llamada "zona roja" de San José. Los peritos ponen especial énfasis en lo anterior, dado que implica una disminución en el monto del alquiler pues esta zona se caracteriza por la presencia de personas de "baja categoría", de ebrios habituales y maleantes, siendo uno de los lugares más peligrosos y sucios de la ciudad.

Otra excepción la presenta el problema de la excesiva competencia cercana, clara mues-

(3) Juzgado Segundo Civil. Expediente No. 2182-79, A.N.A. c/E.B.R.

tra de ello se desprende del peritaje de un céntrico hotel capitalino: "...la situación del hotel es idónea para el tipo de negocio que en él trabaja... este tipo de hoteles en la mayoría de los casos aloja a huéspedes domésticos o de "turismo nacional" y se requieren en zonas céntricas... pero la gran mayoría de este tipo de negocios se encuentran ubicados en zonas cercanas al local sub-exámene." (4)

En los sectores en que se sitúan locales para oficinas de profesionales, se pone atención a si son adecuados o no para el giro de la actividad, tal es el caso de un edificio de consultorios médicos situado frente a la Clínica Bíblica, se considera a ese lugar como "excelente" para la actividad. Lo mismo se podría decir para el caso de oficinas de abogados situadas cerca del circuito judicial de San José.

2. TIPO DE CONSTRUCCION Y DISTRIBUCION INTERNA

El tipo de construcción del inmueble arrendado siempre es tomado en cuenta en los peritajes. Pero la distribución interna de la construcción, en ocasiones no es descrita por los peritos.

Se le da importancia a la clase y calidad de los materiales utilizados en la construcción. El monto del alquiler aumentará en forma considerable según sea el material empleado; ladrillo, concreto, block, madera, adobe o bahareque. También examina el techo (si es de hierro galvanizado, zinc oteja) y los pisos, ya sean demosaico, cemento o madera. A la existencia o no de cielo raso se le da gran importancia, lo mismo que a los productos empleados en su elaboración (playwood, tabfilla, fibra de vidrio). Los recubrimientos de paredes y baños (azulejos) también interesan.

En caso de locales comerciales dedicados a negocio de restaurante, soda o cantina, los peritos tienen especial cuidado en indicar el número de puertas de entrada y ventanas, ello para hacer ver la facilidad de acceso al negocio.

La antigüedad de la construcción solo es mencionada por algunos peritos, basándose en la información dada por el inquilino o el arrendante, o en el tipo de material utilizado. Pero por lo general se presenta una ausencia de pronunciamiento sobre éste extremo, que creemos interesa al fijar la renta justa, pues por él se conoce el deterioro de las estructuras internas del edificio producida por el paso del tiempo.

En cualquier tipo de inmueble dado en arrendamiento, la distribución interna de la construcción es importante, ya que guarda relación con el destino que se le dá al bien arrendado y con la comodidad o no de éste para el fin perseguido por el inquilino. Especialmente guarda interés tratándose de casas de habitación, pues en esos casos los peritos mencionan cuidadosamente sus aposentos (número de dormitorios, baños, cocina, sala, comedor, cuarto de pilas, etc.). También se hace ver la existencia de áreas o construcciones no imprescindibles para la actividad o uso a que se dedica el inmueble (bodegas, corredores, cocheras, patios, etc.)

Hay edificaciones que por la naturaleza del destino que se les da, requieren necesariamente de una distribución interna determinada, que de no existir frustraría en cierto modo la actividad que desarrolla el inquilino. Nos referimos especialmente a los consultorios médicos y hoteles, en que son necesarios aposentos dedicados a sala de espera, cierto número de servicios sanitarios, etc.

Por último, es frecuente que los peritos recurran a los criterios de iluminación y ventilación del inmueble. Tratándose de locales comerciales por lo general tienen luz y ventilación regular o deficiente, lo cual se traduce en mayores costos de electricidad por el funcionamiento constante de luces y equipos de ventilación.

3. AREA DE CONSTRUCCION

El área de construcción es un criterio muy relativo, ya que debe verse siempre referido al fin o destino que se le da al inmueble en arriendo y a la zona en que se halle ubicado—entre más céntrica o comercial mayor será el valor por metro cuadrado de construcción—. Hay peritajes en que no se consigna un área, ni siquiera aproximada, limitándose a decir que

(4) Juzgado Quinto Civil. Expediente No. 1590-77, S.I.L. c/ L.A.R.R.

es grande, pequeña o "regular". Nuestra opinión es que en todo peritaje debe consignarse el área de construcción —aunque sea aproximada—, para ilustrar el Juez sobre la cantidad de metros cuadrados que tiene la edificación. Debe el perito también indicar si el área es adecuada o no para el destino que se le da al edificio.

Algunos peritos también indican las alturas mínimas y máximas de la construcción.

4. ESTADO DE MANTENIMIENTO, CONSERVACION Y PRESENTACION DEL INMUEBLE

Es junto con la ubicación, el otro criterio fundamental que utiliza el perito para fijar la renta justa.

El estado de conservación está referido a apreciaciones eminentemente materiales y de carácter externo de la edificación, es decir, susceptibles de ser percibidas con los sentidos.

Fija el perito su atención sobre todo el estado de los siguientes factores:

- cielos rasos, sea que se encuentren manchados o podridos por goteras
- pisos: en buen o mal estado
- paredes: si presentan humedad o filtraciones de agua, agrietamientos notables, que llevan a deducir la utilización de materiales de baja calidad.
- puertas y ventanas: si están rotas quebradas o desvencijadas
- funcionamiento de los servicios sanitarios, duchas, lavatorios, dan gran relevancia a este factor si están fuera de funcionamiento o funcionan mal.

El criterio de "presentación" del inmueble, atiende a la consideración general del aspecto que ofrece a simple vista la construcción —tanto su parte exterior como interior—. De acuerdo con este criterio se califica al inmueble como de apariencia "bastante buena", en "regular estado" o de "mal aspecto". Es decir, se aprecia el aspecto estético de la edificación.

El mantenimiento se deduce del estado de conservación y presentación del inmueble arrendado. Observando las condiciones arriba descritas se llega a la conclusión lógica, de si hay o no mantenimiento, o si éste es constante o esporádico. Cuando los peritos comprueban que es efectivamente el inquilino quien le da mantenimiento a la edificación, así lo hacen constar en el peritaje.

5. DESTINO Y RENTABILIDAD

Para fijar la renta justa es necesario recurrir a los criterios de destino y rentabilidad del inmueble. Respecto del primero siempre debe hacerse constar, sea que el inmueble alquilado se destina a casa de habitación, local comercial, oficina, etc., en ello son claros los peritajes.

Se alude a consideraciones derivadas directamente de la naturaleza del destino. Así, refiriéndose a un negocio de cantina sostiene un perito que "...los clientes son amigos de destruir poco a poco los locales, máxime si son de madera, por eso los alquileres de éstos negocios son más altos que en otro tipo de negocio." (5); y sobre un hotel se dice que "... el destino que tiene el inmueble sub-exámine es uno de los más pesados y deteriorantes a que se puede dedicar un edificio." (6)

Cuando el inmueble se ha construído para servir a un determinado fin (local comercial, por ejemplo), pero el inquilino lo dedica a otro (bodega), ello lo hace ver el perito indicando las consecuencias económicas que apareja tal cambio..

Si el inmueble se arrienda para un determinado fin pero a la vez se utiliza para otro u otros, es aspecto que toman en cuenta los peritos para determinar el precio. Cuando ésto sucede se incrementa el monto del alquiler, dada la gran ventaja y economía que significa para el inquilino arrendar un solo local y no varios.

La rentabilidad es otro factor muy importante, fundamentalmente con respecto a locales comerciales, y está referida a las ganancias que se presume puede deparar la actividad que se desarrolla en el inmueble arrendado. Para formarse una idea sobre el lucro que puede obtenerse, los peritos recurren a observar la cantidad de clientes, dependientes, la competencia cercana y los precios de los productos que se expenden entre otros. Expresa un perito refi-

(5) Juzgado Sexto Civil. Expediente N.º 404-83, A.U.O. c/ M.V.

(6) Juzgado Quinto Civil. Exp. 1590-77, M.I.L. c/ L.A.R.R.

riéndose a una carnicería: "...posee más de diez dependientes... la buena atención, la calidad de la carne y la ubicación del comercio hacen del mismo un negocio con prestigio entre sus competidores y consecuentemente un establecimiento bastante lucrativo." (7); ejemplo de una situación inversa lo refleja el peritaje de un local ubicado en la zona roja en el que funciona una cantina "...frecuentada por personas de bajos recursos, por lo cual no es un negocio lucrativo." (8)

Si bien el criterio de la rentabilidad es muy importante, creemos que el juez debe tener mucho cuidado a la hora de apreciarlo, pues el perito solo atiende a cuestiones meramente externas sin entrar a analizar a fondo el asunto. Para tener una idea más completa deberían revisarse libros de contabilidad, declaraciones de renta, facturas, planillas, etc., es decir, cuestiones que efectivamente demuestran en términos económicos el monto aproximado de las utilidades. (9).

6. OTROS CRITERIOS QUE INCIDEN EN LA DETERMINACION DEL PRECIO

—Las condiciones de oferta y demanda de locales en la zona: se recurre al valor de mercado que tiene el inmueble dentro del sector en que se haya ubicado; tal valor lo fija la escasez o abundancia de locales y el grado de demanda por ellos; así como el alquiler que se paga en inmuebles cercanos o adyacentes; ya hablamos atrás de este factor.

—El aumento de los costos de mantenimiento del inmueble: caen dentro de este criterio la elevación de los costos de materiales de construcción y mano de obra.

—La inflación: este criterio conlleva la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el aumento en el costo de la vida, con el consiguiente perjuicio para el arrendante. Es interesante hacer ver que no se menciona en todos los peritajes consultados, a pesar de que el análisis de expedientes abarca un período altamente inflacionario (1978-1983).

—El alza de las cargas impositivas que afectan directamente al inmueble: caen dentro de este extremo los impuestos municipales y el impuesto territorial, que vienen a reducir aún más el provecho del arrendador.

—La imposibilidad de aumentar judicialmente el precio del arrendamiento durante los siguientes cinco años: prácticamente se congela el alquiler, con el consiguiente riesgo que implica que el arrendante, máxime en períodos de tanta inflación.

—El precio que paga el inquilino en la actualidad: este factor solo se menciona en dos casos en que la renta era bastante baja, tal parece que los peritos tuvieron la intención de hacer ver lo exíguo del monto del alquiler.

No queremos finalizar esta sección sin antes mencionar algunos sistemas de fijación de la renta que utilizan los peritos.

En la mayoría de los casos recurren a fijar el valor del alquiler por metro cuadrado, es decir, atribuyen un determinado precio a un metro cuadrado y luego lo multiplican por el área total.

Otros se limitan a enumerar los criterios y en base a ellos determinan la renta justa sin entrar en operaciones matemáticas.

En materia de tramos de mercado rige una costumbre mercantil, según la cual el alquiler se conviene por "precio diario", en la determinación de ese precio intervienen una serie de criterios: ubicación del tramo, estado del mismo, proximidad de la competencia, etc. El sistema es sencillo. se fija un precio determinado por día y se multiplica por treinta días. (10).

(7) Juzgado Quinto Civil. Exp. 1833-78, E.L.H. c/ R.V.C. y otro.

(8) Juzgado Primero Civil. Exp. 32-82, C.C.V. c/ C.M.

(9) Esta última consideración puede chocar con el artículo 112 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Ley 4755 de 3 de mayo de 1971), que da carácter confidencial a las informaciones que la Administración Tributaria obtenga del contribuyente. Sin embargo, el párrafo tercero del citado artículo establece que tal prohibición no impide que los informes sean inspeccionados por los Tribunales Comunes.

(10) Juzgado Quinto Civil. Exp. No. 2683-78, E.L.H. c/ R.V.C.; y Exp. No. 1833-78, E.L.H. c/ R.V.C. y otro.

C. CRITERIOS QUE TOMAN EN CUENTA LOS ORGANOS JURISDICCIONALES

1 INSPECCION OCULAR

Es la inspección ocular otro de los medios de prueba a los que recurren los sujetos de la relación inquilinaria, para dotar al juzgador de un conjunto de criterios más amplio con base en el cual pueda determinar el precio justo.

En los incidentes de aumento de alquiler, los interesados siempre recurren a la prueba pericial, pero no sucede lo mismo con la inspección ocular, pues hay casos en que ninguna de las partes la pide como prueba. ¿A qué se debe ello? Hay ocasiones en que puede atribuirse a la falta de diligencia de los abogados, pero en otros casos obedece indudablemente a cuestiones subjetivas de las partes, pues tratándose de construcciones en mal estado de conservación quien pide la inspección es el inquilino; cosa totalmente contraria sucede cuando la construcción se encuentra en buen estado o es reciente, es aquí cuando el arrendante pide la inspección ocular y el inquilino calla.

A nuestro entender, dada la gran importancia que reviste la inspección ocular, consideramos que debería llevarse a cabo en todas las diligencias de aumento de alquiler, pues con ella se podrían subsanar los defectos de un peritaje.

La inspección ocular no se limita a describir el inmueble y su ubicación, sino que hace también apreciaciones interesantes. Hay inspecciones oculares mejor formuladas y más claras que muchos peritajes.

Los criterios y factores que contemplan las inspecciones son similares a los del peritaje, contienen: ubicación del inmueble, descripción de la zona, tipo y materiales de construcción, estado de conservación, distribución interna y área (dan el área de cada aposento), aspecto que presenta y destino que se le da (en caso de local comercial describe el número y aspecto de los clientes).

2. RESOLUCIONES JUDICIALES (JUZGADOS Y TRIBUNALES SUPERIORES CIVILES)

Esta sección viene a ser la más interesante de nuestra disertación, pues es aquí donde vamos a analizar en que medida siguen los jueces los criterios apuntados a todo lo largo de este capítulo, y a cuales de ellos atribuyen mayor importancia a efectos de fijar la renta justa.

El dictámen pericial es considerado como la prueba más idónea y el elemento de juicio más importante, esta afirmación ha sido sostenida reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Superior Civil de San José (11). Pero ello no implica que necesariamente el juez siempre esté de acuerdo con la renta fijada por el perito. En siete de los casos analizados, el juzgador se apartó del dictámen pericial —aumentando o disminuyendo el precio—, pero realmente lo que deja de lado es el monto recomendado por el perito, y no los criterios presentes en el peritaje, pues siempre se vale de ellos para determinar la renta justa.

Los criterios que toman en cuenta Juzgados y Tribunales son similares a los que consigna el perito. Pudimos notar que los órganos jurisdiccionales atribuyen fundamental importancia, para resolver sobre el monto del alquiler, a los factores de ubicación y estado de conservación de la edificación.

En cuanto a la ubicación, toman en cuenta la naturaleza del sector en el que se haya el inmueble, sea que es zona "comercial", residencial" (que cuenta con todos los servicios públicos) o "céntrica", con este último adjetivo se refieren a aquellos sectores circundados por áreas comerciales, oficinas gubernamentales y centros educativos. Cuando se trata de locales comerciales, hacen hincapié en si el área en que se encuentra es de naturaleza comercial o no. Por área comercial entienden una "...zona rodeada de varios tipos de comercios: tiendas, abarrotes, ferreterías, bares, pensiones, hoteles, etc., ... un área muy transitada de gente." (12)

La situación del inmueble se considera también en relación directa con los fines a que lo dedica el inquilino, se aprecia entonces si la zona es apta o no para el giro de actividad que

(11) Tribunal Superior Civil. No. 1254 de 8:30 hrs. de 20 de diciembre de 1978, E.L.H. c/ R.V.C.; No. 290 de 8:10 hrs. de 2 de mayo de 1979. I.C. S.A. c/ E.H.S.A.

(12) Juzgado Sexto Civil. No. 1380, de 16:00 hrs. de 8 de enero de 1980 J.B.M. y otro c/ A.A.N.

se le da a la edificación arrendada.

Una última consideración que se desprende del factor ubicación, es la referida a la situación del inmueble dentro de la "zona roja" de la ciudad capital. Los jueces dan gran importancia a esta cuestión, que es indudablemente un factor que incide negativamente al momento de fijar judicialmente la renta, pues se considera zona peligrosa. Tratándose de negocios en que se expenden bebidas y comidas tiene aún mayor importancia pues la clientela que ahí acude "no es de lo mejor" y generalmente son gentes de escasos recursos. Es tan importante el problema de la "zona roja" que no es preciso que en dictamen se indique, basta la ubicación por calles y avenidas para que un Juez cuidadoso lo haga notar.

El estado de conservación de la edificación, es el otro factor fundamental para los órganos jurisdiccionales. Dentro de él se consideran cuestiones tales como: el tipo de materiales de que está constuido el inmueble, la presentación exterior del negocio o sea su aspecto general, y fundamentalmente los problemas que presenta: existencia de goteras, falta de aire y luz, filtraciones de agua, malos olores, estado de cielos rasos, paredes, pisos, servicios sanitarios, etc.

La antigüedad de la construcción no parece ser determinante, ya que solo una resolución alude a ese factor (13). En cuanto a la distribución interna se ve desde el punto de vista de la comodidad que representa para el fin que se le da al inmueble. El área de construcción es relacionada directamente con el destino que se le da a la edificación, para ver si se adecúa o no a los fines del inquilino.

Como ya lo hemos venido indicando, el destino o fin para el que se alquila el inmueble, es un criterio hondamente relacionado con los anteriores (ubicación, estado de conservación y área), tan es así, que aquéllos siempre se consideran con base en el destino el inquilino le da al inmueble.

Otra cuestión referida al destino que los Jueces hacen notar, es aquella situación que se presenta cuando el inmueble se utiliza para varios fines, es decir, los casos en que un local comercial se utiliza también como vivienda y viceversa. Cuando se presenta esa situación, los jueces la consignan expresamente en la resolución como criterio para aumentar el precio, sin embargo tal práctica no es unánime pues dice una sentencia del Tribunal Superior Civil: "El hecho de que en la casa, el inquilino explote una pequeña industria, no le da privilegio al arrendante, por solo ese motivo, para pedir un aumento en el alquiler, ni obliga a los tribunales a acoger esa pretensión, éste nuevo canon debe estar acorde más que nada sobre las particularidades que presenta la vivienda." (14)

Factores que también toman en cuenta los juzgadores a la hora de fijar la renta justa son: el aumento del costo de la vida, la inflación creciente que incide sobre los costos de mantenimiento, el alza en los impuestos municipales y territorial y la imposibilidad de aumentar el precio del arrendamiento dentro de los cinco años siguientes. Estos factores simplemente se citan y acerca de ellos no se hace comentario alguno en las resoluciones.

Un punto que hemos venido discutiendo a todo lo largo de éste capítulo, es el factor del mantenimiento del inmueble. Según la doctrina clásica del Derecho Civil, dentro de la obligación del arrendante de procurar el uso y disfrute del inmueble al inquilino, se incluye su deber de hacer las reparaciones necesarias y darle el mantenimiento debido. Nuestra Ley de Inquilinato parece consagrar tal obligación en su artículo 14, donde reputa como "deber social" la conservación de las casas y locales, pero también la amplía a los inquilinos. Todo lo anterior ha llevado a crear un problema que incide al momento de fijar la renta justa, pues hay jueces que consideran circunstancia influyente para determinar el precio, el hecho de que las reparaciones y el mantenimiento en general lo realice el inquilino de su propio peculio (15). Los Tribunales Superiores, al menos en esos casos, no se han pronunciado sobre el asunto, pero sí citan generalmente como factor para aumentar el precio, la elevación de los

(13) Juzgado Quinto Civil, de 8:00 hrs. de 13 de noviembre de 1979, I.A.S.A. c/ J.A.U.R.

(14) Tribunal Superior Primero Civil. No. 2213, de 8:55 hrs. de 22 de diciembre de 1982, J.L.B.A. c/ P.J.V.

(15) En tal sentido: Juzgado Sexto Civil. 16:00 hrs. de 8 de enero de 1980, J.B.M. c/ A.A.N.; Juzgado Primero Civil. 10:00 hrs. de 7 de junio de 1982 C.V.C. c/ C.M.

costos de mantenimiento; y es aquí donde se presenta cierta injusticia, pues se está citando un criterio que no debería tomarse en cuenta cuando el inmueble refleja una falta total de mantenimiento o se comprueba que éste le es dado exclusivamente por el inquilino a su entero costo.

La jurisprudencia del Tribunal Superior Civil de San José es constante al negar relevancia —para efectos de fijar la renta—, al valor que tiene el inmueble en la Dirección General de Tributación Directa, pues "...los párrafos 1 a 4 del artículo 12 de la Ley de Inquilinato que son los que podrían hacer que el valor del inmueble influya en la determinación de la nueva renta, han quedado inoperantes, por virtud de la reforma y adición introducida en esa ley por la ley No. 4893 del 16 de setiembre de 1971." (16). Sin embargo, el Tribunal Superior Civil de Alajuela ha mantenido la posición de que sí interesa para fijar la renta justa, el valor del inmueble que figura en Tributación Directa (17). Esta última afirmación la consideramos acertada, pues permite el juez contar con un criterio más, y por otro lado, el que los párrafos 1 al 4 del artículo 12 hayan quedado derogados, no impide necesariamente al juez recurrir al ya tantas veces mencionado criterio.

Otras cuestiones interesantes que se desprenden de las resoluciones judiciales, son las referidas a la fijación del precio que hace el perito. En un caso concreto el Tribunal se separó del dictamen pericial tomando en consideración "...el precio que por metro cuadrado se le ha dado en otros procesos a locales ubicados en zonas similares, lleva a concluir que ₡50 es elevado para esa zona." (18), ello demuestra la amplitud de criterios a los que recurren los jueces.

También la jurisprudencia del Tribunal Superior Civil ha insistido que el artículo 13 de la Ley de Inquilinato no autoriza a los jueces a fijar una renta o precio "escalonado" sino que debe fijarse una sola renta justa, desechando la recomendación del perito de establecer el precio en esa forma. (19)

Refiriéndose al sistema de determinación del alquiler que rige —por costumbre mercantil— en los mercados, (precio diario) en dos oportunidades el Tribunal ha sostenido que ese sistema "no es base firme y equitativa para fijar el alquiler". (20)

No podemos finalizar esta disertación sin antes exponer un criterio que —en ciertas ocasiones—, parece tomar en cuenta el Tribunal. Este criterio surge del escrito de apelación a la sentencia del Juzgado, presentado por el inquilino. En dicho escrito generalmente expresa el arrendatario que la suma fijada como renta es muy alta y que de mantenerse lo obligaría a entregar el local o casa por incapacidad de pago. Tal cuestionamiento parece tener eco sobre todo, en aquellos casos en que el monto que se fija en el Juzgado excede en un porcentaje muy alto al del alquiler que se estaba pagando y específicamente tratándose de negocios o viviendas ocupadas por personas de bajos recursos o en actividades poco rentables.

A través de todo este capítulo creemos haber expuesto en forma clara, los criterios y factores a los que recurren las partes de la relación inquilinaria, los peritos y jueces. Hemos hecho breves comentarios y críticas sobre aquellas cuestiones que más despertaron nuestro interés, y las conclusiones se desprenden por sí solas del texto de este estudio.

Si bien nuestra Ley de Inquilinato no prevé —en forma clara y técnica— criterios que orienten al juez para fijar la renta justa, tal omisión parece haberla salvado con creces nuestra jurisprudencia, que con la ayuda de peritos y los planteamientos de las partes, ha establecido todo un conjunto de criterios para llevar a cabo tan delicada labor.

(16) Tribunal Superior Civil. No. 1254, de 8:30 hrs. de 20 de diciembre de 1978, en igual sentido: No. 715, de 15:00 hrs. de 31 de octubre de 1972, y No. 516, de 15:30 hrs. de 14 de agosto de 1973.

(17) TSC de Alajuela. No. 125, de 8:24 hrs., de 30 enero de 1976

(18) Tribunal Superior Civil. No. 513, 9:10 hrs. de 18 de junio de 1978.

(19) Tribunal Superior Civil. No. 516, 15:30 hrs. de 14 de agosto de 1973.

(20) Tribunal Superior Civil. No. 1254, 8:30 hrs. de 20 de diciembre de 1978, E.L.H. c/ R.V.C. y otro; No. 202, 8:30 hrs. de 28 de marzo de 1979, E.L.H. c/ R.V.C.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Bermudez (Nora E.) El contrato de arrendamiento en el Derecho Civil, San José, Tesis para optar el título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho U.C.R., 1981.
- 2.- Brenes Córdoba (Alberto). Tratado de las obligaciones y contratos. San José, Imprenta Trejos Hnos. 1923.
- 3.- Calderón Kikut (Fernando). Orientaciones para una nueva Ley de Inquilinato, San José, Tesis para optar el Título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho U.C.R., 1959.
- 4.- Casafont Odor (Pablo). Legislación y jurisprudencia sobre inquilinato en Costa Rica. San José, Ediciones Juricentro, 1977.
- 5.- Castán Tobeñas (José). Derecho Civil Español común y foral. Tomo IV, Madrid, Editorial Reus S.A., 10o. Edic., 1977.
- 6.- Colin y Capitant. Derecho Civil. Tomo IV, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955.
- 7.- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Investigación sobre los problemas de inquilinato y la efectividad del instrumento jurídico. San José, Facultad de Derecho U.C.R., 1977.
- 8.- Lapa L. (Eduardo). La tasación de inmuebles. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1976.
- 9.- Mc Michael (Stanley). Tratado de tasación. Buenos Aires, Editorial Labor S.A., 1949.
- 10.- Planiol (M.) y Ripert (J.) Tratado práctico de Derecho Civil Francés, Tomo X, La Habana, Editorial Cultural S.A., 1946.
- 11.- Vargas Navarro (María Cecilia). El precio y el plazo en el contrato de inquilinato. San José, Tesis para optar el título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho U.C.R., 1983.

LEYES:

Ley de Inquilinato: Ley de Subsistencias No. 6 de 21 de setiembre de 1939, adicionada, interpretada y reformada por 11 leyes posteriores y un Decreto de la Junta Fundadora de la Segunda República.

Ley de Arrendamientos Urbanos: Decreto de 24 de diciembre de 1964, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1969.

Ley de Regulación de Alquileros y su Reglamento: 1 de agosto de 1960; decreto No. 354, 9 de setiembre de 1960, respectivamente. Publicación de Imprenta del Congreso Nacional de Venezuela. 1961.

CODIGOS:

Código Civil, San José, Lehman Editores, 1981.

Código de Procedimientos Civiles, San José, Impresiones Mil Copias S.A., 1980.

PROYECTO DE LEY

Proyecto de Ley de Inquilinato, publicado en La Gaceta, No. 139, de 22 de julio de 1983, año CV. Proyecto No. 9693.

LOS SUJETOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

*Trabajo presentado al Prof. Dr. Rafael González Ballar
Derecho Administrativo IV
por Roberto Gamboa Chaverri, Oscar González Camacho,
Ronald Hidalgo Cuadra, Víctor Hugo Paniagua Hidalgo,
Luis Paulino Sales Rodríguez.*

INTRODUCCION

Una de las funciones primordiales del Derecho Administrativo y a la vez principio generador de toda actividad administrativa en general, lo constituye el carácter mediador entre las prerrogativas de la Administración Pública y las garantías del administrado. Solo con la búsqueda del equilibrio adecuado entre ambas, pueda mantenerse un Estado de Derecho, respetuoso de las libertades individuales y garante del interés público.

En la búsqueda de ese equilibrio, se ha ideado la creación de un procedimiento administrativo, en el que el sujeto particular pueda hacer valer sus derechos y en el cual la Administración pueda determinar los fundamentos fácticos y la real necesidad de emitir un acto en una u otra forma, lo que consecuentemente lleva a una mejor actuación administrativa en pro del interés público.

Ahora bien, ¿puede participar cualquiera en el procedimiento administrativo en mención, o acaso se necesita algún requisito especial? Lógicamente, la participación no puede ser abierta a cualquiera y se requerirán un mínimo de presupuestos para actuar dentro del procedimiento. No obstante, el procedimiento administrativo se caracteriza por la inexistencia de formalismos excesivos que muchas veces entaban la búsqueda de la verdad real. Aquí -según se verá-, la participación es más amplia, con la posibilidad de que intervengan algunos sujetos que en la vía jurisdiccional no tendrían cabida alguna. Demostrar quienes pueden ser "sujetos procesales" dentro del procedimiento administrativo, observando las caracterizaciones de cada sujeto, son algunos de los objetos formulados en la presente disertación. Para ello es imprescindible acudir -aunque sea en forma breve- a las nociones generales de la capacidad como institución básica del Derecho en general, concretando de inmediato en la capacidad necesaria del sujeto del procedimiento en vía administrativa. Luego de esto se pasa a un análisis también breve- de distintos sujetos del proceso civil y del proceso contencioso-administrativo, para culminar con las nociones elementales de las diversas figuras que participan en el conjunto de actuaciones ordenadas tendientes a la emisión del acto administrativo, destacan-

do ahí los aspectos más importantes de cada figura y la diferenciación entre ellas, a fin de lograr una asimilación más clara de las mismas.

El tema resulta por sí mismo interesante, pero atrae sobre todo por el desconocimiento de las figuras y la confusión sobre las mismas que impera en nuestro medio, que resulta explicable ante la escasa referencia bibliográfica sobre el tema y la negativa de llevar a la praxis el procedimiento administrativo en general.

CAPITULO I

CAPACIDAD PARA SER PARTE Y PARA ACTUAR EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Paso previo a determinar quién puede ser parte en cualquier proceso, es el de establecer la capacidad que se debe ostentar en cada caso para que el ejercicio y participación en cada uno de los actos procesales se realice legítimamente.

La consideración de la capacidad en general o capacidad civil es materia propia del Derecho Civil, porque en él permanece la teoría general de todas las instituciones. Las demás ramas jurídicas que hoy gozan de autonomía científica y legislativa, han partido de ese tronco común.

Pero hay que advertir que cada una de estas disciplinas (específicamente el derecho procesal civil, procesal administrativo y el administrativo, sin mencionar el penal, laboral y comercial) construyen sobre la base suministrada por el Derecho Civil su propia y particular doctrina de la capacidad amoldada a sus respectivas exigencias.

En este sentido, pretendemos en la sección que se desarrolla precisar algunas ideas sobre la capacidad procesal, la legitimación, la postulación y, en especial, la capacidad en el procedimiento administrativo.

A. CAPACIDAD PROCESAL.

Para intervenir en un proceso, los sujetos o partes han de reunir las siguientes condiciones: capacidad, legitimación y poder de postulación.

1 CAPACIDAD:

Con respecto a la capacidad de los sujetos en el Derecho procesal, ha de distinguirse la capacidad para ser parte o personalidad procesal y la capacidad para comparecer o actuar en juicio

La capacidad para ser parte corresponde en el Derecho sustancial a la capacidad jurídica y la capacidad para actuar en juicio a la capacidad de obrar. (1)

La capacidad para ser parte se refiere a la simple posibilidad de ser titular de derechos y de obligaciones procesales, de ser sujeto en un proceso con independencia de que pueda actuar en él, para lo que es necesaria además, la capacidad procesal. La tiene cualquier persona (física o jurídica) que pueda necesitar la tutela jurídica procesal.

La capacidad procesal o para comparecer en un proceso (llamada "legitimatio ad processum") es la aptitud para realizar actos procesales con eficacia jurídica, bien por sí mismo, bien por representante nombrado al efecto. (2)

(1) RETANA SANDI. (Gonzalo) La jurisdicción contencioso administrativa en Costa Rica y su reforma. Revista del Colegio de Abogados. No. 12, tomo XXI, Julio de 1966, p. 48. SATTÀ (Salvatore) "Voz Capacità Processuale" Enciclopedia del Diritto. Varese, Guiffré Editore, t VI, 1960, p. 131.: "La capacità processuali non é altro che la capacità di agire riferita al compimento degli atti processuali."

(2) RETANA SANDI. Loc. cit.

2 LEGITIMACION:

No se confunde la anterior "legitimación procesal" con la "legitimatio ad causam", pues ésta se considera como una condición para obtener una sentencia favorable, mientras que aquélla es calificada como un presupuesto procesal, sea, un requisito del proceso. La legitimidad en la causa señala que no basta que la demanda sea propuesta por una persona cualquiera, sino que es necesario que sea presentada por aquella persona que la ley considera como particularmente idónea para estimular en aquél caso concreto la función jurisdiccional o decisoria; cuestión que se resuelve en la sentencia o resolución.

Esta "legitimatio ad causam" puede ser activa (de quien procede la pretensión o demandante) o pasiva (frente a quien se deduce dicha pretensión o demandado); en ambos casos, al decidirse el juicio puede examinarse si en realidad el actor es titular de lo que afirma le ha sido lesionado o si la parte demandada es la autora y responde de ello.

Es de advertir, sin embargo, que para los distintos procesos este concepto de la legitimación sufre variaciones en cuanto a si se origina por el ejercicio de un derecho subjetivo, un interés legítimo o, incluso, un simple interés.

3 POSTULACION:

No es suficiente la doble capacidad y la legitimación ya mencionados para poder comparecer en un proceso a fin de que se examine la pretensión. Se requiere también la facultad para pedir al órgano que ha de resolver la respectiva protección jurídica, sea el poder de postulación

Por regla general, las partes no pueden actuar directamente sino a través de procurador o abogado habilitados al efecto. Pero también se da el sistema que atribuye ese poder a la parte misma. (3)

En el caso del procedimiento administrativo, lo señalamos desde ahora, el poder de postulación del administrado se da con autenticación por un abogado de su pretensión, aunque la parte puede presentar su petición sin autenticación alguna, según se desprende del artículo 286 LGAP.

B- LA CAPACIDAD PARA SER PARTE O SUJETO Y PARA ACTUAR EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

La aplicación de las ideas que hasta el momento hemos expuesto, en lo que se refiere al procedimiento administrativo, determina, en primer lugar, que hay que distinguir la capacidad para ser parte y la capacidad para actuar en este procedimiento, tanto respecto del administrado, como de la Administración.

En uno y otro caso funcionan distinto. En el primero se aplica un régimen de derecho común, mientras en el segundo operan las normas del Derecho Público (art. 282. 1 LGAP)

LA SITUACION DEL ADMINISTRADO.

Con la remisión que hace el artículo dicho de la LGAP al Derecho común, a efecto de determinar tanto la capacidad para ser parte como para actuar del administrado en esta clase de proceso, tenemos que aceptar entonces que, en principio, todas las personas (físicas o jurídicas) podrían ser parte o sujetos procesales.

En efecto, la capacidad para ser parte la tiene cualquiera que necesite la tutela de su derecho subjetivo o interés legítimo en vía administrativa, extinguiéndose cuando se produzca la muerte de la persona; aunque subsista la relación procedimental continuada por sus sucesores.

Cabe pensar, incluso, que un concebido no nacido, debidamente representado, podría ser parte en este procedimiento de atribuírsele un interés legítimo. Asimismo, en los casos de uniones sin personalidad de duración transitoria (como las juntas o comités para organizar algún festejo, homenaje, etc.), tendría la capacidad para ser parte el gestor del patrimonio co-

(3) VIDAL FRANCES. F. "Voz Capacidad en Derecho Procesal" Gran Enciclopedia Rialp. Madrid, Ediciones Rialp SA, T V, 1971, p 14.

mun y respecto de los patrimonios autónomos como ~~los de los Estados~~ ~~los de los Estados~~, etc. se atribuye esta capacidad al administrador de dicho patrimonio.

Respecto de la capacidad para actuar en el procedimiento podrían comparecer los administrados que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, solucionándose los casos de incapacidad procesal mediante representante legítimo, es decir, por aquéllos que deben suplir su incapacidad con arreglo a Derecho.

En cuanto a las sociedades, corporaciones, fundaciones y demás personas jurídicas privadas, comparecerían los representantes legales con facultades suficientes.

Tendrían capacidad procesal las personas físicas mayores de 18 años y los mayores de 15 años que hubieren contraído matrimonio (arts. 19 CC y 36 CFa) y que no se encuentren afectados por incapacidad alguna, (demencia, interdicción civil, etc.). Igualmente, la tendrían aquellos menores habilitados para ejercer el comercio (art. 7 CCO) y aquellos menores que administraran los bienes que han adquirido con su propio trabajo (art. 132 CFam). En los restantes casos, los menores deben ser representados por el titular de la patria potestad o por el tutor. Cabría la representación legal, finalmente, en estos otros supuestos: locos, sordomudos que no sepan ni leer ni escribir, quebrados, insolventes, ausentes.

A modo de referencia acotamos que la Ley de Procedimiento Administrativo de la República Federal de Alemania, que entró en vigencia a partir del 1º de Enero de 1977 -una de las más recientes (4)-, establece en su artículo 11 que están capacitados para ser parte, en cuanto a los administrados, las personas "naturales" y jurídicas y las asociaciones cuando pueda corresponderles un derecho (incisos 1 y 2). Y están capacitados para actuar en el procedimiento "aquellas personas "naturales" que tengan capacidad para obrar con arreglo al derecho civil (inc. 1), así como las que tengan capacidad de obrar limitada "cuando respecto del objeto del procedimiento disposiciones civiles o de Derecho Público reconocen su capacidad de obrar" (inc. 2) y en cuanto a las personas jurídicas y asociaciones por medio de sus representantes legales o por medio de mandatarios especiales (inc. 3, todos los art. 12). Con ello se hace un detallado desglose de los diversos supuestos.

2 CAPACIDAD PARA SER PARTE Y PARA ACTUAR DE LA ADMINISTRACION.

La Administración, en principio, tiene un carácter director del procedimiento administrativo, pues de ella provendrá el acto final una vez cumplidos los pasos procedimentales correspondientes. Entre ellos, y de primer orden, el examen que debe hacer el órgano administrativo director es si posee o no competencia para entender y decidir, pues en caso negativo deberá desprenderse de las respectivas actuaciones y remitirlas a quien considera competente. Pueden darse tanto las cuestiones de competencia negativa (ambos órganos declarados incompetentes) o positiva (ambos órganos se declaran competentes) ya sea dentro de un Ministerio, entre distintos Ministerios, entre el Estado y otros entes públicos o entre estos últimos (Ver Capítulo II del Título III de la LGAP).

No obstante, la Administración puede a su vez, en un desdoblamiento de personalidad, participar ante sí misma en contra o a favor de la pretensión que origina el procedimiento o aún sin que ésta existiera, es decir, de oficio.

Son las normas de Derecho Público las que regularán, en primer término, la capacidad o incapacidad procesal de la Administración. Por ello, serán capaces para ser parte todos los entes públicos con personalidad jurídica otorgada por ley, sin importar el que se trate de instituciones autónomas, semiautónomas, corporaciones municipales, las cuales estarían representadas por sus superiores jerárquicos o por sus representantes legales o mandatarios.

En cuanto a los órganos administrativos, dado que carecen de personalidad jurídica por lo que no podrían ejercer a título propio un derecho determinado, además de que significaría la existencia, inadmisiblemente, de voluntades contrapuestas dentro de un mismo sujeto de derecho, la doctrina en su gran cantidad no admite su capacidad para ser parte o para actuar en el procedimiento administrativo.

(4) Ley de Procedimiento Administrativo de la RFA. Revista de Administración Pública No. 83, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, trad. de E. Lunde Paniagua, mayo-agosto de 1972, p. 392.

Empero, algunos autores (5) se inclinan por reconocerles cierta personalidad administrativa a fin de que un simple órgano pueda ser tenido como parte, señalando que, si bien es cierto estos órganos carecen de personalidad jurídica, ello es principalmente con referencia a otros sujetos de derecho.

No se podría aceptar que un órgano impugnanara actos de un superior jerárquico que ha ejercido control de legitimidad sobre ellos por medio de un recurso, pero sí podría sostenerse que un órgano que defienda atribuciones del ente a que pertenece aunque no revista el carácter de representante legal de éste, interponga recursos administrativos contra los actos que le afecten específicamente. Tal sería el caso, por ejemplo, que habiéndose designado un interventor por el Poder Central, éste adoptara decisiones que afectaran a los órganos intervenidos los cuales podrían oponerse mediante recurso en vía jerárquica a esas decisiones. Igualmente, sucedería en la eventualidad de que un órgano se arrogue competencias que pertenecen a otro sin tener facultades para hacerlo, con lo que sus actos podrían ser impugnados por el órgano ante el que fuere competente.(6)

En este aspecto, la Ley de Procedimiento Administrativo de la RFA ya citado es muy escueta pues en los artículos 11 y 12 indica, por su orden, que son capaces de ser parte las autoridades (inc 3) y para actuar "las autoridades a través de sus jefes, sus representantes o mandatarios." (inc 4)

Finalmente, una última hipótesis de consideración sería la de que el titular del órgano o un funcionario público que a él pertenezca se considere afectado en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, caso en el cual, por supuesto, podría ser sujeto en el procedimiento y actuar en éste, pero ya no como órgano del ente sino que lo haría a título personal, es decir, como sujeto de derecho y no como órgano, por lo que se encontraría en una posición similar al administrado, siéndole aplicable lo que al respecto comentamos.

CAPITULO II LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL

A. ALGUNOS PRINCIPIOS PRIVATIVOS DEL PROCESO CIVIL.

El proceso civil se prevé como medio de solución pacífica de conflictos netamente privados y, a pesar del interés público que existe respecto a que se haga justicia pronta y cumplidamente, es lo cierto que se deja al arbitrio de las partes el progreso del procedimiento, y en ningún caso puede iniciarse de oficio. Lo anterior se conoce como "principio de disposición" que explica cómo el juicio se deja a las partes en su iniciación y seguimiento. (7) Tal principio conlleva la consagración de instituciones como la transacción, la deserción y el desistimiento (artículo 1367 CC y 844, 851 y ss del CPC).

Es de destacar también la limitación en las facultades del Juez en cuanto a la prueba: no puede resolver sino con las pruebas que consten en el expediente y hayan sido introducidas con las formalidades requeridas por la ley. Rige, de este modo, el principio de "verdad formal". Al respecto, el órgano juzgador no posee poderes de investigación pues la prueba está a cargo de quien afirma en su acción o del que opone una excepción. (art. 719 CC)

Otros principios citados por la doctrina son: el de igualdad (que consiste en que toda actuación de una parte será comunicada a la otra), el de economía, el de probidad (que exige evitar la malicia o fraude procesal de los litigantes), etc.

B. PARTES Y SUJETOS EN EL PROCESO CIVIL.

Tradicionalmente se acepta en doctrina la definición de parte dada por CHIOVENDA, quien sostiene que "parte es aquél que pide en propio nombre o en cuyo nombre se pide la

(5) GORDILLO (Agustín) Procedimiento y Recursos Administrativos. Buenos Aires, Jorge Alvarez Editor, 1964, p 67.

(6) Ibid. pp 66 y 69

(7) COUTURE (Eduardo J.) Fundamento de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Editorial Depalma, tercera edición, 1958, pp 182 y ss.

actuación de una voluntad y aquél frente a la cual es pedida." (8)

Como es bien sabido, es la parte actora quien inicia el proceso con la presentación de la demanda, y a partir de la contestación que de ella haga el accionado nace la relación procesal, que implica una serie de cargas y derechos dentro del proceso, como son: la obligación de impulsar el proceso, carga de la prueba, afianzamiento de costas, etc. Queda excluido del concepto de parte el órgano juzgador, pues tal categoría sugiere la contención de intereses particulares y a éste corresponde más bien la solución de ese conflicto, colocándose en una posición imparcial, carente de interés particular.

Debe advertirse que el concepto de parte empleado en esta sección de nuestro estudio es puramente procesal y no se identifica con la titularidad de los derechos u obligaciones que son causa del proceso mismo, pues un juicio puede iniciarse mediante el ejercicio de la acción entendida como facultad abstracta conferida a todos, por quien afirma tener un derecho aunque no le pertenezca, e igualmente seguirse contra quien en realidad no sea el obligado. (9) Lo que las legitima como partes es que presentan un interés merecedor de tutela y la titularidad de un derecho posiblemente exitoso. Cabe recordar aquí la conocida falla del artículo 1o del CPC que exige, para entablar una acción, derecho real o personal que le sirva de fundamento, lo cual es totalmente incorrecto.

De lo anteriormente expuesto podemos elaborar un concepto de parte como aquellas personas, físicas o jurídicas, que se constituyen en sujetos de un proceso para pretender en él la tutela jurisdiccional y que, por consiguiente, asumen la titularidad de las relaciones que en el mismo se crean, con los derechos y cargas inherentes.

Nótese así que entre sujeto y parte hay una relación de género a especie pues toda parte sí es sujeto del proceso pero no todo sujeto es parte, como es el caso del Juez.

C. INTERVENCION DE TERCEROS EN LA RELACION PROCESAL CIVIL.

Contestada la demanda en forma se configura propiamente la relación procesal, quedando de este modo trabada la "litis". Este es el caso normal, pero bien puede suceder que un tercero ajeno al proceso pueda verse perjudicado por las incidencias de su trámite o porque la sentencia lo alcance en una forma u otra.

El caso de intervención de un tercero en el proceso se limita, la generalidad de las veces a una intervención posterior al momento señalado. No obstante, una vez que el Juez admite su participación en el juicio dejan de ser terceros para ser partes en el sentido procesal que hemos dado. (10)

De lo que llevamos dicho, son dos las partes principales en el proceso civil: el actor, que es el que deduce la pretensión ante el órgano jurisdiccional, y el demandado, que es aquél frente a quien se deduce la pretensión. Por tercero entenderemos, tomando la noción que da DE LA PLAZA, lo siguiente: "Se denomina intervención de terceros en la relación procesal el hecho de que aquéllas personas que no figuran como actores o demandados en el escrito de demanda -partes primitivas u originarias- comparezcan mostrándose partes en el proceso -partes sobrevinientes- a efectos de prevenir, mediante el ejercicio de su defensa, los efectos dañosos que pudieran ocasionarle el proceso ajeno a la sentencia al influir en su esfera jurídica lesionando sus derechos e intereses." (11)

La admisión del tercero tiene su fundamento en razones de economía procesal y seguridad jurídica, pues con ello se evitan sucesivos pleitos que perfectamente puede resolverse en un sólo fallo. Su participación no desnaturaliza la relación procesal normal entre actor y demandado ya que el proceso exige la intervención de todos los intereses de tal manera que la sentencia sea realmente definitiva.

(8) Citado por AREAL (Leonardo) Manual de Derecho Procesal. Buenos Aires, Editora La Ley SA, 1966, p 267.

(9) Sobre la distinción entre acción y pretensión. Cfr.: MONTERO AROCA (Juan) Introducción al estudio del Derecho Procesal Civil. Facultad de Derecho UCR, texto fotocopiado, 1982. p 151 y ss.

(10) Así GDNZALEZ MURILLO (Oscar) Intervención de terceros en la relación procesal. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, tesis de Grado, 1956, p 33.

(11) Citado por AREAL. Op. cit. p 284.

Siendo los terceros titulares de intereses protegidos por el Ordenamiento o de derechos eventualmente triunfantes, el problema de su intervención debe ser analizado como un problema de pluralidad de partes. A los diferentes supuestos de tales intervenciones dedicaremos especial atención.

D. SUPUESTOS DE INTERVENCION DE TERCEROS, LITIS CONSORCIO Y SUCESION PROCESAL.

Las variantes en cuanto a las intervenciones de terceros son muy amplias tratándose del proceso civil, pues, aparte de existir múltiples tipos de procedimiento (ordinarios, ejecutivos, interdictos, sucesorios) los intereses en juego en cada uno tienen los más diversos contenidos y tienden a fines todavía más particulares. No podemos entonces encasillar, sin caer en serios inconvenientes, tales intervenciones en categorías cerradas, ya que hay procesos que por su naturaleza sólo admiten la intervención de ciertos terceros.

Nosotros tomaremos el concepto de interés para tratar de dar una clasificación que más o menos abarque todos los supuestos de intervención de terceros, pluralidad de partes y de lo que se conoce como sucesión procesal. Ello por exigencia del objeto principal de nuestro estudio, dentro del cual el presente capítulo pretende dar algunos conceptos para contraponerlos con el procedimiento administrativo, considerando que del proceso civil se han tomado diversos aspectos e instituciones.

El interés, procesalmente hablando, se refiere a que de no actuar la parte o de no contradecir la acción o abstenerse el tercero de intervenir, se le depararía un perjuicio. El interés puede presentar diversos caracteres o grados: (12)

El interés puede ser propio, en el sentido de personal, o ajeno.

ii. Puede ser originario, por haber sido su titular el promotor de la acción; o derivado, cuando otro adquiere el derecho que se discute o es sustituido por otra persona.

iii. Puede ser directo, en el sentido de perseguir su satisfacción con independencia del interés de otro sujeto; e indirecto, cuando la satisfacción se obtiene a través del éxito de las pretensiones de otra parte.

iv. Puede ser excluyente, cuando la pretensión no puede ser incoada sino por el titular de un derecho; o puede no ser excluyente, cuando puede ser ejercitado por otro u otros.

v. Por último, puede incidir sobre todo o parte del proceso.

De acuerdo entonces a tales grados de interés podemos analizar los supuestos de intervención de terceros y pluralidad de partes como sigue:

1) Tercero con interés propio, originario, directo y excluyente.

Es el caso más normal. Se da cuando existe una relación o confrontación provocada por un proceso suscitado por otras personas y el derecho del tercerista. Aquí encontramos ejemplos como la tercería excluyente de dominio, donde se pretende excluir del proceso un bien que ha sido erróneamente embargado por ser ajeno (art. 492 CPC) y el caso del acreedor que se apersona a un juicio ejecutivo pretendiendo la preferencia de pago de su crédito (art. 492 CPC)

Según expone AREAL (13) el tercero desempeña en estos casos el papel de actor y la contraparte está constituida por el actor y demandados originarios.

Es importante señalar que, no obstante que el tercero preferente en el pago plantea una pretensión claramente excluyente respecto del acreedor promotor del juicio en que aquél interviene, nuestro Código de Procedimientos Civiles entiende su intervención como coadyuvante, según los términos empleados por el artículo 492 ya citado.

Cabe mencionar asimismo, dentro de este primer grupo, al poseedor del bien hipotecado que es prevenido por la autoridad judicial para que en el término de diez días cancele la obligación o abandone el bien. Es claro que sólo en el primer caso puede tenerse como parte pues si sólo abandona el bien no tiene participación alguna en el asunto.

(12) La exposición que sigue se ha basado en el planteamiento explicado por PODETTI (Ramiro) Tratado de la tercería. Buenos Aires, Ediar Editores, 1949, p 36 y ss.

(13) AREAL. Op. cit. p 285.

2) Interés propio, originario, directo y no excluyente.

Estamos aquí en presencia de una legitimación forzosa o voluntaria, sin la cual el proceso no se sustanciaría perfectamente. Caben citarse como ejemplos:

a- Supuestos de coadyuvancia: Tal es la citación a juicio del codeudor de obligación indivisible (art. 663 CC)

Es dudoso comprender como coadyuvante la actividad recursiva que emprenda un tercero ajeno al proceso, según la previsión contenida en el artículo 864 CPC, en virtud de que no apoya al que ha sido vencido en todo o en parte, pues el recurso modificará sólo lo que tenga que ver con él.

b- El "litis consorcio". Aunque no se trata propiamente de intervención de terceros, se refiere a una situación especial de pluralidad de partes. En el "litis consorcio", las figuras del actor, del demandado o ambas, se encuentran desempeñadas por varias personas (litis consorcio activa, pasiva y mixta respectivamente). Puede ser voluntario o forzoso, según lo imponga o no la ley para que prospere la acción o la defensa. Un ejemplo de litis consorcio pasivo necesario es la acción de reivindicación para recuperar una porción de un fundo ya que tiene que demandarse a todos los vecinos a fin de determinar quién tiene el faltante.

3) Interés propio, originario e indirecto.

Hay dos ejemplos dentro de este grupo de intervenciones:

a- La citación al garante por evicción para que actúe, según lo manda el artículo 336 CPC, como coadyuvante del adquirente. Su participación es voluntaria.

b- El acreedor que ejerce la acción oblicua, pues con ello se depara un beneficio que no es directo en su patrimonio sino indirecto, ya que se garantiza el éxito de un futuro reclamo judicial de su crédito (art. 848 CC)

Se nota aquí que no se trata de intervención de un tercero después de trabada la litis, sino que el acreedor funge como un verdadero actor. Es por ello, que desde el inicio se hizo la salvedad de que la tercería se da generalmente después de contestada la demanda.

4) Interés propio no originario.

Aquí el interés es derivado del actor original. Tales situaciones se denominan "sustitución o sucesión procesal" y pueden ser a título universal o a título particular.

La primera es el caso del acreedor que muere en persecución de un crédito pendiente, de tal forma que sus herederos a título universal lo sustituyen en el juicio ejecutivo correspondiente.

El segundo se refiere a la cesión de derechos litigiosos reemplazando al cesionario. (art. 1117 y ss CC)

Tales situaciones dan mayor relevancia al derecho en que se funda la acción, que al interés. Los anteriores, según ya referimos, no exigen más que un derecho posible racionalmente exigible, pero cuando se cede un derecho, el mismo existe como tal, sin necesidad de declaratoria jurisdiccional, especialmente cuando se trata de un título ejecutivo.

5) Interés ajeno.

El caso en que un tercero actúe en beneficio de otro es raro, pero el artículo 2o del CPC lo legitima a título de gestor de negocios, con el necesario requisito de que el beneficiado avale lo actuado.

CAPITULO III LAS PARTES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En el proceso contencioso administrativo, generalmente actúa como parte demandante el particular y como demandado la Administración que dictó el acto o disposición impugnados por el particular. Esta situación obedece a una de las prerrogativas de la Administración, a saber, el privilegio de la "decisión ejecutiva", también conocido como principio de autodefensa. Dicho principio descansa en la premisa de que la Administración no tiene que recurrir a la vía procesal para satisfacer sus pretensiones, mientras que el particular sí se encuentra

obligado a acudir a la Administración para hacer valer los suyos. (14)

Sin embargo, la anterior situación, que es la normal, tiene una excepción que se manifiesta en el proceso contencioso de lesividad. En él, la Administración acude como demandante a impugnar un acto por ella dictado creador de derechos subjetivos, encontrándose, en este caso, el ente administrativo inhibido para invocar el privilegio de autodefensa, en interés a los derechos del administrado. De esta situación hablaremos más adelante al referirnos a la legitimación para actuar en el proceso.

A. CAPACIDAD PROCESAL

El artículo 9 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA), se refiere a la capacidad procesal. Su inciso a) establece que gozarán de capacidad las personas que la ostenten con arreglo a la legislación civil, por ello remitimos a la primera parte de esta investigación donde se trata en forma general este punto.

Si interesa destacar la situación que presenta el inciso b) de este artículo, que confiere capacidad procesal a la Contraloría General de la República, a pesar de que carece de personalidad jurídica. Al respecto González Pérez sostiene que "...no parece correcto acudir a la ficción jurídica de atribuirle capacidad procesal (a la Contraloría) pues la capacidad va unida a la personalidad, ..." (15) Indudablemente, parece llevar razón el distinguido estudioso a este respecto, pues si relacionamos el inciso en cuestión con el artículo 11, párrafo 2, inciso b) y con el artículo 43 inciso 2), veremos que la Contraloría únicamente puede intervenir en un proceso contencioso en calidad de coadyuvante, pero de carácter muy sui generis, pues no está obligada a litigar unida a la parte principal bajo una misma representación y dirección, como por regla general deben hacerlo todos los coadyuvantes.

B. LEGITIMACION

En cuanto a la legitimación activa, en materia contencioso administrativa se han distinguido dos tipos de pretensiones: "de anulación" y "de plena jurisdicción".

Se da la primera cuando el actor pide solamente la anulación de un acto o disposición de la Administración. Para ello se exige como requisito de legitimación, que el demandante tenga interés legítimo, personal y directo. Este tipo de pretensión se encuentra presente en nuestra LRJCA, específicamente en el artículo 10 párrafos 1 y 2, que establecen la posibilidad de pedir la anulación de actos y disposiciones de la Administración por los particulares y para ello basta que cuenten con un interés legítimo y directo en ello. (16)

En la pretensión de plena jurisdicción, el demandante solicita además de la anulación del acto o disposición, el reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada, pero en este caso se exige que quien promueva la acción ostente un derecho subjetivo reconocido por el ordenamiento y que lo considere infringido por la actividad administrativa. Tal pretensión encuentra su plena manifestación en el artículo 10 párrafo 3 de la LRJCA.

En doctrina se critica esa exigencia de contar con derecho subjetivo, dado que puede llegar a negarse legitimación a un demandante que por cuestiones puramente formales, no pueda demostrar que él es el titular. En realidad, el determinar si un sujeto tiene o no derecho subjetivo, es un problema ligado íntimamente al fondo del litigio, y es "a posteriori" que se constatará si tiene o no tal derecho. (17)

El artículo 10 párrafo 1 inciso b) y el 20 párrafo 1 de la ley que citamos, establecen que solo están legitimados para impugnar actos de carácter general, las Instituciones, Corporacio-

(14) GONZALEZ PEREZ (Jesús). *Derecho Procesal Administrativo*. Tomo II. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957. Pág. 202. GONZALEZ PEREZ (Jesús). *El Coadyuvante y el recurso de apelación*. Revista de Administración Pública. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, No. 16, Año IV Enero - Abril de 1955.

(15) GONZALEZ PEREZ (Jesús). *El proceso administrativo en Costa Rica*. Revista de Ciencias Jurídicas. No. 24, T. II junio-setiembre-diciembre, 1974. Pág. 83.

(16) En cuanto al concepto e implicaciones del concepto interés legítimo, ver infra Capítulo V.

(17) Ver GONZALEZ PEREZ. *Derecho Procesal...*, op. cit. Pág. 232.

nes y demás organismos que en ellos se indican. Ello constituye una restricción a la regla general de legitimación, y como regla especial que es, debe aplicarse restrictivamente cuando se trate de impugnación directa del acto general, pero no cuando se trate de impugnar un acto de aplicación de la disposición general (artículo 20 párrafo 3 LRJCA), lo cual caería en el supuesto de "impugnación indirecta" que permitiría al administrado por sí mismo dirigirse contra el acto de aplicación. Tampoco se aplica esa regla especial cuando se cae en la hipótesis del párrafo 2 del artículo 10 *ibídem*. (18)

Se confiere también legitimación activa a la propia Administración (artículo 10 párrafo 4 en comentario), tratándose del proceso de lesividad. Este proceso constituye una garantía para los administrados pues estos conservan el goce de los derechos que emanen de un acto administrativo mientras en vía jurisdiccional no se declare con lugar la pretensión de la Administración. (19)

La legitimación pasiva, como ya lo apuntamos, viene a determinar quién se considerará parte demandada en el proceso. En vía contencioso administrativa, la parte demandada será lógicamente la Administración que dictó el acto o disposición que se impugna, sin embargo, es preciso hacer una serie de acotaciones con respecto a este punto. No se demanda a la Administración Pública como ente abstracto, sino a un ente público concreto, con personalidad jurídica propia; por esta razón el artículo 11 párrafo 1 inciso a) de nuestra LRJCA, al finar la regla general antes mencionada, hace una salvedad tratándose del Poder Ejecutivo y sus órganos y de los Poderes Legislativo y Judicial en función administrativa, pues careciendo aquellos de personalidad jurídica debe necesariamente demandarse al Estado como persona jurídica por excelencia que es, reconociendo en consecuencia la unidad de la personalidad del Estado. (20).

Por otra parte, tratándose de actos o disposiciones de la Administración que requieren autorización, aprobación o conocimiento, sea actos que están sujetos a la fiscalización de otro ente, la demanda deberá dirigirse contra el ente fiscalizador si no aprobó el acto; y contra el ente que dictó el acto, si el órgano encargado de la fiscalización lo aprueba (ver artículo 11 de la LRJCA). El inciso b) del párrafo 2 del artículo 11 mencionado, presenta una contradicción, pues si es la Contraloría la que en función fiscalizadora ha desaprobado el acto, no es ella la demandada -pues como ya dijimos, carece de personalidad jurídica-, sino que se aplica al inciso a) del mismo párrafo, pasando a tener calidad de demandada la entidad que dictó el acto fiscalizado, cuando en realidad ésta última tiene interés en que se anule la desaprobación y se apruebe el acto.

Por último, y para concluir con el tema de la legitimación pasiva, hay que destacar el apartado b) del párrafo 1 del artículo 11 de la LRJCA que considera como parte demandada a las personas en favor de las cuales se deriven derechos del acto o disposición impugnados en el proceso.

Esta disposición que consagra la LRJCA española -en la que se inspira la nuestra- tiene su origen, según lo sostiene el Dr. González Pérez, en reiterada jurisprudencia de los tribunales españoles que detectaron la gran incongruencia que significaba el obligar a apersonarse en el proceso como simples coadyuvantes de la Administración a sujetos que realmente revestían el carácter de parte principal, dado que eran derechos que les confería el acto impugnado los que estaban en juego. Es este el caso más evidente de litisconsorcio pasivo necesario que contiene nuestra LRJCA.

De acuerdo con González Pérez, la disposición que estudiamos traería problemas si "... hubiera sido necesario emplazar personalmente a todas y cada una de las personas a cuyo favor reconoció derechos el acto... pues ello podría entorpecer el procedimiento." (21) Sin embargo, la misma LRJCA se encargó de solucionar el problema ya que su artículo 43 párra-

(18) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ. La jurisdicción contencioso administrativa en Costa Rica. Revista del Colegio de Abogados. No. 12, Tomo XXI, Julio de 1966. Pág. 436.

(19) RETANA SANDI (Gonzalo). La jurisdicción contencioso administrativa en Costa Rica y su reforma. Revista del Colegio de Abogados. No. 12, Tomo XXI, Julio de 1966.

(20) GONZÁLEZ PÉREZ. La jurisdicción contencioso..., op. cit. Pág. 437.

(21) GONZÁLEZ PÉREZ. Derecho Procesal..., op. cit. Pág. 240, nota 87.

fo 1, atribuye a la publicación, en el Boletín Judicial, del escrito de interposición de la acción el carácter de emplazamiento respecto de las personas contempladas en el artículo 11 párrafo 1 inciso b), del texto legal citado.

C. REPRESENTACION Y DEFENSA DE LAS PARTES

Este punto no ofrece mayores problemas, dado que se establecen reglas claras en cuanto a la representación y defensa de las partes que intervienen en el proceso.

El Estado como persona jurídica que es, viene a estar representado por los funcionarios de la Procuraduría General de la República, de acuerdo con el artículo 15 de la LRJCA.

Tratándose de entes administrativos con personalidad jurídica propia, su representación la determinará la ley orgánica respectiva. En lo que a particulares se refiere, se les aplicará la legislación común, llegándose con ello al patrocinio letrado (artículo 16, *ibídem*)

Sí interesa destacar el artículo 17 de dicha ley que obliga a las personas que figuren como demandados en virtud del artículo 11 párrafo 1 inciso b) (caso de litisconsorcio pasivo necesario) y a los coadyuvantes a litigar bajo una misma representación y dirección, pero -afortunadamente- elimina tal exigencia si sus posiciones son contradictorias, pues de no ser así, se caería en graves incongruencias.

D. PLURALIDAD DE PARTES: EL LITISCONSORCIO Y LA COADYUVANCIA

En el proceso contencioso-administrativo pueden intervenir una pluralidad de partes, dándose las figuras del litisconsorcio cuando intervienen pluralidad de partes principales (tanto de demandantes como de demandados) y la coadyuvancia cuando junto a la parte principal surge una parte accesoria que se adhiere a ella.

Interesa destacar que la figura del tercero excluyente no se conoce en el proceso contencioso administrativo, sin embargo creemos que tal figura podría encontrar cabida en él, de acuerdo con las reglas del procedimiento civil, en virtud de lo que dispone el artículo 13 de la LRJCA.

1. LITISCONSORCIO

Si bien la LRJCA no habla expresamente del litisconsorcio, esta figura se desprende de su articulado.

El litisconsorcio pasivo (pluralidad de demandados) como ya lo dijimos, se regula en los artículos 11 párrafo 1 inciso b) y 17 párrafo 1 de la LRJCA (22) Este último artículo obliga a que la pluralidad de demandados actúen unidos y bajo una misma representación y dirección, situación que -en opinión de Guasp-, puede traer dificultades prácticas "...en cuanto al modo de conseguir y mantener la unión e identidad de las partes" (23), pero nuestra ley pareció prever ese problema pues exime de tal obligación a las partes cuando se presente un mínimo de contradicción entre ellas. No parece aplicable este artículo cuando se produzca litisconsorcio activo (pluralidad de demandantes), ya que la norma es clara al hablar solo de los demandados, de tal manera que si son varios los actores ellos no estarían obligados a actuar bajo una misma representación y dirección.

Según González Pérez, los presupuestos de la acumulación (en nuestra LRJCA, el artículo 25), se aplican tratándose de litisconsorcio tanto activo como pasivo, pues es necesario que los litisconsortes deriven su carácter de tales de un mismo acto o disposición, y en este supuesto deduzcan en un solo proceso las distintas pretensiones. (24)

Otra norma que reafirma la existencia del litisconsorcio la constituye el artículo 65 párrafo 5 al establecer: "si fueren varios los demandados, el proceso continuará respecto de aquellos que no hubieren desistido".

Si bien normalmente el litisconsorcio surge al iniciarse el proceso, ello no impide que pueda darse en un momento posterior, y bien podría esta situación darse dentro de las cir-

(22) Ver también el artículo 66 párrafo 3 de la misma ley. Este litisconsorcio igualmente se da en el proceso de lesividad.

(23) GUASP, citado por GONZALEZ PEREZ, Op. cit. Pág. 279.

(24) GONZALEZ PEREZ, Op. cit. Pág. 439.

cunstancias que contiene el artículo 13 de la LRJCA respecto de relaciones jurídicas transmisibles o transferencias de competencias de un ente a otro.

2. LA COADYUVANCIA

En doctrina se considera al coadyuvante como una parte subordinada a la posición de una parte principal, por ello reviste un carácter accesorio y realiza una misión estrictamente cooperadora. González Pérez lo define como "...la persona que interviene en el proceso (contencioso) administrativo adhiriéndose a las pretensiones de la Administración demandante o de la parte demandada." (25) Encuentra su fundamento en la salvaguardia y protección de aquéllos a quienes la resolución final del proceso pueda afectar, además de que da al juzgador mayores elementos de juicio y apreciación (26)

En el proceso contencioso-administrativo se equipara la figura del coadyuvante con la del que interviene adhesivamente, conceptos que como veremos más adelante constituyen instituciones individualizadas con características propias, en el procedimiento administrativo.

El principal problema que se ha presentado en torno a la figura del coadyuvante, radica en que muchas veces se le atribuye este carácter a un sujeto que en realidad debería considerarse como parte principal. Por ello un estudioso español sostiene que bajo la figura del coadyuvante existen dos tipos de intervención distintas: 1) el coadyuvante que interviene en el proceso adhiriéndose a las pretensiones de una parte principal, surgiendo la figura de la intervención adhesiva, es decir, coadyuvante en sentido propio (nótese aquí que se define al coadyuvante recurriendo al concepto de adhesión); 2) el coadyuvante que interviene en un proceso sosteniendo una pretensión principal, siendo en realidad su intervención de carácter principal, dando lugar a la figura del litisconsorcio. (27)

Como requisito de legitimación para intervenir como coadyuvante, es preciso que el sujeto tenga un interés directo en lo que al acto o disposición se refiere, según lo establece el artículo 12 LRJCA.

La coadyuvancia se admite respecto del demandado de modo pasivo (artículo 12 párrafo 1) y en el proceso de lesividad se acepta la intervención de coadyuvantes unidos a la parte principal y bajo una misma representación, tal como lo dispone el artículo 17

La LRJCA no prevé la figura del coadyuvante respecto de los demandantes, salvo que se trate de un proceso de lesividad, y en doctrina domina esta tesis. (28)

Por otra parte, no existe plazo para que intervenga el coadyuvante, parece que puede hacerlo en cualquier momento del proceso. En España en ciertos casos se acepta que pueda comparecer en segunda instancia.

En nuestro proceso contencioso-administrativo se confiere a los coadyuvantes legitimación para llevar a cabo una serie de actos que les permitan tener una participación bastante activa en el proceso. Entre ellos tenemos la posibilidad de oponer defensas previas (artículo 50 párrafo 1), de contestar la demanda (47 párrafo 1) y de apersonarse en autos (45 párrafo 1). Esta participación se manifiesta en forma más evidente cuando el proceso no comparece la parte principal, ya que es posible y ello lo sostiene la más autorizada doctrina que "...la parte principal no comparezca o se abstenga, tramitándose el proceso en rebeldía... es en este supuesto cuando más sentido tiene la intervención de la parte accesorio para defender un acto que la entidad principalmente obligada a hacerlo, se niega a defender. Ante la inercia, pasividad y hasta mala fe de la entidad demandada adquiere especial relevancia la actuación del coadyuvante." (29)

Pero quizá la mayor atribución que se confiere al coadyuvante en nuestra legislación es el reconocimiento a éstos de la posibilidad de apelar con independencia de las partes princi-

(25) GONZALEZ PEREZ. Op. cit. Pág. 282.

(26) GONZALEZ PEREZ. El coadyuvante..., op. cit. Pág. 143.

(27) LOPEZ ROOO, citado por GONZALEZ PEREZ. El coadyuvante..., op. cit. Pág. 141-142.

(28) En este sentido ver Resolución del Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda de 18 de abril de 1975. Municipalidad de Heredia contra el SNAA. Exp. 888-75 (contencioso de lesividad)

(29) GONZALEZ PEREZ. La jurisdicción..., op. cit. Pág. 48

pales (artículo 71 párrafo 1 de la LRJCA), situación que evita se produzcan circunstancias de denegación de justicia, sobre todo cuando la Administración no defiende sus derechos en forma diligente. El profesor González Pérez alaba esta posibilidad, aún cuando considera no sea muy correcto desde el punto de vista técnico, debido al carácter accesorio del coadyuvante (30).

CAPITULO IV

LOS DIVERSOS SUJETOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Hemos visto páginas atrás las concepciones básicas sobre el sujeto procesal en general y las diferentes figuras que intervienen en las ramas afines al tema objeto de nuestra investigación. Esas consideraciones nos permiten comprender en forma más amplia y clara, la noción y fundamento de los sujetos que intervienen en el procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo tiende a confundirse con el procedimiento contencioso-administrativo. Algunos tratadistas extranjeros al referirse al tema del procedimiento administrativo profundizan en punto a la discusión y debate de derechos e intereses en el ámbito jurisdiccional (31). Debe tomarse en cuenta que cuando nos referimos al procedimiento administrativo, hacemos alusión a la etapa en que se gesta y se reconsidera el acto administrativo, sea la discusión de derechos e intereses en sede administrativa y cuyo resultado, puede o no ser llevado al ámbito jurisdiccional.

Nuestra Ley General de Administración Pública (LGAP) cuando habla de las personas que pueden intervenir en el procedimiento administrativo, utiliza el vocable "parte", queriendo con ello indicar a la persona o a las personas que piden en nombre propio o en nombre de otro en contraposición al ente administrativo que gestiona el acto o bien dirige la revisión del mismo. En este sentido, no consideramos adecuada la terminología utilizada por nuestra LGAP, dado que parte es "quien pretende y aquel frente a quien se pretende", concepto netamente procesal (32) en el que las partes se encuentran en una situación jurídica contrapuesta, mientras que en el procedimiento administrativo figuran como sujetos del proceso: la Administración y el administrado. La Administración actúa en la doble condición de "juez" y parte, situación que si bien se da en el proceso civil y en el contencioso-administrativo, se presenta en estos dos últimos claramente distintos y separados (33). En el procedimiento administrativo -a nuestro entender- no hay un tercer sujeto que en forma absolutamente imparcial dirija el proceso. Por otro lado, ese órgano administrativo participa en el procedimiento con el objeto de emitir en la mejor forma posible el acto final, tomando en cuenta la posición e intereses del administrado, y comprobado así los presupuestos fácticos reales que permiten e impulsan su emisión, sin que por ello tenga que propugnar o mantener un interés contrapuesto al del administrado.

Por todo ello, en vez de hablar de parte, parece más correcto utilizar el vocable "sujeto". Esta expresión es más acorde con la naturaleza del procedimiento administrativo y con la actividad que en el desarrollan la Administración y el administrado (34)

Ahora bien, dejando de lado los aspectos terminológicos, ¿cuáles son los sujetos en el procedimiento administrativo?; ¿cómo se caracteriza cada uno de ellos?. Nuestra LGAP, contempla en el Título Cuarto, Capítulo Primero, cinco posibles sujetos intervinientes en el Procedimiento administrativo: dos sujetos principales: el tercero adhesivo, el tercero excluyente

(30) *Ibidem*.

(31) Ver *supra*, Capítulo III.

(32) Ver *supra*, Capítulo II, punto B.

(33) Nótese que el juez es, en definitiva un funcionario público. Asimismo vale la pena recordar que la Administración puede intervenir en el procedimiento civil demandando a un particular en la vía ejecutiva, o bien optar por el procedimiento civil de hacienda.

(34) Al respecto véase ESCOLA (Héctor José). *Tratado Teórico-Práctico de los Recursos Administrativos*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, Primera Edición, 1967, pp. 156 y ss. BELTRAN GUERRA (Luis). *El Acto Administrativo. La Teoría del Procedimiento Administrativo*. Caracas, Editorial Talleres Avilarta, Primera Edición, 1977. Pp. 32-33.

y el coadyuvante. Procedemos pues a enmarcar conceptualmente cada una de ellas.

A. SUJETOS PRINCIPALES

Sujeto principal es aquel que afectado en un derecho o interés legítimo, directo y actual. Participa desde el inicio en el procedimiento administrativo, reclamando el reconocimiento de este interés o derecho. Asimismo lo es la propia Administración, que figurará siempre como sujeto principal. Ambos se han analizado en su debido momento, por lo que nos limitaremos a introducir algunas pocas acotaciones.

El artículo 275 de la LGAP, expresa que para ser parte principal se requiere un derecho subjetivo o un interés actual, propio y legítimo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final. ¿Qué entendemos o demos entender por interés actual, propio y legítimo? Por actual debe entenderse un interés que sea vigente, que se de en un momento del reclamo, o sea, que no dependa de hipótesis inseguras, inciertas o meras conjeturas.

El interés actual se contrapone a lo que podemos llamar un interés hipotético o conjetural. Así por ejemplo, no podría objetarse un cartel que aún no se ha publicado, o no podría pedirse la denegación de una licencia para construir que no ha sido dada todavía. Sin embargo, veremos más adelante alguna distinción que se hace entre interés actual y perjuicio económico.

Por su parte, el interés propio se refiere al interés que pertenece a aquella persona que lo invoca. Interés propio es entonces interés personal. Varias cosas ejemplifican el punto: ¿qué sucedería en caso de que por televisión se transmitieran películas pornográficas a una hora totalmente inconveniente? Podría un padre de familia válidamente instaurar un procedimiento administrativo por considerarse lesionado en su interés? Aparentemente no, pues se lo impide la insuficiencia de su interés propio. Veámos otro caso, ¿podría presentarse un vecino de Alajuelita impugnando la autorización de un vertedero de basura que contamina un río de San Rafael de Heredia, lugar en el que no tiene ninguna propiedad? No parece ello posible, pues no tiene interés alguno. Cosa distinta sucedería si ese habitante de Alajuelita, tuviese a su esposa e hijos en San Rafael, de los que vive separado por la existencia de un divorcio. En este caso, bien podría aceptarse como sujeto en el procedimiento. En definitiva, la posibilidad de considerar o no parte a una persona en estos casos deberá verse en cada situación particular, atendiendo a la relación que guarda con el acto dictado y a la impugnación del mismo. (35)

El interés debe ser también legítimo. Como veremos más adelante, el calificativo de legítimo referido al interés ha provocado controvertidas interpretaciones. Sin embargo, creemos que en el contexto en que la ley fue creada, el término "legítimo" debe interpretarse como aquel interés amparado a la ley. No en el sentido de que sea una posibilidad de exigir algo de los demás, pues ello sería un derecho subjetivo. Legítimo se refiere a que lo reclamado no está prohibido, ni choque con la moral, el orden público y las buenas costumbres. Ello se evidencia si una persona impugna el acto administrativo con que se cerró su local dedicado al expendio de marihuana y estupefacientes.

Por todo lo dicho y en apego al artículo 275 de la LGAP, podemos afirmar con fundamento, que para ser sujeto principal en el procedimiento administrativo, la ley requiere (en principio) poseer derecho subjetivo, interés legítimo, propio y actual. Empero esta afirma-

- (35) Los grupos organizados protectores de sus propios intereses, ocasionan otro problema con su intervención: "¿Puede una Cámara de Comercio presentarse y reclamar los daños y perjuicios que actos del Estado le han causado a uno de sus miembros? No. Porque ese es un interés del miembro y no de la Cámara de Comercio. Pero, qué pasa cuando el interés del miembro puede reproducirse en idéntica situación y ser igualmente derrotado en relación con todos los demás miembros de esa corporación? Muy posiblemente el Organo Director pueda llegar y decir que en ese caso la Cámara de Comercio sí está legitimada para reclamar a nombre de todos sus consociados aunque el agravio se refiera a un solo socio, porque ese agravio puede repetirse en relación con todos los demás en iguales condiciones". (Entrevista realizada al Licenciado Eduardo Ortiz Ortiz, el día 26 de abril de 1984, por los autores).

ción encuentra inconveniente al observar la letra del artículo 291 de la LGAP que literalmente reza:

“Quedará a juicio de la Administración proceder en la forma que a bien tenga cuando se le formule una petición por persona sin derecho subjetivo o interés legítimo en el caso”

Esta norma puede llamar a confusión, dado que parece contradecir el artículo antes citado. Pero contradicción es más aparente que real. Basta acudir a las fuentes primarias de la ley misma para que la supuesta contradicción sea despejada. El artículo 291 de la LGAP se refiere a la no obligatoriedad de la Administración de tomar en cuenta una petición que aparentemente carezca de derecho subjetivo o interés legítimo. El órgano director podrá, si así lo estima, abrir el procedimiento, pero no está obligado a ello, como sí lo estaría en los supuestos del artículo 275 de la ley en comentario. Bien puede la Administración, con base en el citado artículo 291, no abrir ningún procedimiento, o bien tener la petición como una mera denuncia y actuar de oficio. Si una persona totalmente ajena a un acto administrativo por carecer de derecho o interés legítimo, trata de impugnar la validez y eficacia de ese acto, puede encontrarse con la barrera del mencionado artículo. Claro está, para una decisión de este tipo la Administración deberá apegarse a los límites de la discrecionalidad, observando en todo la Constitución Política y las leyes (36).

Queda aún por comentar otro aspecto importante relacionado con la legitimación para actuar en el procedimiento. Hemos dicho que la titularidad de un derecho subjetivo o la posesión de un interés legítimo es el factor determinante para que un sujeto pueda intervenir en un procedimiento administrativo. Nos preguntamos entonces: ¿se requerirá efectivamente ese derecho subjetivo y ese interés actual, propio y legítimo, para actuar en un procedimiento como sujeto? Evidentemente no. No debemos caer en la confusión en que incurrió nuestro legislador al emitir el CPC, en cuyo artículo 1 se confunde la acción con el derecho, reiterando con ello la equivocada y vieja identificación romana de derecho y acción. Cuando el artículo 275 de la LGAP habla de la exigencia de derecho subjetivo e interés legítimo actual y propio, se refiere no a la titularidad del derecho o del interés sino a la posibilidad o apariencia de ese derecho o interés según se deduce de los términos en que se ha presentado la petición que abre el expediente. Lo que se requiere es esa apariencia del derecho o interés, pues sobre la declaratoria o rechazo del mismo se decidirá al final del proceso. El procedimiento se dirige precisamente a eso, a verificar la efectiva titularidad del derecho o interés pero para que el mismo se inicie se requerirá únicamente la simple apariencia de ese derecho o interés. Así, no es de extrañar que a una persona aceptada como sujeto en el procedimiento, se le deniegue su petición al final del proceso por carecer de derecho o interés. (37) Como ejemplo de lo dicho, supóngase que Mucius impugna la adjudicación hecha por el ICT, y presenta ante el órgano director documentos que demuestran que él no es oferente en dicha licitación, sino que es oferente del INS, en una licitación totalmente diferente de la que trata de impugnar. En dicho caso, tal administrado no puede ser sujeto en el procedimiento y la Administración se ajustará a los alcances comentados del artículo 291 de la LGAP, rechazando desde un inicio su petición. Esta es una observación de vital importancia que debe tomarse en cuenta no solo para efectos del sujeto principal, sino para todos los posibles sujetos que intervengan en el procedimiento, a los cuales se exigirá tan solo la apariencia de ese derecho o interés que proclaman, por lo menos inicialmente.

Así las cosas, podemos definir la figura del sujeto en el procedimiento administrativo como aquella persona -física o jurídica- que tiene un interés o derecho como posibilidad o apariencia razonable, al inicio, de acuerdo con la petición y con los documentos que la sustentan, aún cuando en definitiva se demuestre que no es titular de ese interés ni de ese derecho y que no tiene razón para pedir lo que pide.

En cuanto a la Administración como sujeto principal, nos limitaremos a recalcar, lo ya

(36) Entrevista realizada al Lic. Eduardo Ortíz Ortíz.

(37) “Es perfectamente posible que una parte legitimada para actuar en cuanto que la presentación que hace permite creer en la posibilidad de que sea el titular del derecho que alega y de que se haya agravado ese derecho, resulte derrotado después porque en definitiva se demuestra que el agravio no existe”. Entrevista ya citada, hecha al Lic. Ortíz Ortíz.

dicho líneas atrás, en cuanto serán tanto el órgano administrativo ante el cual debe desplegarse el procedimiento, como aquel contra el cual se puede plantear la petición, atendiendo, en ambos casos, a su competencia, sea por la materia, grado o territorio, sea en su ámbito constitutivo o recursivo (28).

B. EL TERCERO ADHESIVO

El tercero adhesivo está contemplado en el inciso segundo del artículo 280 de la LGAP. Es tercero adhesivo aquel que interviene para hacer valer un derecho o interés concurrente, deduciendo pretensiones propias a condición de que sean acumulables (39).

Es de tomar muy en cuenta que el tercero adhesivo interviene alegando un derecho concurrente, no contrario u opuesto sino coincidente con alguno de los sujetos originales. Esta parte se adhiere con su pretensión a la de otro que se encuentra ya en el procedimiento. Se presenta pues, a alegar su propio derecho o interés y a apoyar a la parte que ya funge como principal en el procedimiento en concurrencia con ésta.

Asimismo, es preciso destacar que este tercero adherente, en relación con la notificación que haya recibido, no debe haber dejado correr los términos que le permiten actuar, pues ello sería una burla al referido plazo de caducidad, como lo previene la frase final del inciso primero del artículo 280 LGAP. Esta figura es prácticamente un sujeto principal que bien pudo iniciar el procedimiento administrativo pero que por desconocimiento, o porque no fue notificado, se presenta una vez iniciado el procedimiento, adquiriendo no ya por lo menos en cuanto a denominación, el carácter de principal, sino de tercero adhesivo. Como ejemplos puede citarse los siguientes: 1- Por un acto administrativo se cancelan las concesiones otorgadas a dos personas diferentes. Una de ellas impugna esa cancelación ante el órgano administrativo respectivo, actuando como sujeto originario y principal. Otra afectada, luego de iniciado el procedimiento, se presenta también pidiendo la revocatoria del acto administrativo que afecta a ambas. 2- Si un acto administrativo afecta a varias Juntas de Educación, y una de ellas impugna el acto los que posteriormente se presenten se adhieren a la petición de la primera Junta solicitando la ilegalidad de la disposición. Don Eduardo Ortiz también ejemplifica la figura con el caso de varios expendedores de café a los cuales se les cierra el negocio. Uno de ellos aparece impugnando el acto administrativo y posteriormente los demás se adhieren (40).

Nótese que el tercero adhesivo necesita los requisitos de una parte principal, pues debe tener la apariencia de un interés directo, propio y actual o derecho subjetivo. Como se dijo, la diferencia básica con el sujeto principal radica en un aspecto temporal, en que el sujeto adhesivo se apersona tardíamente al procedimiento administrativo, debiendo tomarlo en la etapa o fase en que se encuentre.

Por ser prácticamente, un sujeto principal, no requiere de la supervivencia o constancia del sujeto que inició el procedimiento. Puede que incluso esa parte principal desista, en cuyo caso continúa el adhesivo con el procedimiento.

El tercero adhesivo requiere de un interés legítimo, propio y actual, pero, ¿podría un adhesivo presentarse y no pedir nada para sí? Al parecer ello es posible, puesto que se presenta en el procedimiento a apoyar las pretensiones del sujeto principal. De manera que apoya al otro y no pide nada para sí. No obstante habría que cuestionarse sobre la posición del mismo, que para algunos se aproxima a la figura del coadyuvante. (41)

(38) Sobre el punto Véase: FERNANDEZ VAZQUEZ. Op. cit. Pp. 737 y ss.

(39) Ver Proyecto de la Ley General de Administración Pública. En Revista de la Contraloría General de la República. Año III, diciembre de 1969, No. 9, Pág. 44.

(40) Entrevista citada.

(41) Como ha dicho don Eduardo Ortiz Ortiz "...en el caso de los terceros que intervienen adhesivamente, positivamente, a favor del promotor del expediente, pueden perfectamente apoyar sin hacer pretensiones a su favor. Es una parte que no pide nada, sino que apoya lo que pide aquél que promovió el expediente ...lo importante es que al tercer interviniente pueda o no deducir pretensiones propias" Entrevista ya citada.

C. TERCERO EXCLUYENTE

El tercero excluyente es un sujeto que posee en principio un derecho subjetivo o un interés actual, propio y legítimo pero no en forma concurrente como el adhesivo sino en forma antagónica, sea, en contra de una o ambas partes, según dispone el artículo 280 inciso 1) de la LGAP.

Esta figura también se encuentra con el obstáculo de los plazos de caducidad, puesto que si habiéndosele notificado no se apersonó dentro del término señalado, puede perder una oportunidad procesal.

Al igual que el tercero adhesivo, es una figura independiente de forma tal que si el sujeto principal desiste, no por ello perece el excluyente, quien puede continuar con el procedimiento. Por supuesto se le aplicará la misma regla en cuanto a que atenderá el procedimiento en la fase en que se encuentre, sin que por motivo de su ausencia deba reiniciarse la etapa procesal precluida. Como ejemplo puede citarse la cancelación de una concesión de línea de autobuses. En un procedimiento "A" impugna el acto por creerse lesionado. El verdadero concesionario B se presenta afirmando que la cancelación es nula, porque la concesión es suya, y no de A.

D. EL COADYUVANTE

La figura del coadyuvante es una de las más polémicas en el procedimiento administrativo. El coadyuvante es aquél que se presenta, no con la apariencia de un derecho subjetivo o interés actual, sino que el mismo sólo tiene un interés indirecto y potencial, sea que el acto no le depara directamente perjuicio, sino que puede derivarse de modo indirecto (42). Nótese que el coadyuvante no podrá presentarse como parte principal o como tercero puesto que no posee un interés actual y directo, puede incluso no poseer un interés propio. De forma tal que el coadyuvante se presenta a fortalecer la posición del sujeto principal alegando a su favor, en forma subordinada de tal manera que si la parte principal desiste o renuncia, el coadyuvante perece; es por tanto, una figura dependiente, con lo que no podrá pedir nada para sí, ni cambiar la pretensión del que coadyuva (artículo 278 LGAP)

Un aspecto innovador e importante de la LGAP en cuanto a esta figura es que la permite tanto pasiva como activamente, por lo que pueden haber coadyuvantes tanto del promovente como del sujeto pasivo (artículo 277 LGAP.)

El coadyuvante podrá presentarse en cualquier momento al procedimiento, pero deberá tomar el mismo en la etapa en que lo encuentre.

Su interés no es directo, ni actual, pero tiene que ser legítimo, utilizando el vocablo como ajustado a Derecho (43). Asimismo, la apariencia de ese interés puede no ser la de un interés propio, aunque este caso es susceptible de discusión.

Ejemplo de un coadyuvante con interés propio pero no actual será de la Contraloría General de la República, en el caso de que se abra un procedimiento administrativo contra un organismo del Estado. Otro caso lo sería el del Instituto Nacional de Seguros cuando figure como asegurador de un chofer que puede ser declarado culpable y por lo cual deberá pagarse el seguro. O bien el mismo instituto actuando en un procedimiento donde a un funcionario que tiene una póliza de Fidelidad, se le acusa de cometer un desfalco en alguna institución. Un último ejemplo lo sería un cliente del concesionario al que se le quiere cancelar ese beneficio, el cual eventualmente sufrirá un perjuicio si se cancela dicha concesión.

En definitiva, el coadyuvante es aquél que carece de interés actual por lo que interviene con un aparente interés indirecto, como simple colaborador de la parte activa o pasiva

(42) Luego veremos la distinción entre interés y perjuicio, por el momento solo basta indicar que para efectos de la ley están intimamente unidos.

(43) "El coadyuvante es aquél que a la inversa de la parte principal o del interviniente, está reclamando un derecho o interés que no tiene todas las características que tiene el derecho o interés de la parte principal, sea porque no es actual, sea porque no es propio, pero, siempre tiene que ser legítimo. Nunca se puede reclamar un derecho que no esté amparado por la ley, siempre tiene que haber armonía entre lo que se reclama y lo que el Ordenamiento permite" Entrevista al Lic. Ortiz Ortiz, ya citada.

con derecho a ser oído en cuanto no perjudique al sujeto que coadyuva, sin que pueda pedir nada para sí ni cambiar la pretensión del que coadyuva. (44).

CAPITULO V LEGITIMACION EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A. DERECHO SUBJETIVO E INTERES LEGITIMO.

¿Puede cualquier persona ser parte en un procedimiento administrativo? ¿No es necesario reunir algunos requisitos para ello? Estas cuestiones nos llevan necesariamente a un campo de discusión sumamente acalorado. En efecto, no ha podido la doctrina ponerse de acuerdo, en forma unánime, sobre los conceptos claves en esta materia: derecho subjetivo e interés legítimo. (45) No obstante, en lo que sí hay acuerdo es en exigir, para poder participar en un procedimiento administrativo, la titularidad de un derecho subjetivo o un interés legítimo. (46)

Así, nuestra Ley General de Administración Pública dispone: "Podrá ser parte en el procedimiento administrativo, además de la Administración, todo el que tenga un interés legítimo o un derecho subjetivo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final." (art. 275).

Resulta pues necesario, a pesar de la dificultad antes esbozada, entrar a analizar, y delimitar aunque sea brevemente, los conceptos de derecho subjetivo e interés legítimo, y, como consecuencia de tal delimitación, el de interés simple.

Ambos conceptos otorgan al administrado la legitimación necesaria para poder participar en un procedimiento administrativo. Ahora bien, ¿qué debemos entender por legitimación? Esta surge por la circunstancia de ser el sujeto particular el titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, afectados o extinguidos por la Administración Pública. (47)

De conformidad con lo expuesto por Gordillo (48), dos son los elementos esenciales que caracterizan el derecho subjetivo:

- Una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida;

- Que esa conducta sea debida a un individuo determinado en situación de exclusividad.

"Marienhoff, por su parte, sostiene que por derecho subjetivo debe entenderse en términos generales, el poder atribuido por el ordenamiento jurídico a una voluntad, para la satisfacción de intereses humanos, agregando que Bonnard concreta esa noción diciendo que el derecho subjetivo está especialmente constituido por un poder de exigir, condicionado por la existencia de una obligación jurídica que pesa sobre un sujeto pasivo y por el hecho de que esta obligación fue establecida en interés del sujeto activo." (49).

El ya citado autor Dromi, al referirse al derecho subjetivo y sus elementos diferencia-

(44) Sobre el coadyuvante, Cfr.: Proyecto de la LGAP, op. cit., pág. 44; Actas de Discusión de la LGAP, Acta No. 106, artículos 279 al 285.

(45) Inclusive, se ha afirmado: "Ya no parece esencial la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos puesto que todos en rigor, pertenecen a este grupo. Debe otorgarse el importante título de derecho subjetivo a los que tradicionalmente venían denominándose intereses legítimos." "DROMI (José Roberto) Derecho Subjetivo: Presupuesto de la Responsabilidad Pública. Revista de Ciencias Jurídicas No. 39, San José, Colegio de Abogados, Universidad de Costa Rica. 1979 p. 50.

(46) Sin embargo, nuestra LGAP contiene la figura del coadyuvante al cual se le permite participar a pesar de que su interés sea derivado o no actual en relación con el que es propio de la parte a la que coadyuva. (art. 276) Debe agregarse, además, que puede observarse de la explicación del Lic. Ortíz que la exigencia de la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo está referida a que el sujeto tenga la apariencia de poseerlos. Entrevista realizada al Lic. Ortíz.

(47) ESCOLA (Héctor José) Tratado General de Procedimiento Administrativo. Buenos Aires. Ediciones Depalma, 1975, p 181.

(48) GORDILLO (Agustín) Procedimiento y Recursos Administrativos. Buenos Aires, Editorial Plus Ultra S.A. y C. 1964 p. 48.

(49) ESCOLA, Op. Cit. p. 181.

dores, lo hace en idénticos términos que Gordillo, cuyas palabras ya hemos referido. Agrega además Dromi, en lo que nos interesa, que quien tiene un derecho subjetivo o un interés legítimo puede reclamar su reconocimiento tanto ante la Administración como ante la jurisdicción. (50).

El derecho subjetivo "implica la predeterminación normativa de la conducta administrativa debida a un individuo en situación de exclusividad. Se trata de una actividad humana imperativamente protegida. Genera un interés propio, excluyente de titularidad diferenciada que habilita a exigir una prestación también diferenciada. Es la figura subjetiva activa por excelencia, modelo histórico de ellas, que se edifica sobre el reconocimiento de un poder en favor de un sujeto concreto respecto de otro, imponiéndole a éste obligaciones o deberes en su interés propio, que puede pedir hasta con tutela judicial." (51)

El interés legítimo por otra parte, se caracteriza a su vez por algunos elementos esenciales que lo distinguen. Estos rasgos diferenciadores son expuestos por Gordillo así:

- Una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida.

- Que esa conducta sea debida no a un individuo determinado, en situación de exclusividad, sino a un conjunto de individuos en concurrencia.

- El individuo debe también tener un interés personal y directo en la conducta administrativa que impugna o por la que reclama.

Tales elementos los apunta dicho autor respecto del que denomina "interés legítimo común"; pero, se habla además del "interés legítimo especial", el cual se caracteriza por:

- Ausencia de una norma que predetermine concretamente cómo debía ser la conducta administrativa, y existencia en cambio de un límite elástico, relativo, al cual la administración está no obstante sometida. (Por ejemplo: desviación de poder)

- Que el recurrente tenga un interés personal y directo;

- Sin que interese si hay relación de exclusividad —individualidad— o en cambio concurrencia de individuos. (52)

Escola, por su parte, sostiene que para que exista un interés legítimo es necesario que éste se funde en la existencia de una norma jurídica que le dé relevancia legal, y a la vez, que determine la conducta que corresponde a la administración en un caso cado. Además —continúa diciendo—, se requiere que esa conducta de la administración sea debida, en virtud de la misma norma jurídica, a un sujeto determinado, pero no concretamente como tal, como titular de una relación jurídica exclusiva, sino como componente de un grupo de sujetos, diferenciado del conjunto general de la sociedad, pero a los cuales, en conjunto, se debe aquél comportamiento administrativo. (53)

Se afirma, además, que el interés que produce la legitimación debe ser personal y directo: personal, en el sentido de que ha de proceder de la situación jurídica particular en que se encuentra el administrado con relación al acto, y en la cuál éste lo afecta; y directo, en el sentido de que el efecto que debe sufrir el administrado debe ser consecuencia inmediata del acto de que se trate (54).

Lo que se pretende es distinguir el interés legítimo del simple interés administrativo de que cumpla la ley. Así, por ejemplo, la jurisprudencia española ha sostenido que por interés

(50) Op. cit. p. 28

(51) DROMI, (José Roberto) Op. cit. p. 25.

(52) GORDILLO, Op. cit. pp 76 y 77. En igual sentido se manifiesta DROMI, Op. cit. p. 27.

(53) Op. cit. 183. Agrega este autor que es en esta circunstancia que radica la diferenciación admitida entre derecho subjetivo e interés legítimo. En el primer caso —derecho subjetivo— la conducta de la administración solo puede ser exigida por un único sujeto, aunque pueda ser repetida posteriormente respecto de otros sujetos para los cuales es también exclusiva e individual; en el segundo caso —interés legítimo— el comportamiento de la administración es debido a un conjunto de individuos simultáneamente, es decir, en concurrencia, aunque solo una de ellas sea el que lo exige, pues es respecto de él que se ha producido un efecto individualizado."

(54) Así, HEREDIA, Contralor Administrativo sobre los entes Autárquicos. Buenos Aires, 1962, p. 106, cCitado por Escola. Op. cit. p. 184.

directo debe entenderse "aquél que de prosperar la acción entablada originaría un beneficio jurídico en favor del accionante." (55) En definitiva, de lo que se trata es de que el peticionario justifique no ser un curioso o entrometido en la cuestión, ni luchar líricamente por el interés público: es decir, que debe ser plausible su interés, diferenciado del interés público general (56).

Una característica más se predica del interés legítimo: debe ser actual y se refiere a que tal interés debe derivar de la situación presente del sujeto que pretende la legitimación, y no la de que pueda tener en el futuro o que haya tenido en el pasado. Pero debe observarse que lo que debe ser actual no es el daño o perjuicio, sino el interés en que el mismo no se produzca.

En consecuencia, y por exclusión, cabe afirmar que el interés simple será aquél que se distingue por tres elementos:

- Una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida. (actividad reglada o discrecional con límites jurídicos)
- Situación de concurrencia; y
- Ausencia de un interés personal y directo del impugnante. (57)

Problema que se discute en doctrina es el de si el interés puede o no ser de carácter patrimonial o moral, y no estrictamente jurídico. Tal cuestión adquiere vigencia en nuestro medio en virtud de los términos del ya citado artículo 275 de la LGAP:

"... el interés de la parte ha de ser actual, propio y legítimo y podrá ser moral, científico, religioso, económico o de cualquier otra índole."

Por un lado se sostiene que el interés suficiente para conferir legitimación o calidad de parte a un sujeto de derecho, puede ser patrimonial o también moral. (58)

Por otra lado, se afirma que "el interés debe fundarse en una relación de exigibilidad jurídica. Por ello, no es admisible la alegación de un interés patrimonial o moral, que no sería suficiente para legitimar al administrado" (59). Escola, quien también es partidario de esta última tesis, sostiene que en el fondo lo que hay o existe es una transferencia de conceptos, que una vez aclarada permite llegar, con un planteamiento más correcto, a un mismo resultado. Es menester, afirma, que ese interés patrimonial o moral esté amparado, sustentado, por una norma jurídica, mediante cuya invocación se podrá exigir su respecto y su vigencia. De tal modo, continúa diciendo, el interés patrimonial o moral, que seguirá siendo tal desde el punto de vista subjetivo y que incluso puede ser el único y verdadero motivo subjetivo del accionar del particular, se transforma en un interés jurídico, en un interés legítimo.

Como puede fácilmente observarse la discusión brevemente reseñada carece de interés práctico, pues por ambos senderos se llega a un mismo resultado. Creemos que nuestra Ley es bastante clara: el interés legitimador de la parte puede ser de índole moral, religioso, científico, etc. Al menos en nuestro medio, y a la luz de esta disposición, la controversia aludida carece de sentido e importancia práctica; no es más que una discusión de carácter académico.

B. DELA REPRESENTACION.

Se afirma en doctrina que los interesados en un determinado procedimiento administrativo pueden participar en él ya sea personalmente o por medio de representantes. Se excluye pues toda idea de representación obligatoria impuesta al interesado que es capaz de actuar por sí mismo. Así, el administrado goza del derecho de decidir si acude personalmente o no a participar de un procedimiento de carácter administrativo; tal derecho incluye también el supuesto del administrado que, actuando personalmente, decide continuar con un representante, y viceversa.

(55) Citada por Escola, op. cit. p 185.

(56) GORDILLO, Op. cit. p 77

(57) Así DROMI, op. cit. p 27. En igual sentido se expresa Gordillo.

(58) GORDILLO, Op. cit p 81. Dentro del concepto interés moral este autor incluye el religioso, intelectual, filosófico, artístico, etc.

(59) Así GONZALEZ PEREZ, Los Recursos Administrativos. Madrid, 1960. p 53 Citado por Escola. op. cit. p 185, quien comparte esta posición.

Nuestra LGAP dedica únicamente dos artículos a regular esta materia. En efecto, los artículos 282.2 y 283 se ocupan de su regulación.

El primero de ellos lo que hace es establecer la regla general de que lo referente a la representación, en lo que se refiere a los administrados, en el procedimiento administrativo se regirá por el Derecho común.

El segundo, el 283, regula preferentemente la forma de la representación. Por un lado establece que el poder se puede otorgar por cualquiera de los medios predispuestos por el derecho común, sea, por escritura pública o por documento privado e incluso de palabra. No obstante, respecto de las dos últimas formas regirán las limitaciones probatorias que establece el artículo 1251 del Código Civil. Por otro lado, dicho poder podrá constituirse a través de medios más simples y ágiles, acordes con la simplicidad y celeridad características del procedimiento administrativo. De este modo, bastará una simple carta autenticada por un abogado o por la autoridad de policía del lugar de otorgamiento para tener por constituido el poder. "En cuanto a la representación se da la novedad de expedir al administrado la constitución de su representante profesional, eliminando formalismos innecesarios." (60).

Por lo demás, todo lo relativo a las obligaciones del mandante y del mandatario, así como la terminación del mandato, se dispondrá, conforme se dijo, con arreglo a las disposiciones del derecho común. (artículos 1251 y siguientes del Código Civil)

Resulta interesante, ante la escasa regulación de nuestra LGAP en este extremo, citar algunas normas relativas a este tema contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo de la República Federal Alemana de 1977. Así, por ejemplo, esta Ley prevé la posibilidad de nombrar de oficio, un representante a las partes cuando estas no hayan comparecido, cuando su personalidad sea desconocida, cuando por sus condiciones físicas o mentales no estén posibilitadas de participar en el procedimiento, etc.

También prevé dicha Ley el supuesto de que una instancia o petición sea firmada por un gran número de personas (50 o más), en cuyo caso se considera representante para el procedimiento al firmante designado para ello en la misma petición.

Además la ley alemana, contiene una minuciosa y detallada regulación en relación con los representantes y los diversos supuestos que se pueden presentar. (61). Tal regulación es digna de tomar en cuenta a los fines de una eventual inclusión en nuestro derecho positivo —al menos tomándola como modelo—, pues la remisión que hace nuestra Ley al derecho común no resulta muy adecuada, sobre todo si se observa que los principios que inspiran el procedimiento administrativo son muy diversos de los regidores del derecho común.

CAPITULO VI

LOS SUJETOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: COMPARACION CON FIGURAS AFINES DEL PROCEDIMIENTO CIVIL Y DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Una vez caracterizadas las diferentes figuras de los diversos procedimientos —civil, contencioso administrativo y administrativo— es procedente confrontarlas para observar algunas de las diferencias más destacadas entre unas y otras, y la posibilidad de figuras iguales o al menos similares.

Está harto señalada la diferencia estructural entre el procedimiento administrativo y los procedimientos de carácter jurisdiccional. Estos últimos obedecen a un patrón o formación tripartita en la que una parte, como órgano imparcial dirige el proceso. El procedimiento administrativo en cambio conlleva la existencia de los sujetos principales, uno de ellos, la Administración que se ubica como sujeto peticionario o demandado y como órgano decisorio, con lo que se lesiona el principio de la imparcialidad.

En cuanto a sujetos principales, puede observarse la mayor amplitud del procedimiento administrativo, que tutela un interés de cualquier índole, siempre y cuando sea legítimo.

(60) Proyecto de Ley General de Administración Pública. Revista de la Contraloría General de la República, No. 9 Año III Diciembre 1969. p 44.

(61) Ley de Procedimiento Administrativo de la RFA. Op. cit. pp 493 y ss.

En la fase jurisdiccional, ya sabemos, esa tutela se restringe bastante.

En relación con los terceros, interesa señalar cómo se restringe su participación en el procedimiento contencioso-administrativo, la cual sería posible por la remisión del artículo 113 de la LRJCA al procedimiento civil.

Es importante destacar que, a pesar de los diversos contenidos terminológicos, los vocablos coadyuvancia y tercería en el procedimiento civil llegar a equipararse (Véase artículo 492 C.P.C.).

Respecto del tercero excluyente, la LGAP utiliza la noción en sentido distinto del dado en el procedimiento civil, en donde se regulan figuras específicas para cada tercería, con lo que encontramos la tercería excluyente de dominio y la tercería excluyente de preferencia (artículo 492 CPC).

Quizá la figura de tratamiento más diverso es la del coadyuvante ya que, en los procedimientos mencionados, se parte de puntos de vista diferentes. Mientras en el procedimiento administrativo se da la coadyuvancia activa y pasiva, en el procedimiento contencioso se permite tan solo la coadyuvancia pasiva, salvo en la lesividad, en que se admite la activa (ver artículo 12 LRJCA). Cabe apuntar asimismo, que se trata de nociones distintas, puesto que en el procedimiento administrativo se da la coadyuvancia por el simple interés potencial o incluso impropio (artículo 276 LGAP), mientras que en la LRJCA, en su artículo 12 inciso primero, es terminante el exigir al coadyuvante un interés directo, con lo que no podría intervenir una persona en tal calidad cuyo interés fuera indirecto. Si quisiéramos asimilar, con gran esfuerzo, alguna figura del proceso civil al coadyuvante contemplado en la LGAP, únicamente para efecto comparativos, podríamos mencionar la cita del deudor de una obligación indivisible (artículo 663 del Código Civil) y el coadyuvante garante citado en juicio (artículo 1034 CC y 396 CPC).

Por último, interesa comentar dos aspectos de la LGAP en torno al procedimiento por ella contemplado. El primero, relacionado con el litisconsorcio que se da en lo contencioso-administrativo ¿Es posible un litisconsorcio sucesivo en el procedimiento de la LGAP? Ya que la parte principal que se apersona después de iniciado el procedimiento se configura como un tercero-adhesivo o excluyente, no se produce la figura conocida como litisconsorcio. Sin embargo, sí es posible, en el caso de que se presenten diversos sujetos al momento procesal inicial, que se produzca la figura en comentario, tanto pasiva como activamente.

El segundo aspecto a mencionar es la sucesión o sustitución procesal del sujeto, puesto que nuestra LGAP no contiene normas específicas sobre el punto. Por la norma contenida en el artículo 13 LRJCA, esto sería posible. Al respecto consideramos que el procedimiento administrativo se ajustaría a las normas comunes existentes por remisión del artículo 9 inciso 2, 364 y 368 de la LGAP.

CONCLUSION

Las conclusiones de la presente investigación las desglosamos del siguiente modo:

I.- La capacidad para ser sujeto del procedimiento administrativo, de acuerdo a la remisión que hace la LGAP a la legislación de Derecho común, la tiene cualquiera que necesite la tutela de su derecho subjetivo o interés legítimo en vía administrativa extinguiéndose cuando se produce la muerte aunque subsista la relación procedimental. Respecto a la capacidad de actuar en el procedimiento pueden comparecer los administrados que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles, solucionándose los casos de incapacidad procesal mediante sus representantes legítimos encargados de suplir su incapacidad con arreglo a Derecho, cosa que igualmente sucede con respecto a los grupos organizados con personalidad jurídica.

En cuanto a la Administración Pública, a diferencia de la situación anterior del administrado, son las normas de Derecho Público las que regulan la "capacidad" o "incapacidad" procesal del Estado y los diversos entes públicos, atendiendo a su personalidad jurídica debidamente constituida y competencia que les haya sido atribuida. Aceptándose, por algún sector de la doctrina, determinada personalidad administrativa en la impugnación de ciertos actos, a órganos administrativos, aunque carezcan de personalidad jurídica propia.

II.- En un concepto comprensivo de sujeto participante en el procedimiento administrativo ha de tomarse en cuenta, en primer lugar, que el órgano director del procedimiento en cuanto encargado de dictar el acto final debe, al menos, considerarse competente a fin de que pueda atribuir validez y eficacia al acto dictado. En forma idéntica habrá de ser, si la Administración es parte a la vez, para que los actos procesales sean efectuados legítimamente. Respecto del administrado, la LGAP exige un derecho subjetivo o un interés legítimo, propio y actual para los que son los sujetos principales, características que deben presentarse en forma aparente en la petición suscrita por el administrado, ya que será al final del proceso cuando se determinará si efectivamente el peticionario es titular de aquel derecho o interés invocado, distinguiéndose estos sujetos, principalmente por su aparición temporal en el proceso. Y ha de incluirse en este concepto aquellos sujetos que intervengan aparentando tener un interés indirecto pero legítimo, aunque su intervención se encuentra mucho más limitada que la que pueda tener un sujeto principal. La apariencia a que aludimos, en ambos casos, se entiende referida al derecho subjetivo o interés legítimo que se presenta posible y que se desprende de los documentos presentados en su intervención por el sujeto.

III.- Se diferencian el derecho subjetivo y el interés legítimo en que el primero constituye un poder de exigir que es atribuido a un sujeto determinado, en situación de exclusividad; mientras que en el segundo, la conducta debida se exige a un conjunto de individuos en concurrencia. En ambos casos, empero, existe una norma jurídica que predetermina la conducta a exigir.

El interés se considera legítimo en cuanto es apegado a Derecho, conforme al Ordenamiento Jurídico, la moral, las buenas costumbres. Actual, como aquel que es presente, no conjetural, existente al momento del reclamo. Propio, en cuanto le pertenece al reclamante, sin que encuentre por ello, excluida la parte pasiva del cumplimiento de estos presupuestos, porque, de lo contrario, son oponibles las defensas correspondientes.

IV.- Son posibles dentro del procedimiento administrativo las figuras procesales denominadas interviniente adhesivo y excluyente. Ambos actúan como partes principales, distinguiéndose de los sujetos primitivos u originarios en cuanto a su aparición temporal a las que se les impide burlar plazos de caducidad en atención al principio preclusivo que gobierna el proceso. El interés en que el tercero adhesivo, apoya sus pretensiones es concurrente y no opuesto a las partes que ya intervienen, haciendo valer sus propias pretensiones, pero a la vez apoyando a alguno de los sujetos primigenios. Por el contrario, el tercero excluyente aparece interviniendo con un derecho o interés antagónico o contrapuesto a uno o a ambos de los sujetos procesales iniciales.

V.- El coadyuvante, a diferencia de los otros sujetos procedimentales, participa argumentado a su favor un interés indirecto o potencial, el cual no es propio. Su intervención es cooperadora de ayuda, de apoyo a la parte principal, con lo que no puede alegar nada contra el coadyuvado pero a la vez nada para sí. Se da en sus dos variantes: pasiva o activa. Su participación dependiente se aprecia de manera clara a la hora del desistimiento de la parte que coadyuva. Con este acto procesal cesa su intervención, como parte accesorio que es, fenómeno que afecta a los terceros intervinientes en poca cosa, pues el procedimiento continúa con ellos sin los sujetos que hubieren desistido, a pesar de ser originarios de la relación.

A diferencia del "coadyuvante" del proceso contencioso administrativo, — en que se le exige interés directo para que pueda actuar en apoyo de la parte demandada, salvo el caso de lesividad— el coadyuvante administrativo puede utilizar cualquier recurso administrativo en tanto no le pare perjuicio aquel acto a su coadyuvado.

VI.- En un estudio comparativo de los diversos procesos estudiados (civil, contencioso administrativo y administrativo), hemos de admitir que los posibles sujetos participantes no sólo se diferencian en su nomenclatura, sino también de modo sustancial. Y aún cuando haya similitud en ciertas denominaciones, tal coincidencia de términos no puede llamarnos al

error, pues sus verdaderas estructuras jurídicas internas difieren totalmente. Ejemplifica lo dicho el diverso trato que se otorga, según la diferente regulación procedimental, a la figura del coadyuvante; así como la inclusión o no de ciertas figuras procesales, como sucede con los terceros adhesivos.

Ante tal situación, el operador jurídico debe demostrar el suficiente cuidado a fin de permitir o no la participación de los diferentes sujetos según el proceso de que se trate.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Areal (Leonardo): Manual de Derecho Procesal. Buenos Aires. Editora La Ley S.A., 1966.
- 2.- Arias Bonet J.A.: Derecho Romano. Tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
- 3.- Beltrán Guerra (Luis): El acto administrativo. La teoría del procedimiento administrativo. Caracas. Editorial Talleres Avilarte, Primera Edición. 1977.
- 4.- Castro Lucini F.: "Voz Capacidad". Gran Enciclopedia Rialp. Tomo V; Madrid, Ediciones Rialp S.A., 1971.
- 5.- Couture (Eduardo): Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Editorial Depalma. Tercera Edición. 1958.
- 6.- Desanti Arce (Jorge): Las Partes en el Juicio Contencioso Administrativo. Revista de Ciencias Jurídicas No. 5, mayo de 1965.
- 7.- Dualde (Joaquín): "Voz Capacidad", Enciclopedia Jurídica Española. Tomo IV. Barcelona. Francisco Seix Editor. 1910.
- 8.- Dromi (José Roberto): Derecho Subjetivo: Presupuesto de la Responsabilidad Pública. Revista de Ciencias Jurídicas No. 39. San José, Colegio de Abogados, Universidad de Costa Rica. 1979.
- 9.- Escola (Héctor José): Tratado General de Procedimiento Administrativo. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1975.
- 10.- Escola (Héctor José): Tratado Teórico Práctico de los Recursos Administrativos. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1967.
- 11.- Fernández Vázquez (Emilio): Diccionario de Derecho Público. Buenos Aires Editorial Astrea. Primera Edición. 1981.
- 12.- González Murillo (Oscar): Intervención de Terceros en la Relación Procesal. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. Tesis. 1956.
- 13.- González Pérez (Jesús): El Coadyuvante y el Recurso de Apelación. Revista de Administración Pública. No. 83. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, traducción de E. Lunde Paniagua, mayo-agosto de 1972.

- 14.- **González Pérez (Jesús):** El Procedimiento Administrativo en Costa Rica. Revista de Ciencias Jurídicas. No. 26. Junio-setiembre-diciembre, 1974.
- 15.- **González Pérez (Jesús):** La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Costa Rica. Revista del Colegio de Abogados No. 12. Tomo XXI, julio de 1966.
- 16.- **González Pérez (Jesús):** Derecho Procesal Administrativo. Tomo II. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957.
- 17.- **Gordillo (Agustín):** Procedimiento y Recursos Administrativos, Buenos Aires, Jorge Alvarez Editor, 1964.
- 18.- **Ley de Procedimiento Administrativo de la RFA.** Revista de Administración Pública No. 83. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, traducción de E. Lunde Paniagua. mayo-agosto de 1972.
- 19.- **Montero Aroca (Juan):** Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil. Facultad de Derecho. U.C.R. Texto Fotocopiado, 1982.
- 20.- **Pérez Vargas (Víctor):** Existencia y Capacidad de las Personas. Tomo I. San José, Antología de Derecho Privado. 1981.
- 21.- **Podetti (Ramiro):** Tratado de la Tercería. Buenos Aires. Ediar Editores, 1949.
- 22.- **Proyecto de la Ley General de Administración Pública.** Revista de la Contraloría General de la República. Año III, diciembre de 1969, No. 9.
- 23.- **Retana Sandí (Gonzalo):** La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Costa Rica y sus Reformas. Revista del Colegio de Abogados No. 12, tomo XXI, Julio de 1966.
- 24.- **Satta (Salvatore):** "Voz Capacità Processuale "Enciclopedia del Diritto. Varese, Giuffrè Editore, tomo VI, 1960.
- 25.- **Vidal Frances F.** "Voz Capacidad en Derecho Procesal "Gran Enciclopedia Rialp. Madrid, Ediciones Rialp S.A., Tomo I. 1971.
- 26.- **Von Thur (Andreas)** Parte General del Derecho Civil, San José, Editorial Juricentro, 1977.
- 27.- **Actas de discusión de la Ley General de Administración Pública, Asamblea Legislativa,** Fotocopias. Acta No. 106.

OTRA FUENTE:

Entrevista efectuada por los autores al Lic. Eduardo Ortíz Ortíz el 26 de abril de 1984.

"GENERALIDADES SOBRE LA PRESCRIPCION EN MATERIA LABORAL"

*Trabajo presentado al Prof. Dr. Raúl Marín Zamora
Cátedra de Derecho Laboral
por Gladys E. Dalsaso Arauz y Guillermo Salas Campos*

INTRODUCCION

El problema de la prescripción, como todo fenómeno jurídico, es un problema de intereses contrapuestos. El titular de un derecho que se mantiene silencio, inerte, va generando con su inactividad -con el discurrir del tiempo- un estado de incerteza. Esta incerteza se manifiesta no sólo respecto de su deudor sino también, universalizando la visión, respecto de toda una colectividad de sujetos, los cuales necesitan en un momento dado conocer cuál es la verdadera situación jurídica y patrimonial de ambos sujetos del vínculo obligacional. Es decir, la prescripción no sólo interesa a los involucrados en ella sino a todos los que potencialmente pueden resultar afectados por ella en forma indirecta: de ahí la necesidad de la seguridad jurídica.

El Derecho del Trabajo no escapa a este sentir; y lejos de ello más bien reclama con más fuerza una posición de vanguardia en la búsqueda de la seguridad y la igualdad de los sujetos involucrados en el fenómeno laboral.

A las generalidades de la prescripción en materia laboral dedicamos nuestro esfuerzo en este trabajo. Así, tocamos cinco puntos que consideramos esenciales. El primero de ellos trata del "Concepto" y en él ahondamos en algunas prescripciones terminológicas que creímos convenientes. Acto seguido trabajamos sobre "La Función de la Prescripción", en donde se centra el esfuerzo por establecer los límites de la prescripción y el por qué de dichos límites. Luego diferenciamos prescripción y caducidad y ello da pie para empezar un análisis más cercano del pensamiento jurisprudencial que sobre la materia se ha expresado. El cuarto acápite está dedicado al análisis del plazo en la prescripción laboral; luego de hacer algunas prescripciones, vemos cómputos, iniciación, suspensión e interrupción del plazo en secciones aparte, dedicándole atención esmerada al punto último por ser el más polémico. Por último nos referimos a la "Renuncia de la Prescripción" para arribar luego a las conclusiones.

La elaboración, como a simple vista se ve, no es agotadora. No están tratados en secciones individuales temas apasionantes tales como la justificación de la prescripción presentan todos los posibles derechos y acciones objeto de ésta. Esto escapa, hoy, a nuestras posibilidades reales. Será la inquietud por abordar esos temas que dejamos intocados, y por retomar los que ahora someramente trabajamos, lo que de llegarse a producir en el lector nos satisfará mayormente, si resulta de éstas páginas que ahora iniciamos.

1- CONCEPTO

La prescripción, como se sabe, es un instituto netamente civilista. De ahí que, aunque centremos nuestro estudio en las características que la prescripción presenta en el Derecho Laboral, debamos necesariamente recurrir al Derecho Civil para sus notas esenciales.

Ante todo, se distinguen dos tipos de prescripción, la adquisitiva, llamada también usucapión o prescripción positiva, y la prescripción extintiva, llamada también liberatoria o prescripción negativa. Por la primera de ellas, dice el Código Civil en su artículo 853, se adquiere la propiedad de una cosa; terminología que bien podría comentarse aunque lo cierto es que esta no es la oportunidad propicia. Por la prescripción extintiva se opera, según dice el artículo 864 *ibídem*, la pérdida de un derecho. De estas dos formas de prescripción, el Derecho del Trabajo conoce sólo la segunda; la liberatoria, extintiva o negativa.

La prescripción, digámoslo así, es el fenómeno del transcurso del tiempo, al cual, si va acompañado de la inacción del sujeto del derecho correspondiente, la ley le ha concedido la capacidad de producir efectos sobre ese derecho. Carbonnier, al respecto, ha dicho que "...la relación de obligación se disuelve por la inacción del acreedor continuada durante cierto tiempo..." (1). Hablando siempre sobre la prescripción liberatoria, Plá Rodríguez dice que "...consiste en la pérdida de la acción emergente de un derecho, como consecuencia del transcurso de cierto plazo, durante el cual aquel derecho no se ejerció." (2). Nótese como este autor no habla ya de pérdida de un derecho sino de pérdida de la acción que aparejaba ese derecho. Los artículos 866, 867 y 868 del Código Civil entienden la prescripción negativa de manera semejante; el artículo 866 dice que la acción para hacer efectivo un derecho se extingue por la prescripción del mismo derecho. No obstante, esta concepción es incorrecta. Vale aclarar que lo que se pierde por la prescripción extintiva no es la acción, sino el derecho. La acción, por ser un derecho público subjetivo consistente en la posibilidad de acudir a la administración de justicia a entablar reclamo; puede ejercitarse aún y cuando el derecho que se reclama está prescrito; claro está que opuesta la excepción de prescripción, la acción no tiene posibilidades de prosperar si efectivamente transcurrió el plazo necesario para que el derecho que se reclama se extinguiera. Más es cosa diferente el decir que la acción había prescrito. Por esto es que consideramos que incurre en error el tratadista Plá Rodríguez cuando afirma que "...no se pierde el derecho sino la acción." (3), respecto de la prescripción liberatoria, (4).

Con Alonso García, y hecha la anterior precisión terminológica, podemos afirmar que, en el Derecho del Trabajo, la prescripción negativa "... supone la pérdida de los derechos nacidos de un contrato de trabajo, cuando no son ejercitados por el titular de los mismos dentro del plazo que para ello fijan las normas legales." (5).

Así, son dos los elementos necesarios para que la prescripción pueda operar:

a.- no ejercicio de un derecho por su titular;

b.- transcurso del tiempo fijado por ley en relación con el derecho de que se trate;

respecto del primer elemento, es claro que el no ejercicio del derecho se refiere no al derecho sustrato de la relación obligacional respectiva, sino -al menos- al ejercicio de los medios coercitivos idóneos para compeler al deudor al cumplimiento de la obligación que al derecho corresponde. Es decir, no se refiere al ejercicio efectivo de las vacaciones que la ley reconoce, ni al goce de las sumas de dinero a que se tiene derecho por concepto de salarios, auxilio de cesantía o preaviso, etcétera, sino -al menos- al efectivo reclamo de parte del acreedor de tales derechos con tal de que su deudor cumpla con su prestación. Decimos esto, pues de tomar el

(1) CARBONNIER, Jean. "Derecho Civil", Tomo II, Vol. III. Bosch, Barcelona, 1971, pág. 227.

(2) PLA RODRIGUEZ, Américo. "Los principios del Derecho del Trabajo". Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 123.

(3) *Ibíd.*

(4) Afirma la prescripción del derecho, MESSINEO, Francesco. "Manuale di Diritto Civile e Commerciale", Vol I. Giuffrè-ed. Milano, 1957, pág. 183.

(5) ALONSO GARCIA, Manuel. "Curso de Derecho del Trabajo". Ariel, Barcelona, 1973, pág. 601.

elemento enunciado sub a) en su literalidad se caería en el error de considerar que un derecho sujeto a reclamos (judiciales o extrajudiciales) prescribe si en tales circunstancias se mantiene durante el tiempo necesario para ello según los plazos fijados por ley; y tal cosa, se sabe, no es así. Precisamente, el reclamo para el cumplimiento del derecho tiene la virtud de interrumpir el plazo prescriptivo. Esta apreciación, consideramos, está compartida por Escriche cuando acerca de la prescripción liberatoria manifiesta: "Es el modo de liberarse de una obligación por no haberse pedido su cumplimiento durante el término fijado por la ley..." (6) y una forma de pedir el cumplimiento es el reclamo.

El elemento enunciado sub a), factor tiempo, será objeto de consideración en un acápite posterior. Bástenos por ahora decir que según sea la naturaleza del derecho, así será el plazo que la ley disponga para considerarlo prescrito si no se ejercita.

2- FUNCION DE LA PRESCRIPCION

La prescripción liberatoria, dijimos, tiene una eficacia extintiva sobre los derechos no ejercitados. Ahora bien, es importante precisar cuál sea la extensión del ámbito sobre el cual produce efectos el fenómeno prescriptivo.

El devenir del tiempo sin que el titular de un derecho lo ejercite en debida forma, por el plazo suficiente para cubra el término de la prescripción, supone una especie de renuncia tácita o implícita de ese derecho. Cabanellas ha dicho que "Por la prescripción liberatoria se considera que el acreedor, cuando deja pasar cierto tiempo sin ejercer la acción concedida en derecho, decae tácitamente de su posición, por cuanto se presume, ante su inacción o silencio, que ha remitido la deuda" (7).

Si se ha asimilado el dejar correr el término de la prescripción a una renuncia tácita, ello nos lleva de inmediato a la consideración de que por cuanto las normas de orden público no pertenecen al derecho dispositivo, los derechos que ellas consagran son imprescriptibles. En otros términos, sólo puede prescribir aquello que sea renunciable y a ese ámbito debe ceñirse los efectos de la prescripción. De la Cueva, sobre este particular ha afirmado: "...es preciso distinguir la condición de los derechos consignados... en la Ley, en los convenios Internacionales y en los contratos colectivos y la situación de los derechos concretos que adquieren los trabajadores por el trabajo prestado, una distinción esencial, porque la prescripción no puede referirse a los primeros, que son derecho objetivo, sino exclusivamente a los segundos, que son los que integran la relación acreedor-deudor." (8).

Si bien lo que se expone antes es cierto en cuanto dice que sólo los derechos renunciabiles son prescriptibles (de donde se extrae, contrario sensu, que lo irrenunciable es imprescriptible), es discutible que tal cosa sea así porque la prescripción implica una renuncia tácita. Es decir, es cierta la coincidencia apuntada entre renunciabilidad y prescriptibilidad, más esto jamás puede llevar a pensar que la prescripción cumplida signifique en manera alguna un acto de disposición: ¿dónde está la voluntad manifiesta de este acto de renuncia tácita? ¿En la inercia del titular del derecho, en su silencio? Claro que no, puesto que la voluntad, por imperativo del artículo 1008, debe estar claramente manifestado; y es lógico pensar que cuando dicho artículo dice que la manifestación puede hacerse de palabra, por escrito o por hechos de que necesariamente se deduzca, se refiere a exteriorizaciones de la voluntad, que son visibles, tangibles, y la inacción o el silencio no es un acto, es más bien carencia de acto.

Más bien hay que hacer referencia, en lugar de la indisponibilidad, al interés público: hay derechos que la ley concede a los sujetos de una colectividad que al ordenamiento jurídico, interpretando una necesidad social, le interesa que permanezcan inmutables a pesar del transcurso del tiempo (salarios mínimos, jornadas máximas, derecho a vacaciones, derecho a

(6) ESCRICHE, Joaquín. "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". Garnier Hermanos, París, 1869, pág. 1436.

(7) CABANELLAS, Guillermo. "Contrato de Trabajo", Parte General, Vol III. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, pág. 676.

(8) DE LA CUEVA, Mario. "El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo". Porrúa S.A., México D.F., 1975, pág. 588.

descansos semanales, anuales, etc.) y por ello los tales no pueden prescribir, como tampoco son susceptibles de disposición o negocio. Otros en cambio, por una necesidad de certeza, se permite que prescriban según plazos que la ley expresamente prevee para ello, (9).

3- DIFERENCIA PRESCRIPCION-CADUCIDAD

Por caducidad se entiende la pérdida o extinción de algun derecho por el mero transcurso de un plazo determinado.

Cabanellas nos enseña: "De acuerdo con su significación etimológica, caducidad (del latín caducus) significa **perecedero**, poco durable, decrépito, muy anciano,... Caducidad es, según la Academia Española, la **presunción legal** de que los litigantes han **abandonado sus pretensiones** cuando, **por determinado plazo**, se abstienen de gestionar en los autos. Representa una actividad **fenecida, muerta**, por un dejar de hacer que extingue un **derecho que no se ejercita**." (10).

No obstante, de lo dicho aún no aparece muy clara la distinción entre la **caducidad** y **prescripción**; pero veamos: **en la caducidad** la ley impone una carga, como dice el Prof. Pérez "... de perentoria observancia **de un término** rígido... para el cumplimiento específico de un acto... con la consecuencia de **que el derecho se pierde**... si el acto de ejercicio no es cumplido dentro del término prefijado o... si es cumplido extemporáneamente." (11).

Podemos ver entonces que en tanto que la prescripción se refiere a una inactividad genérica (inacción, silencio), la caducidad se refiere al no ejercicio de un derecho específico y mediante ciertos medios determinados. No es exclusivo de la caducidad al estar regida por términos cortos, pues en el Derecho Comercial y en el Derecho del Trabajo ello sucede también con la prescripción, pero es un buen indicio, si se trata de un plazo breve, de que se está frente a un término de caducidad y no de prescripción. El término de caducidad, eso sí, como se dijo, es rígido. Esto es que no admite suspensiones o interrupciones de ninguna clase, como sí sucede con la prescripción. La caducidad es declarable de oficio, y esto es así, entendemos, porque lo que se pierde es la acción, no así en la prescripción, la que, por no perderse la acción sino sólo el derecho no es declarable de oficio sino sólo a petición de parte. Sobre esto último Plá Rodríguez ha dicho: "La diferencia principal entre la prescripción y la caducidad reside en que la prescripción requiere la invocación del interesado, mientras la caducidad se aplica de pleno derecho. En consecuencia, cuando rige un plazo de prescripción, el juez no puede suplir de oficio la invocación del beneficiado, que es el único que la puede oponer y determinar con su invocación su aplicación. No basta la sola iniciativa del juez porque siendo remisible la prescripción operada, su no oposición configura una renuncia válida de esta prescripción ganada. En cambio, en el caso de la caducidad, el juez debe aplicarla aunque la parte no la haya invocado." (12).

Referente a este nuestra jurisprudencia ha sentado:

"La caducidad se opera de pleno derecho si no se ejercita dentro del plazo preestablecido, siendo ésta la diferencia fundamental que existe con la prescripción negativa, con la que se asemeja sólo en sus efectos liberatorios."

1953. Casación de las 15:25 horas del 30 de abril. Colección de Sentencias, Pág. 1059, Considerando Segundo;

con el único afán de precisar conceptos, quizás no haya sido lo más propio por parte de la ju-

-
- (9) Para ampliar sobre estos conceptos y sobre la problemática que antecede, consúltase la obra de FERRO, Horacio D.J. "La renuncia y la prescripción en el Derecho del Trabajo", en la revista "Derecho del Trabajo", Tomo X, Año 1950. Seg. Ed., La Ley, Buenos Aires, 1959, pág. 449 y ss.
- (10) CABANELLAS, Guillermo. Op. cit., pág. 677-678.
- (11) PEREZ VARGAS, Víctor. "La prescripción negativa y la Caducidad en el Derecho Civil Costarricense", en "Revista de Ciencias Jurídicas" No. 24, Junio-Setiembre-Diciembre. Colegio de Abogados, San José, 1974, pág. 378-379.
- (12) PLA RODRIGUEZ, Américo. Op. cit. pág. 132.

jurisprudencia citada decir "La caducidad se opera de pleno derecho...", pues, como vimos, la caducidad siempre se opera de pleno derecho; si fuera necesaria la instancia de parte no sería entonces un caso de caducidad. Diverso es el caso del artículo 32 del Código de Trabajo, el que establece que el patrono puede renunciar a los derechos otorgados por los artículos 28 y 31 del mismo (Preaviso y Resarcimiento de daños y perjuicios por rescisión unilateral del contrato de trabajo a plazo fijo por parte del trabajador, respectivamente), y dice que tal renuncia se presumirá de pleno derecho -iure et de iure- si no formula su reclamo antes de treinta días contados a partir de aquel en que el trabajador puso término al contrato. Aquí la frase de renuncia se presumirá de pleno derecho, es necesaria para entender que en ese supuesto nos encontramos frente a un caso de caducidad y no de prescripción, como acertadamente lo entiende Montero Piña. Sin embargo, aquí se plantea el problema del aparente choque entre la disposición del artículo 32 citado y el artículo 606 del Código de Trabajo que establece un plazo de prescripción de dos meses de los derechos y acciones de los patronos para reclamar contra los trabajadores que se separen injustificadamente de su trabajo. Es decir, por una parte se establece un plazo de caducidad de treinta días para hacer el reclamo contra el trabajador que se separa injustificadamente de su trabajo (art. 32), pasado el cual la renuncia se presume iure et de iure. Plazo que, por ser de caducidad no admite suspensión o interrupción de ninguna clase. Y por otra parte se establece un plazo de prescripción de dos meses para que el patrono lleve a cabo reclamaciones semejantes -según parece- contra el trabajador por los mismos hechos (art. 606).

En realidad el problema no existe. Armonizar ambas disposiciones es posible a la luz del pensamiento que expone Castro Hidalgo: "pueden armonizarse en el sentido de que el 32 se refiere concretamente al cobro de preaviso o a la indemnización que establece el artículo 31, a cargo del trabajador que, en un contrato a tiempo fijo o para obra determinada, le pone término sin justa causa, antes del advenimiento del plazo o de la conclusión de la obra, en tanto que el 606 rige únicamente para el reclamo de la indemnización prevista por el artículo 84 cuando dispone que el trabajador que se separa de su trabajo, sin justo motivo, está obligado a pagar el importe de preaviso, y a cubrir la responsabilidad de carácter civil que le corresponda." (13).

Vale agregar aquí, advertidos de que el tema no se puede tratar en toda su extensión a pesar de lo apasionante que parezca, que la jurisprudencia le ha otorgado al plazo prescriptivo previsto por el artículo 605 del Código de Trabajo los rasgos característicos de la caducidad, que son, básicamente, perentoreidad en el plazo, imposibilidad de interrupción o suspensión alguna, y facultad de ejercitar un derecho o acción específico. Al respecto puede consultarse la resolución No. 4178 del Tribunal Superior de Trabajo, de 14:10 horas del 5 de setiembre de 1974, que, en los que interesa, sentó: "Si entre la fecha en que se produjo la modificación del contrato de trabajo y la en que el actor no rompió, transcurrió con exceso el término que establece la ley para que los trabajadores den por concluido su contrato de trabajo con justa causa, el cual es perentorio, sea que ninguna gestión interrumpe el discurrir del plazo, conforme lo ha reiterado la jurisprudencia, no es aplicable por tanto en el caso ningún tipo de interrupción, ni siquiera la llamada "agotamiento de la vía administrativa".

Este pensamiento nos parece sumamente grave. Por vía jurisprudencial se varían los rasgos que son de esencia de una institución legalmente estatuida: la prescripción pasa a ser prácticamente caducidad. Y es aún más grave que se diga que ni siquiera, si el patrono es el Estado o sus instituciones, la vía administrativa como recurso de reclamación del trabajador tiene por sí la facultad de interrumpir el término de un mes concedido por el artículo 605 citado. Esto no significa ni más ni menos que obligar al trabajador a desistir de antemano de cualquier intento de conciliación con su patrono, si éste es el Estado o sus instituciones, e irse a la vía judicial de inmediato. El principio de la buena fe en los contratos, sin lugar a dudas, se estaría violando en toda su extensión con esa manera de pensar las cosas; y por qué no decirlo, la jurisprudencia se estaría convirtiendo en fuente formal de derecho al hacer semejante interpretación que varía totalmente el sentido del artículo 605 del Código de Trabajo.

(13) CASTRO HIDALGO, Abel. "La prescripción en el Derecho del Trabajo", en Revista del Colegio de Abogados, Tomo II, No. 34, octubre, 1948, pág. 321.

jo e impone rasgos al plazo estatuido que están muy lejanos de aquellos que, evidentemente, el legislador les quiso dar cuando dijo prescriben en el término de un mes.

De seguirse por ese camino, poco o nada tardarán los jueces en arribar en nuestro medio a la misma conclusión del Tribunal Supremo español, el cual, respecto del plazo para reclamar por despido injustificado ha dicho que no se trata de un plazo de prescripción sino de caducidad o decadencia y no sólo puede sino que debe apreciarse de oficio si incurre en ella la acción ejercida, (14), lo cual sería inaceptable por las mismas razones que es inaceptable la modificación jurisprudencial del plazo de prescripción establecido en el artículo 605.

4- EL PLAZO EN LA PRESCRIPCION LABORAL

Por los intereses que están en juego y la necesidad de conocer, casi en cada momento, el alcance de los derechos y las obligaciones, la prescripción es usualmente más corta en el derecho del Trabajo que en el Derecho Civil y en el Comercial. El transcurso del tiempo, unido a la inercia del titular del derecho respectivo, va generando una situación de inseguridad, de incerteza; es evidente que el interés social es el de la seguridad jurídica y debido a ello es que mediante el ordenamiento jurídico se idean plazos prescriptivos por los cuales se pone término a esas situaciones anómalas: lo lógico es que las obligaciones se cumplan a su vencimiento, lo inusuales que transcurra mucho tiempo si que ello sea así. Además, las relaciones jurídico-obligacionales, con el transcurso del tiempo se van haciendo más difíciles de probar: al principio es probable que además de documentos existan testigos, pero luego estos testigos desaparecerán o bien su memoria hará perdido noción exacta de lo acontecido, y aún más, los documentos están propensos a pérdida o destrucción. Todo esto hace que en materia laboral, más que en ninguna otra, se estipulen plazos muy cortos, casi fugaces, para la prescripción: tenemos plazos de un mes, dos meses, tres meses, seis meses y sólo excepcionalmente de diez años.

Este tipo de prescripciones cortas a que hacemos referencia han sido denominadas como presuntivas; ello debido a que las obligaciones que afectan suelen cumplirse con celeridad, de suerte que si el acreedor tarda demasiado tiempo en reclamarlas, se presume legalmente que ha sido bien pagado, aunque no tenga prueba alguna de su pago, (15); y porque lo que crean es una presunción iuris tantum, la misma puede ser combatida por prueba en contrario, y la idónea, en estos casos, debe ser el reconocimiento de deuda mediante la confesión judicial, por aplicación analógica del artículo 872 del Código Civil, lo cual está autorizado por el artículo 601 del Código de Trabajo que remite a aquél en todos los extremos relativos a la prescripción en cuanto no haya incompatibilidad con éste.

Como bien lo ha entendido la doctrina (16), los plazos de la prescripción son normativa de orden público y por ende no son susceptibles de modificación alguna por acuerdos entre las partes, sean estos acuerdos individuales o colectivos, ni para reducirlos ni para extenderlos. Estos encuentran su razón de ser en los mismos motivos que inspiran la existencia misma del instituto de la prescripción: ante todo la necesidad de la seguridad jurídica. Vale entonces mencionar aquí el caso siguiente: en la Convención Colectiva de Trabajo firmada entre la Universidad de Costa Rica y el Sindicato de Empleados Universitarios en mayo de 1982, a la altura del artículo 20 denominado "Errores de giro", en lo que interesa dice que "Cuando sea el trabajador el que adeude a la Universidad, éste deberá devolver la suma girada de más...", lo cual no es sino una reiteración de los términos del artículo 173 párrafo segundo del Código de Trabajo, pero seguidamente agrega que "...para errores mensuales no mayores de quinientos colones, se entenderá que rige una prescripción de seis meses en favor del trabajador.". Notamos ante todo lo siguiente de esta norma sui generis:

—presumimos que se parte del supuesto de que la prescripción que opera en tratándose de errores de giro es de tres meses conforme lo establecido en el artículo 607 del Cód-

(14) Cfr. Sent. del 25/1/1944 de la Sala IV del Trib. Sup. de España; Sent. del 27/9/1943; del 7/1, del 12/2 y 24/4 de 1941 de la misma Sala; cit. p. CABANELLAS, Guillermo. Op. cit., pág. 679.

(15) En este sentido CARBONNIER, Jean. Op. cit., pág. 230.

(16) Al respecto véase PLA RODRIGUEZ, Américo. Op. cit., pág. 132.

go de Trabajo -de otra suerte ningún sentido tendría la frase en favor del trabajador. Este plazo no puede asegurarse con toda certeza que sea el correcto; hay quienes consideran que es la prescripción decenal la aplicable; no obstante tomémoslo, para estos efectos, como el plazo debido.

—en favor de la Universidad de Costa Rica -interpretando contrario sensu la norma en examen- será la establecida en el artículo antes citado del Código de Trabajo, y no la que por vía de excepción se establece en la Convención Colectiva en favor del trabajador.

Pero, ¿es posible a la luz de la indisponibilidad de los plazos de la prescripción esta negociación Universidad de Costa Rica-Sindicato de Empleados Universitarios? Nosotros, definitivamente, consideramos que no.

A. COMPUTO:

Por expreso mandato del artículo 601 del Código de Trabajo, el cómputo de los términos de la prescripción laboral debe hacerse de conformidad con lo que dispone el Código Civil sobre esta materia. Del artículo 601 al artículo 607 del Código de Trabajo encontramos prescripciones fijadas en términos de meses y años únicamente. Por remisión, encontramos como norma aplicable, dentro del Código Civil, el artículo 881 en su párrafo primero, que establece: "En las prescripciones por meses y por años, se cuentan unos y otros de fecha a fecha según calendario gregoriano.", sin embargo esta disposición es por sí sola insuficiente, pues no regula hasta el agotamiento todas las posibles situaciones que podrán darse de la combinación de plazos y fechas. En consecuencia, en forma supletoria debe recurrirse a una nueva analogía: aplicar el artículo 107 del Código de Rito que dispone: "Los términos por días se entiende que han de ser hábiles. Los términos por años o meses se contarán según el calendario, o sea de fecha a fecha. Cuando el ordinal del día de partida no exista en el mes de vencimiento, el plazo concluirá el último día de éste.", y asimismo, consideramos, debe aplicarse el artículo 108 ibídem, el cual establece lo siguiente: "Si el día final de un término fuere feriado, se tendrá por prorrogado hasta el día siguiente hábil.

En todo término, el día de vencimiento se tendrá por concluído en el instante en que, según la ley, deba cerrarse el despacho ordinario del Tribunal u oficina en donde haya de hacerse la gestión o practicarse la diligencia, pero serán admisibles y válidas las gestiones y diligencias practicadas en la hora exacta en que se cierran las oficinas judiciales.", así lo ha entendido nuestra jurisprudencia patria (1962. Tribunal Superior de Trabajo, 15:55 horas del 13 de noviembre) al menos en cuanto a la remisión al artículo 107 del Código de Procedimientos Civiles.

B. INICIACION DEL PLAZO:

Los plazos de prescripción fijados por la ley deben empezar a correr según el caso de que se trate:

- si de acciones o derechos provenientes de contratos de trabajo, desde el día de extinción de los mismos;
 - si de acciones o derechos de los patronos para despedir justificadamente o disciplinar a los trabajadores por sus faltas, desde el día en que se dió la causa para la suspensión o desde que fueron conocidos los hechos que dieron motivo a la corrección disciplinaria;
 - si de acciones o derechos de los trabajadores para reclamar contra los despidos injustificados o contra las correcciones disciplinarias que se les apliquen, desde el día de la cesación del contrato;
 - si de acciones o derechos de los trabajadores para dar por concluído con justa causa su contrato de trabajo, desde el día en que el patrono dió motivo para la separación;
- no se olvide que éste término, jurisprudencialmente, ha sido considerado como improrrogable, no susceptible de suspensión alguna,
- si de acciones o derechos de los patronos para reclamar contra los trabajadores que se separan injustificadamente de su puesto, desde el momento de la cesación del contrato;

—si de acciones o derechos provenientes del Código de Trabajo, sus Reglamentos y leyes conexas que no se origin en contratos de trabajo, para los patronos desde el día del acaecimiento del hecho respectivo, y para los trabajadores desde el momento en que estén en posibilidad efectiva de reclamar sus derechos o ejercitar las acciones correspondientes;

—si de derechos provenientes de sentencia judicial, desde el día de la sentencia ejecutoria; todo según lo dispone el Código de Trabajo en sus artículos 604 y siguientes.

Al hablar de la interrupción del plazo de la prescripción, en el punto D del presente acápite, haremos particular referencia a las diversas situaciones que pueden presentarse según cada uno de los derechos de que se trate, hasta donde la brevedad del presente estudio lo permita.

C. SUSPENSION DEL PLAZO:

Se presentan en ocasiones situaciones subjetivas no imputables al titular del derecho en cuestión que son tomadas en cuenta por el ordenamiento jurídico otorgándoles el efecto de “suspender” el curso del término prescriptivo. Han sido previstas por el artículo 880 del Código Civil y por la naturaleza de este trabajo, sin que signifique en ningún momento inaplicabilidad de las restantes, es importante señalar la causal de suspensión del inc. 6), pues no corre la prescripción: “Contra los jornaleros y sirvientes domésticos, respecto a sus jornales o salarios, mientras continúen trabajando o sirviendo al que se los debe.”, en este supuesto, la suspensión opera más bien como “impedimiento”, pues el término no se inicia sino cuando el contrato cesa, y, creemos, sólo opera respecto de los jornales o salarios, y no de otros derechos de diversa naturaleza.

Son precisamente los jornaleros y los sirvientes domésticos los que a lo largo de todo el Código de Trabajo aparecen regidos bajo una normativa más desventajosa, ya en cuanto a jornada, ya en cuanto a pago de horas extraordinarias, ya en cuanto a descansos y días feriados. Es mediante la aplicación de esta norma, del Código Civil, que encontramos una de las muy pocas ventajas que el ordenamiento les ha provisto sobre otros estratos laborales. El Prof. Pérez Vargas ha dicho que la razón de ser de esta causal de suspensión es el peligro que representa el temor reverencial que se estilaba en este tipo de trabajadores hacia sus patronos. (17).

Salvo los casos en que la suspensión del cómputo del término de la prescripción tenga efectos semejantes al impedimento, su efecto es inutilizar el tiempo transcurrido, tomándose en cuenta solamente el período posterior y el anterior a la subsistencia de la causal.

D. INTERRUPCION DEL PLAZO:

En la suspensión, como vimos, lo que se da es una imposibilidad de ejercicio del derecho por parte de su titular. La interrupción de la prescripción ha sido prevista más bien para el supuesto en que el titular dé muestras suficientes de que desea que la obligación correlativa al derecho que posee se cumpla.

La inercia que da base a la prescripción puede entonces cesar por la manifestación de una voluntad diversa a la supuesta renuncia implícita que implica el dejar correr el término de prescripción. Los hechos a los cuales se les ha concedido tal efecto los ha previsto el Código Civil en su artículo 875 y siguientes. El efecto de tal interrupción sobre el plazo transcurrido lo establece el artículo 878 *ibídem*: “El efecto de la interrupción es inutilizar para la prescripción todo el tiempo corrido anteriormente.”, de suerte que, a diferencia de la suspensión en la cual sí se toma en cuenta el plazo transcurrido antes de que acaeciera, la interrupción tiene la virtud de hacer que todo el plazo prescriptivo señalado por la ley se inicie de nuevo, pues el ya corrido queda absolutamente inutilizado.

Las gestiones judiciales o extrajudiciales que impliquen necesariamente cobro de la deuda o deseo de que la obligación se cumpla interrumpen el curso de la prescripción. No se trata, y eso debe quedar claro, de cualquier gestión sino de aquella dirigida a tales fines que pongan de manifiesto la voluntad contraria del acreedor a permanecer inmóvil ante el devenir

(17) Véase PEREZ VARGAS, Víctor. Op. cit., pág. 375.

de la prescripción, según lo establece el artículo 879 del Código Civil. De esta manera, parecemos que si un trabajador trata de reclamar contra un despido injustificado que ha sufrido, acción que prescribe en el término de dos meses según el artículo 604 del Código de Trabajo, no puede considerarse que la solicitud de un certificado patronal en donde consten las causas de la cesación del contrato de trabajo -solicitud a que el trabajador tiene derecho según los términos del artículo 35 del Código de Trabajo- implique una interrupción del término de los dos meses previsto por el numeral 604 citado. Tal solicitud de certificado patronal no tiene, creemos, las características de las gestiones interruptoras de la prescripción que prevee el artículo 879 del Código Civil: no se encuentra por ninguna parte que implique cobro, en su acepción genérica, o deseo de que se cumpla con obligación alguna. Es, a lo sumo, un deseo del trabajador de hacerse de alguna prueba antes de iniciar gestiones judiciales o extrajudiciales que puedan, sí, interrumpir el término prescriptivo.

Según lo establecido por el artículo 876 del Código Civil, la interposición de la demanda interrumpe el término de la prescripción. Pero, ¿podría darse el caso de que habiéndose presentado la gestión judicial en tiempo, es decir, antes de que se cumpliera el término de la prescripción, éste se inicie de nuevo en el curso de los autos y acaezca en forma total, haciendo cumplirse los requisitos de la prescripción? El caso no parece muy probable. Sin embargo el Tribunal Superior de Trabajo de San José conoció de un caso en esos términos: luego de presentada una demanda en tiempo se previno a la actora el agotamiento de la vía administrativa, prevención que no cumplió en todo el curso de los autos; la parte demandada, al apelar de la sentencia del Juez Segundo de Trabajo de San José, opuso la excepción de prescripción y el Tribunal, en sentencia de las 14:05 del 31 de mayo de 1982 resolvió: "...la excepción de prescripción interpuesta debe ser acogida, porque si bien el escrito demanda fue presentado en tiempo, es decir, antes de que se operara la prescripción del derecho de la actora para reclamar contra el despido y produjo desde luego la interrupción de la prescripción, cuyo efecto es el de borrar y hacer inútil el tiempo transcurrido con anterioridad, no obstante comenzaron a correr de nuevo los términos a partir del veintiséis de mayo de mil novecientos ochenta y uno, que fue la fecha en que se presentó la demanda, siendo alcanzados sus derechos por la prescripción al negarse a cumplir el trámite indispensable que le ordenó el Juzgado, negativa que se ha mantenido hasta la fecha...", jurisprudencia que nos parece en extremo interesante.

Se admite con facilidad el hecho de que las gestiones administrativas ante el Ministerio de Trabajo que demuestran interés del trabajador en reclamar sus derechos interrumpan la prescripción:

"Si el actor reclama el pago de horas extra, lo cual denegó el a quo aduciendo que tal extremo estaba prescrito, ello no es cierto que ocurriera respecto de los tres últimos meses de vigencia del contrato, toda vez que la gestión administrativa que aquél hizo ante el Ministerio de Trabajo interrumpió cualquier prescripción..."

(1981 Tribunal Superior de Trabajo, No. 2610 de las 8:05 horas del 28 de mayo.; fallo cuyos términos se reiteraron por el mismo Tribunal en sentencia número 1833 de las 10:25 horas del 15 de abril de 1982.)

Ahora bien, respecto de si en tratándose del Estado como patrono el gestionar administrativamente reclamando los derechos tiene o no la virtud de interrumpir la prescripción, la jurisprudencia nos ha parecido contradictoria. Por una parte se dice que si la gestión administrativa es denegada, tal denegatoria no ha tenido el efecto de "ampliar" (entiéndase interrumpir) el lapso de la prescripción: "Si el plantemiento que deniega la gestión administrativa para el reclamo de prestaciones legales, no tiene por sí la facultad de poder ampliar el lapso fatal de la prescripción de los dos meses para hacer el mismo reclamo en vía judicial, y en la especie al darse contestación negativa a las gestiones de la actora en ese sentido, ya habían transcurrido ampliamente esos dos meses, debe concluirse que los extremos laborales reclamados se encuentran prescritos." 1981. Sala Segunda, No. 32 de las 14:00 horas del 8 de abril.;

mientras que por otra parte se ha dicho, nos parece, totalmente lo contrario:

"Abundante jurisprudencia ha sostenido que la presentación del reclamo administrativo tiene la virtud de suspender el término de la prescripción mientras el patrono y trabajador se logran entender, y pasada esa oportunidad sin lograrlo, comienza a correr de nuevo el término para ocurrir a la vía judicial." 1974. Tribunal Superior de Trabajo, 13:05 horas del 19 de julio.

El artículo 395 del Código de Trabajo, inc. a) párrafo segundo ab initio, definitivamente da base para entender como correcta la segunda afirmación: "Si se tratare de reclamos contra el Estado o contra sus Instituciones, deberá agotarse previamente la vía administrativa."

Punto seguido de lo anterior, el mismo inciso señala cuándo es que debe entenderse agotada la vía administrativa: "...se entenderá agotada cuando hayan transcurrido más de quince días hábiles desde la fecha de la presentación del reclamo, sin que los organismos correspondientes hayan dictado resolución firme." De esta suerte, a más de que el reclamo en vía administrativa interrumpe la prescripción, dicho efecto se conserva por el lapso de quince días hábiles si no hay antes resolución firme. Habiendo antes de esos quince días resolución, el plazo prescriptivo se inicia de nuevo desde su firmeza. El problema que se presenta es con la posibilidad de que luego de transcurrido ese período de quince días pasado el cual se opera el silencio administrativo -como se le denomina en doctrina- la Administración se pronuncie. Dos posibles soluciones parecen alternativas: si la ley presume el silencio por el sólo transcurso de quince días hábiles desde la presentación del reclamo sin contestación, desde cuyo momento entonces se inicia de nuevo el cómputo de la prescripción interrumpida, no importa a efectos de la prescripción el posterior pronunciamiento de la Administración Pública; el plazo, así, inicia según la presunción legal de agotamiento de la vía administrativa y no desde el posterior pronunciamiento. Otra solución es la de considerar que la prescripción que venía corriendo desde el cumplimiento del decimoquinto día de la presentación del reclamo sin que hubiera resolución firme, se interrumpe por el pronunciamiento tardío de la Administración, en cuyo caso el plazo prescriptivo se iniciaría de nuevo a partir de ese momento. Desconocemos si ha habido otros casos más, pero en uno que se presentó con circunstancias semejantes a las planteadas el Juez de primera instancia, el Tribunal Superior de Trabajo de San José y la Sala Segunda optaron por considerar que transcurrido el plazo de quince días que señala el inciso a) del artículo 395, el plazo de la prescripción empieza a correr de nuevo pues el obstáculo para acudir a la vía judicial desaparece y la vía queda, desde ese momento, expedita para la reclamación judicial. La Sala Segunda, en la resolución No. 6 de las 15:25 horas del 29 de agosto de 1980, en su Considerando de fondo, manifestó: "... el término de prescripción de los derechos y acciones de los trabajadores para reclamar contra los despidos injustificados, en juicios contra el Estado, comienza a correr una vez que está agotada la vía administrativa, independientemente de que el ente estatal se pronuncie antes o después de transcurrido el plazo para contestar la gestión administrativa..."

No es esa, a nuestro juicio, la solución correcta. Impone un rigor demasiado drástico sobre el trabajador, a quien en alguna medida podría beneficiar un pronunciamiento tardío de la Administración Pública. Tan es así esto que del fallo que a continuación se cita en extracto bien podría colegirse una actitud más flexible:

"Tratándose de reclamos contra el Estado a sus instituciones, la vía administrativa debe agotarse previamente, entendiéndose agotada cuando hayan transcurrido más de quince días hábiles desde la fecha de presentación del reclamo, sin que los organismos correspondientes hayan dictado resolución firme, y si en la especie hay casi cuatro meses entre la presentación del reclamo del actor y la demanda laboral, entonces se cumplió el período de prescripción, pues el pronunciamiento administrativo que ocurra muy posterior a los plazos señalados por la ley, no interrumpe dicho término."

1979. Tribunal Superior de Trabajo de Alajuela, No. 950 de las 8:00 horas del 6 de setiembre.

En cuanto al punto que venimos comentando, por último, debemos decir que admitir lo que la Sala Segunda ha afirmado significa darle la oportunidad a la Administración Pública de que se vea beneficiada de su propio dolo manifestado al omitir el pronunciamiento sobre la reclamación del trabajador en el tiempo debido.

Otro punto de interés respecto de la interrupción de la prescripción cuando el patrono es el Estado o alguna de sus instituciones es el referente al derecho de despedir justificadamente a los trabajadores o disciplinar sus faltas. El artículo 603 del Código de Trabajo señala el término de un mes para la prescripción respectiva, el cual se cuenta a partir del momento en que se dió la causa para la suspensión o bien desde que los hechos motivo de la corrección disciplinaria fueron conocidos. La jurisprudencia, con toda razón, ha venido afirmando que:

"Si cuando entes estatales se trata, antes de proceder al despido se debe indagar la veracidad de los hechos que se le imputaron al trabajador y luego poner su resultado en conocimiento del funcionario encargado de resolver; no es sino a partir de este momento en que comienza a correr el término de un mes que indica la ley para que prescriba el derecho del patrono a despedir al trabajador sin responsabilidad patronal." 1981. Sala Primera, No. 37 de las 15:30 horas del 26 de mayo;

y más escuetamente se ha dicho que:

"Tratándose de instituciones públicas o de organizaciones de servicio público, la prescripción del derecho a despedir no corre sino a partir del momento en que el órgano encargado de decidir el despido reciba la información pertinente." 1980. Tribunal Superior de Trabajo, No. 6089 de las 10:20 horas del 22 de diciembre. en idéntico sentido puede verse la resolución No. 886 de las 9:45 horas del 3 de abril de 1973, del Tribunal Superior de Trabajo.

Aunque parezca extraño, a pesar de la claridad de los pronunciamientos jurisprudenciales, en esta materia lo difícil ha sido conceptuar el momento en el cual el órgano que tiene la potestad disciplinaria tiene, efectivamente, toda la documentación pertinente en sus manos y puede proceder a decidir la sanción correspondiente, si ha de cumplirse, porque la reglamentación interna así lo exija, con una audiencia al trabajador de previo a que éste sea despedido, y cumplida ya toda la investigación sobre su falta se procede a darle tal audiencia, de tal suerte que el trabajador impugna por motivos de oportunidad tal concesión y se le concede un nuevo señalamiento para su defensa, ¿el recurso del trabajador tiene la virtud de interrumpir el plazo prescriptivo de un mes para el patrono para imponer la sanción respectiva o despedir? Tal parece que sí, pues otra cosa significaría que el trabajador pueda beneficiarse, ilícitamente, de una actuación maliciosa suya. Compartimos, por esa razón, el pronunciamiento del Tribunal Superior de San José vertido en sentencia de las nueve horas treinta minutos del veintiséis de setiembre de 1983, que al respecto dice: "...el inicio del plazo extintivo no ocurre sino a partir del... día fijado para la última audiencia concedida al actor, y como el despido se comunicó en nota de primero de junio siguiente... a este data no había expirado el respectivo término, quedando por ende interrumpido..." resolución que fue confirmada por la Sala Segunda de la Corte en sentencia de las 9:00 horas del 14 de marzo de 1984 número 19. Consideramos que el fallo acierta en cuanto logra desentrañar la verdadera intención del trabajador al pedir un nuevo señalamiento para su audiencia de defensa, y luego quiere hacer valer ese término concedido por su petición mediante la excepción de prescripción.

Sin embargo, a pesar de que compartimos la resolución No. 20 de la Sala Segunda, del presente año, no podemos decir lo mismo de las siguientes, o al menos no de todas. Sucedió así: contemporáneo al asunto cuyos rasgos dimos antes, se tramitaban 15 casos semejantes en cuanto a la causa de despido, que eran irregularidades cometidas por funcionarios bancarios. Por ser así las cosas y estar en discusión en todos los asuntos la problemática de la prescripción, la Sala Segunda, lastimosamente, optó por la solución más fácil, una solución, si nos permite el término "machotera". Se dictó la primera resolución en el sentido que ya se

dijo, y respecto de los restantes 15 asuntos solamente se indicó que ya se había tallado en otra oportunidad un caso "similar", y siendo esto así se procedió a copiar literalmente los considerandos de éste asunto antecedente en todos los posteriores casos. Pero eso no es lo grave, lo grave es que los restantes asuntos no eran, como se dijo, similares; es más, eran diferentes, y diferentes precisamente no entre sí sino respecto de aquél primero con cuyos fundamentos se fallaron todos los demás. Por referirnos solamente a sus generalidades, sin entrar en mayor detalle sobre cada uno de los casos fallados al carbón, digamos nada más que en ellos, luego de que el expediente de la investigación sobre la falta del trabajador fue puesto en manos del funcionario encargado de decidir (desde cuyo momento, según la jurisprudencia citada atrás, empieza a correr el plazo de la prescripción), éste agente administrativo, por propia iniciativa suya, solicitó luego el dictámen del asesor legal, a efecto de lo cual remitió el expediente dicho. Devuelto el expediente con el dictámen respectivo, se procedió al despido según lo que se indicaba procedía en derecho. Sin embargo, desde la fecha original en la que se había puesto en conocimiento del funcionario competente el expediente completo, hasta la fecha en que luego del pronunciamiento legal se resolvió el despido, había transcurrido más de un mes, que es el plazo señalado por el artículo 603 para la prescripción del derecho a despedir o sancionar a los trabajadores.

Si por una parte no se permitió a aquél trabajador valerse en su beneficio de su propio dolo, cuando luego que él mismo había pedido se le señalara una nueva fecha para la audiencia y recepción de su prueba quiso valerse del plazo concedido para alegar como corrida la prescripción, en los casos restantes, vistas las circunstancias dichas, tampoco debió permitirse a la Administración que mediante un dictámen cuya solicitud era innecesaria por cuanto ya había existido en una oportunidad anterior un pronunciamiento legal en el que se decía que había base para el despido, interrumpiera el plazo prescriptivo en perjuicio del trabajador. Pero no; los fallos 20 a 34 de la Sala Segunda sientan un pésimo precedente al autorizar a la Administración Pública para que luego de que esté completo el expediente de la investigación sobre la falta -en cuyo transcurso deberá haberse dicho al trabajador que se le pretende despedir por tales o cuales hechos, de acuerdo con lo que establece la legislación vigente según indicación de la asesoría legal- se solicite de nuevo pronunciamiento al asesor legal y pueda, así, interrumpir fácilmente un plazo prescriptivo que ya empezaba a correr. Tal cosa, desde todo punto de vista, es inadmisibles. Lo hecho por la Administración no es más que una ampliación oficiosa, innecesaria y malintencionada del expediente de investigación. Las mismas razones que había para acusar el dolo del primer trabajador -como ya se dijo- existen para señalar el dolo de la Administración.

Es digno también de hacerse notar, a efecto de conocer los verdaderos alcances de esta transcripción de fallos, el hecho de que al haberse reiterado los términos de la sentencia primera, los plazos no coincidían de la misma manera. En el primer caso se habían computado a partir del momento en que el órgano con poder para decidir sobre el despido había recibido el expediente; en los otros casos tal cómputo no debía hacerse a partir de ese momento sino a partir de la fecha en que se le devolvió a éste órgano el expediente con la consulta legal evacuada. Lógicamente, como se transcribieron literalmente las sentencias, la primera, que no tenía esa circunstancia incorporada, no hacía alusión a tal hecho. A este respecto puede verse la sentencia 20 bis, de la misma Sala, en donde se dice que tal inexactitud no existe.

5- RENUNCIA DE LA PRESCRIPCION

Respecto de la renuncia de la prescripción hay que distinguir ante todo si la misma ha sido cumplida o no. El artículo 850 del Código Civil dice que la prescripción no puede renunciarse en forma anticipada pero sí si ya se ha cumplido. Es aquel interés público a la certeza o seguridad jurídica en que fundamos la existencia misma de la prescripción el que da sustento a la irrenunciabilidad de la prescripción no cumplida. Además, quien renuncia anticipadamente a una prescripción dispone de algo que aún no posee; acaso apenas de una expectativa de derecho.

Sentado ya que la prescripción cumplida si es susceptible de renuncia debemos agregar que tal acto dispositivo puede ser tácito, y resulta de no oponer la excepción respectiva antes de sentencia firme, o de que quien puede oponerla manifieste del algún modo que reconoce el derecho del reclamante, (art. 851 Código Civil).

Más al hablar de la renuncia de la prescripción ya cumplida, aún y cuando ya ello significa restringir el ámbito del acto dispositivo sólo a aquello que en realidad se considera derecho privado -la prescripción ya cumplida, como lo entiende bien Montero Pifia (18)- nos asalta la incertidumbre de encontrarnos ante un aparente choque frontal entre el carácter imperativo de las normas proteccionistas del derecho laboral y la posibilidad de hacer ilusoria su aplicación por virtud de la renuncia a la posibilidad de hacer ilusoria su aplicación por virtud de la renuncia a los derechos concedidos por tales normas mediante las formas de renuncia a la prescripción. Es decir, cómo conciliar el afán del derecho laboral por proteger la situación económica del trabajador imponiendo plazos cortos para la resuperación de salarios pagados en exceso, para la imposición de medidas disciplinarias que al fin pueden traducirse en días de suspensión sin goce de salario, y otras más, si el trabajador puede renunciar a esas prescripciones cortas con tan sólo no oponerla por la vía de la excepción? Tal vez pueda encontrarse solución a esta interrogante en las palabras de Gottschalk: "si el derecho del trabajo tiende a proteger a la personalidad humana, obvia es la imposibilidad de suprimir la libre manifestación de una de las supremas cualidades de esta personalidad: la voluntad" (18); esto quiere decir, entendemos, que aún cuando el orden público ha adquirido especial relevancia en el Derecho del Trabajo, la voluntad, como fuente de derechos, no ha sido excluida del todo. Confirmamos esto con la afirmación de Ferro de que "El carácter imperativo de una ley no tiene a menudo otra utilidad que asegurar la protección de voluntades presumidas demasiado débiles" (19), de donde extraemos que el ordenamiento laboral otorga al trabajador la posibilidad de adquirir derechos, consolidados éstos ya en su favor, pasan al mundo de su patrimonio donde la disponibilidad es perfectamente posible.

De ahí que nos parezca excesiva la posición de De la Cueva cuando dice: "Bien está que se admita la prescripción de las acciones de los patronos puesto que nada les impide renunciar a las que tengan en contra de los trabajadores; la prescripción de las acciones de éstos, en cambio, contraría de manera manifiesta los propósitos de la legislación del trabajo" (20), pues si no admite la prescripción en contra de los trabajadores, mucho menos admitirá la renuncia de la prescripción cumplida en su favor.

En nuestro medio no ha habido discusión alguna sobre la renuncia a la prescripción por parte del trabajador. La jurisprudencia, sin entrar en mayores consideraciones filosóficas, la ha admitido fácilmente:

"El argumento de que la prescripción es la pérdida del derecho por descuido o negligencia del acreedor, tanto en materia civil como en laboral es concluyente, si se toma en cuenta que no conviene a las partes las situaciones de incertidumbre y que el vínculo laboral debe mantenerse y desarrollarse en un ambiente normal; por otra parte, al ser el trabajador la parte más débil de la relación laboral, por ser el salario su único medio de vida y el de su familia, al no ejercitar la acción en el momento en que se produce el derecho, lógicamente, o renunció al mismo o la situación lesiva se consolidó por su sola voluntad."

1975. Tribunal Superior de Trabajo, No. 1927 de las 14:30 horas del 15 de mayo.

y así mismo ha aceptado con toda facilidad la renuncia a la prescripción por parte del patrono, lo que ofrece poco o ningún problema:

"Si el representante patronal tenía conocimientos de que el trabajador reclamante había laborado para la compañía demandada desde el mes de mayo al mes de noviembre, al manifestar como hecho suyo, en nota fechada desde el

(18) GOTTSCHALK EGON, Félix. "Norma Pública e Privada no Direito do Trabalho". Libreria Académica, Sao Paulo, 1944, pág. 189. cit. p. FERRO, Horacio D. J. Op. cit., pág. 453.

(19) FERRO, Horacio D. J. Op. cit., pág. 454.

(20) DE LA CUEVA, Mario. "Derecho Mexicano del Trabajo" Tomo I, pág. 455, cit. p. PLA RODRIGUEZ, Américo. Op. cit., 127.

mes de diciembre, el derecho que tenía el trabajador de reclamar los extremos de salarios caídos, preaviso, auxilio de cesantía y vacaciones; al reconocer los mencionados derechos del trabajador en la referida nota, está renunciando, tácitamente, a la excepción de prescripción;...”

1975. Tribunal Superior de Trabajo, No. 2140 de las 9:25 horas del 30 de mayo.

Y sobre la renuncia anticipada a la prescripción, en forma coinciden con lo que sobre el particular expusimos, nuestro más alto Tribunal ha sostenido:

“Al ser prohibida y absolutamente nula la renuncia anticipada de la prescripción, lo mismo tiene que ocurrir con los pactos que se dirijan a prolongarla, pues en el fondo constituye una renuncia...”

1976. Sala de Casación, No. 25 de las 15 horas del 24 de marzo.

remitimos al lector a lo que expusimos al hablar del carácter de orden público de los plazos prescriptivos (presente capítulo, sub 4) en cuya oportunidad comentamos una prolongación del plazo prescriptivo de la acción para recuperar salarios pagados en exceso realizada mediante Convención Colectiva firmada entre la Universidad de Costa Rica y el Sindicato de Empleados Universitarios.

CONCLUSION

Es claro, según lo expuesto en el presente trabajo, que el Derecho del Trabajo no requiere de un concepto del instituto de la prescripción que difiere en sus notas esenciales del que posee el Derecho Civil. La referencia a las generalidades de la noción de la prescripción civilista es, para el Derecho del Trabajo, suficiente. No hay, según creemos, justificación bastante para experimentar conceptos diversos de la prescripción, el cómputo de los plazos, la suspensión, la interrupción o la renuncia de ella.

La prescripción, como expusimos, está plenamente justificada en el Derecho del Trabajo. La misma necesidad de certeza que impera en las relaciones civiles o comerciales, y aún de derecho público y quizás con mucha más razón, da motivo suficiente en el Derecho del Trabajo para la existencia de la prescripción. No altera en manera alguna el carácter tuitivo de éste Derecho, reflejado en la búsqueda de la igualdad de los desiguales por la vía normativa. Ni la prescripción de los derechos y acciones del trabajador, ni la renuncia a la prescripción cumplida en favor de éste contrarían el carácter de orden público del Derecho Laboral. Al contrario; bien entendido reflejan que la voluntad, como nervio motor de la disponibilidad de derechos, es respetada por el Derecho del Trabajo en toda su amplitud, y da una muestra de la dialéctica derecho público-derecho privado en que se subsume el Derecho del Trabajo.

Lo insuficiente, según hemos podido constatar de la constante referencia que en el presente estudio se ha hecho al pensamiento judicial más autorizado, es la normativa que rige el tópico. Ello ha dado pie, como hemos visto, a fallos contradictorios, a jurisprudencias que extraen de normas omisas directrices que bien hubieran sido las contrarias y se justifican igual. Y éste fenómeno es así por dos cosas: primero porque el Código Civil; y en segundo lugar, porque además de que la referencia hecha no agota aún así todos los supuestos pensables en materia laboral las normas civiles se idearon para otro tipo de relaciones y en otro tipo de circunstancias históricas. ¿Qué del agotamiento de la vía administrativa? ¿Qué del silencio administrativo? ¿Qué las investigaciones precedentes a una resolución de despido justificado? ¿Cuál es el límite de ésta investigación: un año, un año y medio, acaso dos años, o más aún? ¿Y la incertidumbre de un trabajador durante todo este tipo? ¿No sería esto último un especie de despido indirecto? ¿Cuándo se entiende terminada una investigación antecedente o un despido? ¿Qué del pronunciamiento tardío de la Administración? ¿Acaso ésto último hace nacer un nuevo plazo prescriptivo? ¿Está bien que por la vía de la decisión judicial a un plazo prescriptivo se le den rasgos de caducidad? Quizás no todas estas interrogantes deban so-

lucionarse en el acápite normativo de la prescripción, pero lo cierto es que teniendo incidencia directa sobre ésta no encuentran solución expresa en otra parte y entre tanto la jurisprudencia divaga por senderos no siempre previsibles. Es cierto que la norma no podría ser agotadora de todos los supuestos, pero la insuficiencia de las existentes no tiene discusión. La prescripción está regulada por siete artículos (en su generalidad). El primero de ellos es de referencia al Código Civil, y los restantes seis establecen igual número de plazos utilizando la terminología y construcción gramatical no más feliz. Mayor esfuerzo hizo falta para darle suficiente amplitud al tratamiento normativo de esta materia, la cual, quizás inocentemente, el legislador no creyó de tanta importancia como la que en efecto tiene.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS:

LIBROS EN ESPAÑOL:

- 1.- ALONSO GARCIA, Manuel. "Curso de Derecho del Trabajo". Ariel. Barcelona, 1973.
- 2.- CABANELLAS, Guillermo. "Contrato de Trabajo", Parte General, Vol. III. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964.
- 3.- CARBONNIER, Jean. "Derecho Civil", Tomo II, Vol. III. Bosch, Barcelona, 1971.
- 4.- DE LA CUEVA, Mario. "El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo". Porrúa S.A., México D. F., 1975.
- 5.- ESCRICHE, Joaquín. "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". Garnier Hermanos, París, 1969.

LIBROS EN ITALIANO:

- 1.- MESSINEO, Francesco. "Manuale di Diritto Civile e Commerciale". Vol. I. Giuffréd, Milano, 1957.

REVISTAS:

- 1.- CASTRO HIDALGO, Abel. "La prescripción en el Derecho del Trabajo", en Revista del Colegio de Abogados, Tomo II, No. 34, octubre, 1948.
- 2.- FERRO, Horacio D. J. "La Renuncia y la prescripción en el Derecho del Trabajo" en revista Derecho del Trabajo, Tomo X, Año 1950, Ed. La Ley. Buenos Aires, 2da Edición, 1959.
- 3.- PEREZ VARGAS, Víctor. "La Prescripción Negativa y la Caducidad en el Derecho Civil Costarricense", en Revista de Ciencias Jurídicas No. 24. Junio-Setiembre-Diciembre, Colegio de Abogados, San José, 1974.

CODIGOS:

- 1.- VINCENZI, Atilio. "Códigos Civil y de Familia de Costa Rica". Lehmann, San José, 1981.
- 2.- VINCENZI, Atilio. "Código de Trabajo de Costa Rica. Edición 1983-1984." Lehmann, San José, 1983.

INDICE

	Pág.
1.- SUSCRIPTORES DE HONOR	I
2.- AGRADECIMIENTO	II
3.- PRESENTACION	III
4.- EL DERECHO COMO CIENCIA.	1
Trabajo presentado al Profesor Wilbert Arroyo Alvarez Cátedra de Sistemas de Investigación y Razonamiento Jurídico (I Año) <i>Por Sergio G. Rivera Jiménez</i>	
5.- LA INTERDICCION.	10
Trabajo presentado al Prof. Dr. Víctor Pérez V. Cátedra de Derecho Privado (II Año) <i>Por María González Campos</i>	
6.- LA IGUALDAD ANTE LA LEY (Art. 33 - Const. Pol.)	26
Trabajo presentado al Dr. Calos José Gutiérrez Cátedra de Derecho Constitucional (III Año) <i>por Luis Fernando Calderón U. y Hilda Marlene Calvo G.</i>	
7.- OBLIGACIONES NATURALES.	46
Trabajo presentado al Prof. Luis Baudrit Cátedra de Obligaciones (III Año) <i>Por Katia Fernández González</i>	
8.- EL BIEN JURIDICO PROPIEDAD.	53
Trabajo presentado al Prof. Henry Issa Cátedra de Derecho Penal III (III Año) <i>Por Alfredo Chirino Sánchez</i>	
9.- LAS CONSTRUCCIONES EXTRALIMITADAS.	61
Trabajo presentado al Profesor Orlando Aguirre Cátedra de Derechos Reales II (III Año) <i>Por Orlando Rojas Sáenz</i>	

10.- LA ACEPTACION DEL CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO	70
Trabajo presentado al Prof. Diego Baudrit Carrillo	
Cátedra de Contratación Privada I (IV Año)	
<i>Por Gino Cappella Molina</i>	
11.- CRITERIOS PARA ACORDAR AUMENTOS DEL PRECIO EN EL INQUILINATO	82
Trabajo presentado al Dr. Diego Baudrit Carrillo	
Cátedra de la Contratación Privada II (IV Año)	
<i>Por Roberto Gamboa Chaverri</i>	
12.- LOS SUJETOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	96
Trabajo presentado al Prof. Dr. Rafael González Ballar	
Cátedra de Derecho Administrativo IV (V Año)	
<i>Por Roberto Gamboa Chaverri, Oscar González Camacho, Ronald Hidalgo Cuadra, Víctor Hugo Paniagua Hidalgo, Luis Paulino Salas Rodríguez</i>	
13.- GENERALIDADES SOBRE LA PRESCRIPCION EN MATERIA LABORAL	121
Trabajo presentado al Prof. Dr. Raúl Marín Zamora	
Cátedra de Derecho Laboral (V Año)	
<i>Por Gladys E. Dalsaso Arauz y Guillermo Salas Campos</i>	