CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año VIII — No. 26 — Setiembre, 1983



0 8 8 t 2 0

0 8 8 t 2 0

Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia.
San José, Costa Rica.

Distribución y canje:
Biblioteca Judicial
Corte Suprema de Justicia.
San José, Costa Rica.

Sección I: Estudios.

LOS TRABAJOS DEL COMITE JURIDICO INTERAMERICANO Y LA CIDIP II*

Gonzalo Ortiz Martín.

Se me asignó el tema de los trabajos del Comité Jurídico Interamericano del que soy miembro y correlator, en referencia y relación con lo dispuesto en el Segundo Congreso Especializado de Derecho Internacional Privado celebrado en Montevideo y en cierta forma completado por la Primera Reunión de Expertos de Derecho Internacional Privado que tuvo lugar en Washington D.C. del 9 al 15 de abril de 1980.

En realidad, la sustancia de estas actividades, es el empeño que ha tenido la Subsecretaría Jurídica de la OEA, en asocio con el Comité Jurídico y de múltiples ius privatistas de la América, tanto la Luso-Hispana como la "Americana", de buscar áreas de acercamiento entre los dos sistemas de Derecho prevalentes en el Continente. El Derecho Civil y el "Common Law", originados en Europa desde la caída de Roma, pero bastante evolucionados en el mundo actual que presencia y actúa en el desarrollo de etapas históricas completamente cambiadas en su desarrollo social, político y económico, que sin duda, tiene que presentar otras soluciones a otros problemas antes completamente desconocidos o de proyecciones totalmente diferentes como lo son los resultados económicos que ya empezaron a convertir en Derechos, denominados económicos que se tratan de fortalecer con la juridicidad necesaria por lograr su vigencia.

En breves frases debo comentar que la tarea de conseguir un derecho como resultado del civil y del "Common Law" es tan ardua que muchos la califican de casi imposible, aunque sea por todos comprendido que la meta de un derecho unificado en el universo es el verdadero logro de la paz universal y por ello, se le considera como un ideal, una utopía, un sueño. Muchos son los ideales que existen entre los hombres de buena voluntad y por ellos, con permanencia ininterrumpida, al través de toda clase de guerras, que constantemente destruyen y deshacen lo que los mismos hombres con denodado esfuerzo e inteligencia van consiguiendo al girar de la historia, debido, sin duda, a la mala conformación humana a la que le falta algún elemento capaz de diluir su inclinación conflictiva para unirse verdaderamente. El Derecho mismo en sus conceptos y en todas las regiones geográficas significa la búsqueda de la Justicia, tiene diferentes aplicaciones o interpretaciones, que dividen completamente a los pueblos que se adjudican la calidad de civilizados o de atrasados porque se sujetan y castigan, según su propio derecho, a súbditos y a extraños. Hablan los pueblos distintas lenguas, que a veces, en su significado varía sustancialmente de la de otros grupos y ello hace más difícil el entendimiento. Aún ahora, en idiomas que han alcanzado una perfección gramatical, debidamente organiza-

*OCTAVO CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL

dos y completados con vastos estudios filosóficos, al traducirse en derecho, resultan para muchos, distintos y no dicen con claridad conceptual lo que deben las leyes contener, y verdaderamente quisieran expresar. En las labores del Comité Jurídico se presentó el caso de que al redactarse conclusiones emanadas de dos grupos de expertos: unos de la América-Luso-Hispana y otros de Norte América, resultaron objetables por cuanto lo que el texto inglés decía era o podía ser diferente a lo que se consignaba en la traducción española. Al caso estoy muy conforme con la síntesis de la doctora Maekelt al escribir "que el Acuerdo de Bases Mínimas lo fundamental era obtener correspondencia de conceptos y no de palabras". Esto demuestra cuántos son los obstáculos que presentan al Derecho de los pueblos para ser unificados, para llenar la esperanza que los hombres al través de leyes fundamentales encuentren el camino de la paz. Existen grandes y poderosas asociaciones mundiales como la "La Paz al través de la Unificación del Derecho" que tratan de unir a las gentes que tienen por profesión la práctica del Derecho, su unificación como propósito para llegar al ideal.

La unificación del derecho en el mundo, es pues, por ahora, un ideal. Esto no indica, empero que no debamos trabajar con fervor y esperanza porque la humanidad llega a colmarlo algún día. Relevantes juristas de la Subsecretaría Jurídica de la OEA con muy acertado criterio se propusieron trabajar sobre problemas urgentes para el mejoramiento de la práctica jurídica y comercial de los países del Continente en los que fuera posible conseguir acuerdos mediante congresos y reuniones de los abogados, que en su práctica jurídica, encuentran vallas en el trámite de los conflictos legales y así, en conjunción con el Comité Jurídico se propusieron, con indudable suceso, tratados, que aprobó el Primer Congreso Especializado realizado en Panamá y luego el Segundo que estudiamos ahora. Se halló en el criterio de expertos americanos un gran deseo de encontrar fórmulas de avenimiento, de estudiar las posibilidades de coincidencia del "Common Law" y de los muchos y diferentes procedimientos que la Federación Americana tiene en las leyes de sus distintos Estados, entre los cuales hay algunos que siguen el Codificado francés como es la Louisiana y el Derecho Civil de la América-Luso-Hispana. La buena intención y mejores afanes han tenido resultados concretos muy positivos como son los tratados tantas veces mencionados.

Tenemos que hablar del Derecho Internacional Privado en los Estados Unidos que tienen como sistema el "Common Law" y derivaremos importantes observaciones que servirán para darle mayor claridad al problema. Sabemos que se origina en los Estatutos que al solo enunciarlo recuerda las fuertes dificultades al tratar de separar el derecho en personales y reales. Sin embargo, fueron tan eminentes los juristas que siguiendo la ruta de los grandes romanos que crearon la juridicidad como aplicación de las relaciones humanas, penetrando en las mayores honduras filosóficas para ver de encontrar la justicia, que sus estudios provocaron, inusitado interés en todas las universidades no sólo de Italia, sino del resto de Europa, enzarzándose en valiosas "controversias, famossísimas questios", intercambios de profesores y anhelos por crear en los hombres el amor al Derecho, que son todavía la base al parecer inconmovible de los principos del DIP. Después de Bartolo de Sasso Ferrato y el grupo de estatutarios y neo estatutarios brotaron tantas doctrinas y teorías que fueron tomando el nombre de sus autores o mayormente de sus países, escuela francesa, alemana, holandesa y varias más anotadas aquí en desorden cronológico; en este punto me detengo, pues el objetivo de este aspecto de la lección, es la escuela anglo-americana porque deseo que observen que el origen del DIP en el "Common Law" tiene exactamente la misma raigambre jurídica. Es estatutaria y se tiene como creador por algunos profesores a Story "el admirado y citado por Savigny", que respetando los estatutos, varía su conclusión que acoge la "comitas gentium" de los holandeses convirtiéndola en el término que trata de juridicizarlo con el nombre de "Comity". Para continuar debo decir que en esta glosa sobre el DIP en los Estados Unidos de Norte América me sirvo de un notable estudio que presentó en el Primer Seminario de Derecho Internacional Privado en la Universidad Nacional Autónoma de México, el profesor Friedrick K. Jueger, profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de California, Estados Unidos de América, intitulado "La doctrina estadounidense contemporánea a través de algunos autores". Veamos su primera fase: "La creencia común acerca del 'Common Law' es que sus oráculos son los jueces y no los juristas, es decir, que la literatura jurídica aparte de las resoluciones judiciales no tienen más que una 'autoridad secundaria'. Pero aún en Inglaterra el Derecho Internacional Privado se ha desarrollado en gran parte gracias a la industria de los

ius privatistas. . .". Los mismos jueces del 'Common Law' que desdeñaban la literatura jurídica inglesa hacían, sin embargo, referencia de Huber, Johannes Voet y más tarde a Savigny, al grado de que un autor llegó a hablar de una "recepción en Inglaterra de las máximas continentales". (Westolke, J. "Treatise on Private International Law"). Ya citamos a Story y lo volveremos a mencionar de nuevo por su poderosa influencia sobre la materia en la formación del DIP en los Estados Unidos. En su obra "Commentaries on the Conflicts of Laws", al reconocer la influencia de los autores europeos dice: "en las obras de estos abundan distinciones teóricas que sirven más bien para provocar discusiones infructuosas, y las sutilezas metafísicas, que perturban, sino es que confunden al investigador". Sostiene el profesor Juenger que fue Story quien creó la generación ius privatista estadounidense que ha producido "una revolución en materia conflictual" que ya traspasó las fronteras y entrado en fuerte polémica con la literatura europea hasta alcanzar el distintivo que se conoce por el "mos americanus" propuesta por Baade en el "Book Review of the American Journal of Comparative Law" donde se destaca por connotar el método legal estadounidense en general y se presta como lema conveniente para denominar "la revolución conflictual" o "la escuela estadounidense". Tenemos que lamentar no poder extendernos en tema tan importante para el objeto de esta clase pero el tiempo calculado para el curso no lo tolera. Tenemos, pues, que existe un "mos americanus" que consiste en obtener la competencia mediante un conjunto de reglas de selección tales como la "lex loci delicti o la lex rei sitae". "El objeto de este método tradicional es lograr la "justicia conflictual", es decir, determinar de una manera neutral e imparcial el Estado o nación de mayor proximidad (closes connection) respecto de una relación jurídica determinada". Pasamos ahora a la formación escrita del DIP que se puede concretar desde el primer "Restatement or Conflict of Laws" en 1934, que es una compilación de los principios subyacentes en las resoluciones de los tribunales del "Common Law" (Juenger). Debe señalarse que su redactor y padre espiritual, como la llama Juenger fue el profesor de la Universidad de Harvard, Joseph Beale gran tratadista en materia de conflicto de leyes y los muy famosos derechos adquiridos. Su sistema conceptualista desencadenó un gran disgusto entre muchos ius privatistas de gran fama y prestigio en las universidades norteamericanas, que podría resumirse, en cuanto a esos criterios, a los párrafos de Cavers en su libro "A Critique of the Choise of Law" citado por Juenger, "El Tribunal no escoge frívolamente la ley; está resolviendo una controversia. ¿Cómo podría hacer una selección sabia sin conocer el efecto de ésta sobre el litigio? Solamente cuando no estamos obligados a seguir las reglas para la selección de la ley competente que ignoran el resultado que tal selección implica, podremos utilizar la metodología y los medios que están utilizándose en otras ramas del derecho". De todas estas disputas entre los nuevos ius privatistas, comenta el autor: "la hipótesis según la cual es posible determinar el ámbito espacial de una ley mediante un método analítico no se originó con los autores estadounidenses: el lector seguramente la reconoce como la médula de las teorías estatutarias".

Continuamos en la demostración de la poca o ninguna diferencia del DIP americano con el clásico europeo. Brainderd Currie publicó un tomo "Selected Essays" que fue celebrado y apoyado por renombrados juristas y glosa el profesor Juenger: "a pesar de descender espiritualmente de los estatutarios, Currie no dividió simplemente las leyes en estatutos personales, reales y mixtos. Según él es posible determinar el alcance territorial de una norma mediante el análisis del propósito (policy) subyacente en su adopción. Esta idea ya había sido expuesta en el famoso artículo de Wachter y con anterioridad en las obras de los estatutarios. El punto de vista de Currie manifiesta una definida tendencia territorialista "homing trend". Así su método invoca la aplicación de la "lex fori" toda vez que el foro tiene un "interés" en defender "el policy" de su propia regla". Muchos otros autores norteamericanos Whrenzweig, los eclécticos Von Mehren, Reese, Cheytham, Leflar y Cavers intervienen en sus cátedras, escribiendo artículos y libros de esta característica del DIP de discutir todas las grandes cuestiones.

Así se llega al segundo "Restatement" que es una mezcla de las doctrinas y proposiciones de tantos sabios juristas en las que no podemos detenernos para no hacer esta clase interminable.

Brevemente citamos lo que titula el profesor Juenger LA REVOLUCION EN LOS TRIBUNALES. El tribunal de última instancia de New York en el caso de Babcock vs. Jackson rechazó una de las grandes reglas cardinales del primer "Restatement", la "lex loci delicti". En el caso de un automóvil registrado en Nueva York, cuyo propie-

tario y pasajero eran residentes de ese Estado y tuvieron un accidente en la provincia de Ontario en el Canadá, el tribunal permitió al pasajero presentar demanda por daños sufridos a pesar de que la ley de Ontario, aplicable a pasajeros gratuitos no lo hubiera permitido. Continúa comentando el final. La experiencia de New York "presentáronse numerosos casos envolviendo diversas combinaciones de elementos foráneos ante el tribunal newyorkino, éste se vio obligado a escoger entre las teorías modernas. Aparentemente las encontró a todas deficientes, porque después de saltar "frenéticamente como un frijol saltarín, de una teoría a otra en casos de responsabilidad civil", el tribunal al fin reafirmó el sabio principio de la "lex loci delicti". Transcribe el autor, para terminar, la sátira de un magistrado federal, "los galones de tinta que se derramaron a lo largo y a lo ancho de las revistas jurídicas en tanto que la revolución conflictual se enfrentaba a una contrarrevolución en una batalla campal más esotérica y confusa que cualquier otra jamás presenciada por el derecho estadounidense". Volvemos a repetir que no estamos tratando de hacer un examen serio sobre el "mos americanus" sino señalando las objeciones que los mismos juristas norteamericanos han hecho a su doctrina o sistema. Pero que, queremos dejar claros los grandes impedimentos que tiene una doctrina basada en los fundamentos del que podríamos llamar DIP clásico y adviértase bien que no lo hacemos con nuestras palabras o nuestros modestos juicios, sino con las de los más sobresalientes ius privatistas norteamericanos. Rosemberg expresa: "Esta complejidad esencial de los enfoques modernos obstruye la administración eficiente de la justicia". Se ha llegado a decir que "los accidentes de carreteras no son rompecabezas exóticos y esotéricos concebidos por las elocubraciones de los filósofos. . . la idea de que los jueces. . . deben ejercer una justicia de encaje, caso por caso, libre de los requisitos de las normas u objetivos jurídicos es una ilusión vana y peligrosa". Copiamos del profesor Juenger un párrafo completo, "Como estudiosos de la materia de DIP, deberíamos de preocuparnos por el etnocentrismo de cualquier metodología que gravite alrededor de la ley del foro. Es desconcertante leer el siguiente párrafo en una resolución federal relativa al famoso accidente de un avión turco en París que causó la muerte de casi 350 personas de distintas nacionalidades. Somos un tribunal de los Estados Unidos, un órgano creado para efectuar las leyes y "policies" de los Estados Unidos. Concluimos que en este caso carecemos de autoridad, legal o moral, para derogar dictámenes aplicando los dictámenes locales de un gobierno extranjero". En su crítica el comentado profesor al terminar hace estas afirmaciones "En fin se podría concluir que las corrientes actuales en materia de conflictos de leyes en los Estados Unidos nos encaminan en una dirección errónea. . .". "Pero más allá de su función, destructiva la nueva ola ha dado relieve a lo que los tribunales deben hacer para fomentar una genuina justicia internacional privada. Dos asuntos importantes, el primero resuelto por la Cámara de los Lores de Inglaterra y el otro por el tribunal Constitucional alemán, proporcionan evidencia sobre la universalidad del problema del conflicto entre las teorías y la justicia. En tanto que el "mos americanus" nos ayude a afrontar este problema, la labor de los ius privatistas estadounidenses contemporáneos no ha sido en vano". Cumplimos aquí los puntos que juzgamos interesantes para derivar los resultados que pretendemos demostrar que no son otros que el sostener que existe en el "Common Law" que se practica en los Estados Unidos de América, un DIP, hasta con denominación propia de "mos americanus" que se parte de las teorías y doctrinas que fundaron el DIP desde los estatutarios hasta hoy, es decir, es parte de un mismo conjunto, de un todo, lo que nos da la oportunidad de figurarnos que no es tan imposible, entre sectores de un mismo cuerpo jurídico encontrar muchas semejanzas y sobre esas similitudes, el mismo objetivo, buscarlo dentro de las diversas leyes, aquellas que se acomoden mejor al caso del sub júdice para así encontrar, el objetivo final, que es la seguridad jurídica y la justicia. Cerrado este amplio paréntesis continuamos con el tema.

En el CIDIP II de Montevideo se advirtió que los delegados norteamericanos no estaban completamente satisfechos con los resultados obtenidos porque, seguramente, encontraron resistencias en los ius privatistas de su país. Debemos tener muy presente que ninguno de los dos congresos entró a fondo en las divergencias de los sistemas del civil y del "Common Law", sino que para obtener resultados positivos, estudió las áreas de mayor posibilidad de entendimiento en la parte procesal y sus relaciones para la evacuación de todo lo referente a hacer valer disposiciones positivas y vigentes sobre pruebas que entusiásticamente fueron acogidas. La Subsecretaría Jurídica de la OEA junto con el Comité, propuestos como están, a llegar a conjugar en lo posible, ambos sistemas decidieron continuar

con las reuniones de búsqueda de acuerdos y así se celebró la primera Reunión de Expertos precitados con representantes de la Subsecretaría, del Comité Jurídico y de los principales profesores de la Federación Americana, universidades y funcionarios ius privatistas de Washington. El informe de esta reunión está editado por la OEA. Consideramos que para llenar mi objetivo debemos reproducir la propuesta formal de los Estados Unidos que explica su posición:

"La Consultoría Jurídica de la OEA ha solicitado un memorando suscinto en que se indique el planteamiento posible de la discusión del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre la Recepción de Pruebas en el Extranjero (Protocolo de Recepción de Pruebas)*. Con el presente memorando se da la respuesta a dicha solicitud. Por supuesto, los demás miembros del grupo de expertos contribuirán con sus puntos de vista sobre el particular. Naturalmente las ideas que en este memorando se exponen son de tanteo para ser depuradas en la reunión del grupo de expertos.

A diferencia del Protocolo sobre Exhortos o Cartas Rogatorias el Protocolo en proyecto sobre recepción de pruebas en el extranjero presenta algunos problemas de carácter conceptual. La cuestión clave consiste en la dificultad de armonizar las prácticas procesales de la mayoría de los países latinoamericanos con las de sistema del **"Common Law"**.

Parece que el punto de partida de la discusión del protocolo proyectado ha de ser la práctica actual de los países interamericanos en el cumplimiento de las solicitudes de recepción de pruebas. Al examinar dichas prácticas se podrá determinar los principios en que descansan tales procedimientos y los problemas a que da lugar su aplicación. En dicha discusión habrá que considerar la legislación en los países interamericanos lo mismo que las disposiciones de los tratados bilaterales y multilaterales en vigor en dichos países.

La Reunión de expertos formuló las Bases de Jurisdicción Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras que con todos los atestados y resúmenes de las intervenciones que se produjeron se enviaron al Comité Jurídico para su debate, discusión y oportuna aprobación. En el Comité se suscitaron algunas observaciones principalmente fundamentadas en cuestiones semánticas ya que aparecían distintos significados entre los textos inglés y español, lo que decidió que se prolongase la discusión en el período de sesiones en que está ahora el Comité. Las bases en debate son las siguientes:

"Para los fines de la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras se considerará satisfecho el requisito de la jurisdicción internacional cuando el Tribunal sentenciador tuviese jurisdicción de acuerdo con cualquiera de las siguientes bases:

Primera. El demandado tenga su domicilio o residencia habitual en la jurisdicción territorial del Tribunal de origen de la sentencia de momento.

Segunda. Los bienes inmuebles y los bienes muebles corporales se encuentran en el momento de entablarse la demanda en la jurisdicción territorial del Tribunal de origen de la sentencia, en las acciones que tengan por objeto derechos de propiedad, uso, goce, posesión u otros de igual naturaleza, y gravámenes que afecten los mismos.

Tercera. En materia de sociedades civiles y comerciales (privadas) si al momento de entablarse la demanda la sociedad tuviere su establecimiento principal o se hubiere constituido en la jurisdicción territorial del Tribunal de origen de la sentencia.

Cuarta. La existencia de sucursal o establecimiento de la sociedad en la jurisdicción territorial del Tribunal de origen de la sentencia cuando se trata de acciones originadas en su funcionamiento.

Quinta. En el caso de una acción por daños y perjuicios originados en lesiones corporales y en daños materiales a la propiedad:

a. Si la jurisdicción territorial del Tribunal de origen de la sentencia tuviere una estructura estatal federal, que el acto u omisión o el daño personal o material ocurrieren en esa jurisdicción;
b. si la jurisdicción territorial del Tribunal de origen de la sentencia tuviere una estructura estatal federal, que el acto u omisión o el daño personal o material ocurrieren en el Estado integrante de esa estructura estatal federal, en el cual el Tri-

*Los Estados Unidos presentaron formalmente el proyecto de protocolo a la CIDIP-II. El autor de este memorando ha preparado una versión revisada del mismo en la cual ha intentado incorporar los puntos ya acordados por las delegaciones en el Protocolo Adicional a la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. Los Estados Unidos aún no han revisado ni presentado formalmente la versión revisada.

bunal de origen de la sentencia ha ejercido jurisdicción.

Sexta. Quien en ejercicio de la profesión o comercio hubiere acordado en un contrato escrito someterse a la jurisdicción territorial del Tribunal de origen a la sentencia, fuere demandado ante ésta por acciones fundadas en dicho contrato.

Séptima. Se entenderá también que existe jurisdicción válida si después de promovida la acción del demandado consiente voluntariamente por escrito en la jurisdicción.

No se desconocerá la Eficacia de una Sentencia Extranjera cuando el Tribunal que la hubiere dictado haya asumido jurisdicción para evitar una denegación de justicia, salvo el criterio del Tribunal del Estado donde deba surtir efectos.

Octava. En caso de una sentencia dictada en una contrademada:

a. Una de las presentes bases hubiera sido cumplida si la contrademanda se presentó como una acción independiente, o
b. Una de las presentes bases hubiera sido cumplida en relación a la demanda principal si la contrademanda se fundamentó en el acto o hecho en que se basó la demanda principal.

Novena. La parte contra quien se invoque la eficacia de la Sentencia Extranjera, no podrá oponerse a la jurisdicción del Tribunal de origen de la sentencia, si dicha parte o el titular anterior del derecho, si lo hubiere, propuso en forma voluntaria la contrademanda decidida por la sentencia cuya eficacia se invoca.

Décima. La Ley del Estado donde la Sentencia Extranjera debe surtir efectos puede rechazar su eficacia si el Tribunal sentenciador ha invadido su jurisdicción exclusiva.

Decimoprimera. Las bases de jurisdicción precedentes no rigen para las siguientes materias:

a. Estado civil y capacidad de las personas físicas.
b. Divorcio, nulidad de matrimonios y régimen de los bienes en el matrimonio.
c. Pensiones alimenticias.
d. Sucesión testamentaria e intestada.
e. Quiebras, concursos, concordatos y otros procedimientos análogos.
f. Liquidación de sociedades.
g. Material laboral.
h. Seguridad social.
i. Arbitraje.

Decimosegunda. Al momento de suscribir estas bases los Estados partes podrán declarar que se aplican también a las resoluciones que terminen el proceso, a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional y a las sentencias penales en cuanto se refieren a la indemnización civil de perjuicios derivados del delito.

Decimotercera. Estas bases no restringen las disposiciones más amplias de Convenciones bilaterales o multilaterales ya suscritas por los Estados partes en materia de jurisdicción internacional y las prácticas más favorables que estos pudieran observar con relación a la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras.

Decimocuarta. A los efectos de las presentes bases, por Estado de origen de la sentencia se entenderá la jurisdicción territorial del Tribunal de origen.

Por Tribunal de origen se entenderá aquél que dictó la sentencia cuya eficacia extraterritorial se solicita.

Decimoquinta. Las presentes bases en materia de jurisdicción podrán ser consideradas, de acuerdo con la decisión de los Estados Partes, ya como un proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de la Sentencia y Laudos Arbitrales Extranjeros para los efectos del artículo 2, d), o bien como Bases para una Convención independiente sobre la materia".

La Oficina de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos en junio último emitió un informe complementario sobre los resultados de la Primera Reunión de Expertos celebrado en Washington en abril de 1980 que es una contribución valiosa y decisiva que aclara todos los problemas que se han venido presentando en las opiniones de algunos distinguidos miembros del Comité y que al enriquecer la literatura jurídica serán guía ineludible para avanzar en el camino del ideal de lograr

entendimientos con el "Common Law" (mos americanus) y el Derecho Civil.

Para hacer frente al reto del momento histórico que sirve la humanidad tengamos bien estudiado que el Derecho es un mismo "corpus jurídico" que extiende como el árbol sus ramas y renueva sus frutos en cada nueva situación histórica; como hemos podido ver que al cruzar los mares, crea el Derecho del Mar, al otear la inmensidad espacial da vida al Derecho del Espacio; al arrasar ciudades con una sola bomba, da paso entre el dolor más angustioso al Derecho Nuclear y por fin el hombre social amplía sus derechos desde los del "citoyen", los humanos, el humanitario y ahora los económicos para alcanzar así la mayor libertad y dignidad del hombre.

Todo esto en el intento de demostrar que el Derecho no cambia ni en sus orígenes, ni en sus fundamentos, por lo que no hay razón de abandonar la lucha de llegar a la codificación universal, que vendría a hacerle compañía a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

* * *

EL MATRIMONIO CELEBRADO ANTE FUNCIONARIO INCOMPETENTE

Lic. Jorge Solano Chacón

Dispone el artículo 15 del Código de Familia que es anulable al matrimonio . . . 5). Cuando fuere celebrado por funcionario incompetente.

Para el comentario que me propongo es necesario referirse de previo y en forma muy abreviada, al acto en sí del matrimonio, a las condiciones de validez, a las condiciones esenciales y como consecuencia a la teoría de las nulidades. El matrimonio tiene elementos esenciales para su existencia; sin cualquiera de ellos no nace a la vida jurídica, y elementos que no siendo esenciales afectan su validez; vale decir, son complementarios a dichas condiciones esenciales. "En cuanto a los elementos de validez, en el matrimonio se requiere, como para todos los actos jurídicos la capacidad, la ausencia de vicios del consentimiento, la observancia de las formalidades legales y la licitud en el objeto, motivo, fin y condición del acto" (1). "Podemos definir los elementos esenciales indicando que son aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir, pues faltaría al mismo un elemento de definición; en cambio, son elementos de validez aquellos que no son necesarios para la existencia del acto jurídico, pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa, según lo disponga la ley" (2).

A este aspecto de la definición debemos atenernos en el comentario presente. A los elementos de validez la ley les atribuye por regla general dos clases de nulidad: la absoluta o la relativa. No me extenderé en el comentario de ambas nulidades, pues las consecuencias de una u otra son bien conocidas. Se ha dudado si la teoría general de las nulidades y la inexistencia de los actos o contratos se puede aplicar igualmente al matrimonio. La mayoría de las legislaciones no aplica para el matrimonio los principios generales y estrictos de las nulidades en la forma en que se aplica para los demás actos y contratos, pues el matrimonio es considerado como institución más que como contrato debido al interés público que en la actualidad representa en la estructura de la vida social y del propio Estado, y tiene la preferencia de éste para su existencia y mantenimiento. "Indiscutiblemente que el matrimonio es el acto jurídico que en todo derecho ofrece la mayor variedad de causas respecto a su nulidad, así como a los problemas más serios. En verdad no hay acto jurídico que pueda comparársele, tanto desde el punto de vista de su trascendencia social como por lo que se refiere a los problemas sobre nulidad absoluta o relativa en las distintas hipótesis que hemos estudiado. En los actos jurídicos la nulidad absoluta se presenta por regla general cuando existe un objeto, motivo o fin ilícitos, pero excepcionalmente puede tratarse de una nulidad relativa. En el matrimonio podemos considerar que la regla se invierte, de tal manera que el carácter ilícito de su objeto motivo o fin producirá nulidad relativa, y excepcionalmente nulidad absoluta. En los contratos, testamentos, convenios y actos unilaterales, la ilicitud en los mismos produce la nulidad absoluta, y excepcionalmente la relativa" (3). Esta tesis del profesor Rogina me parece verdaderamente acertada.

---

(1) Rafael Rogina Villegas, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, pág. 289, México 1967. Editorial Libros de México.

(2) Idem, pág. 290.

(3) Rogina Villegas, op. cit., pág. 313.

La ley procura mantener el matrimonio haciendo de lado la teoría estricta de la nulidad o de la inexistencia. "Para asegurar la existencia del matrimonio no resulta suficiente obrar sobre las causas de nulidad; es preciso igualmente derogar las reglas generales relativas a los efectos de la nulidad" (4). En el derecho actual, la tendencia ha sido reducir los motivos de nulidad absoluta y los impedimentos dirimentes o anulatorios son escasos. Según nuestro Código de Familia, (art. 14) aunque los motivos de nulidad absoluta están contemplados en 6 casos, la realidad es que se reducen a cuatro motivos: matrimonio anterior vigente, parentesco, conyugidicio e identidad de sexo. En estricto sentido sólo el primero es impedimento legal; los otros son de índole moral. "La teoría general de las nulidades es aplicable al caso concreto del matrimonio, pero no de la misma manera que para el resto de los contratos, por cuanto la naturaleza especial de este acto hace que las nulidades respecto a esta institución ofrezcan peculiaridades específicas" (5). "En razón de las consecuencias extremadamente graves de la nulidad, el legislador y la jurisprudencia no aplican al matrimonio el sistema general de nulidades sino con grandes reservas" (6). "La acción conducida sobre el terreno de las nulidades es, pues, doble: limitación de los casos de nulidad, atenuación de los efectos de la nulidad (7) (8).

He insistido en esta forma de aplicar las nulidades en el matrimonio por las diferentes tesis doctrinarias como por las legislaciones y la propia jurisprudencia, para explicar la disposición del Código de Familia al principio de este trabajo enunciada. Se adoptó la tesis de la nulidad relativa al matrimonio celebrado por funcionario incompetente para quitar toda duda de nulidad absoluta. El proyecto contenía la disposición de nulidad relativa, o sea, que es anulable el matrimonio celebrado por funcionario incompetente "por razón del territorio", es decir, únicamente para aquél que incumplía lo dispuesto por el artículo 24, párrafo primero, que indica como funcionario competente para celebrar el matrimonio el del lugar de la residencia de cualquiera de los contrayentes en los últimos tres meses antes de la celebración, pero el texto escogido por el legislador fue más amplio para cubrir toda clase de incompetencias, como veremos más adelante.

Por regla general en los diferentes países, el matrimonio debe celebrarse ante el Oficial del Registro Civil. Sin embargo, los legisladores amplían la facultad de celebrar matrimonios a otros funcionarios, como los judiciales, los notarios, los gobernadores, etc. En el fondo tales funcionarios actúan en ese caso como funcionarios del Registro Civil, o asimilados a ellos. (Cód. Fam., art. 24). El matrimonio debe celebrarse ante el funcionario

---

(4) Henri, León y Jean Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*, pág. 200, T. 3.

(5) Roberto Suárez Franco, *Derecho de Familia*, Tomo I, pág. 140. Editorial Temis. Bogotá, 1971.

(6) Mazeaud, op. cit., pág. 208.

(7) Mazeaud, op. cit.

(8) La nulidad absoluta, en general, no es el ogro que sobrecoge a los juristas, según lo han aceptado nuestros Tribunales, por suerte, si atendemos a los siguientes pronunciamientos: la Sala de Casación en sentencia No. 80 de 15 hrs. del 12 de julio de 1968, dijo:
"III.—Que el artículo 837 del Código Civil dispone que la nulidad absoluta debe declararse de oficio, cuando conste de autos; pero a su vez, el artículo 84 del Código de Procedimientos Civiles establece que las sentencias no pueden comprender otras cuestiones que las demandadas ni conceder más de lo que se haya pedido. Ese conflicto entre ambas reglas, en que una permite lo que la otra prohíbe, se remonta a la fecha en que el Código Civil entró en vigencia, pues el artículo 837 tiene el mismo texto de entonces, y ya en aquella época el Código de Procedimientos Civiles también disponía que "las sentencias no pueden abrazar otras cosas que las demandadas" (art. 87), regla que con ligeras modificaciones de forma se reprodujo en el Código de 1933, con el mismo número 84 que tiene en la actualidad. Pero si bien en otro tiempo pudo existir la duda de si el artículo 837 del Código Civil prevalecía o no sobre el artículo 87 del primitivo Código de Procedimientos Civiles, pues ambos Códigos datan de la misma época, ese problema desapareció cuando fue emitido el Código de Procedimientos de 1933, pues al mantenerse en dicho código el mismo principio de que las sentencias no pueden comprender otras cuestiones que las demandadas, con ello quedó tácitamente modificado el artículo 837 del Código Civil en cuanto imponía nulidad absoluta de los actos o contratos".
IV.—Que en algunos casos los Jueces pueden apreciar fácilmente la nulidad, sin riesgo de cometer error al calificarla por ser evidente el vicio y porque al mismo tiempo, como de ordinario ocurre con las nulidades procesales, no es posible admitir la existencia de otros hechos que la excluyan y que el Juez desconozca, pero en materia de contratos no siempre el problema es tan simple, pues un negocio jurídico que para el Juez puede estar viciado de nulidad absoluta con arreglo a lo que "consta en autos", quizá no tenga ese carácter atendiendo a circunstancias que precisamente nadie alegó ni comprobó porque la nulidad no fue sometida a la decisión de los juzgadores; además, aunque la nulidad sea verdadera y los jueces acierten a declararla, no es razonable que un pronunciamiento de esa índole se produzca sin que las partes hayan tenido ocasión de discutir lo que a sus intereses convenga, no solo en cuanto a la nulidad en sí misma y sobre hechos acaecidos después de efectuado el contrato —que puede ser de importancia examinar— sino también en lo que se refiere a las medidas que deben tomarse para que los contratantes queden restituidos al estado en que se hallaban antes de celebrar el convenio (art. 844 del Código

que la ley autoriza para que tenga validez. Como en todo acto jurídico cuenta no solo la capacidad de los contrayentes sino también la del funcionario que lo celebra. Este funcionario está regido internamente, como luego veremos, por una relación entre él y el Estado, que le impone normas y conducta para la realización de sus actos de competencia que muchas veces escapan a los particulares en razón del tecnicismo que en derecho público ello encierra. Pero una cosa va implícita rigurosamente: el funcionario debe tener competencia; es decir, aptitud otorgada por el Estado para poder realizar el acto administrativo. Para que se celebre su matrimonio válidamente, los contrayentes han de escoger al funcionario autorizado por la ley para celebrarlo. En esto va envuelto el principio de conocimiento presunto de la ley. Quien recurre a una persona que no es funcionario público autorizado, aunque sea funcionario también, si es de mala fe, introduce a lo que pretende hacer un elemento de ilegalidad.

Por lo mismo, la nulidad que contempla el artículo 15 del Código de Familia se refiere a la incompetencia del funcionario, pero del funcionario autorizado, y lógicamente no se refiere a cualquier funcionario público. Quien recurre a un funcionario de los no autorizados para que celebre su matrimonio, si ese funcionario realiza el acto, éste será inexistente jurídicamente por falta de uno de los elementos de validez: la competencia del funcionario. Es el mismo caso de quien recurre a un particular, o el caso del funcionario impostor. El matrimonio sería nulo también en virtud de las consecuencias derivadas de la legislación penal por celebración de matrimonios ilegales. (Cód. Penal, arts. 176 y siguientes).

La incompetencia puede ser por razón del territorio (ratione loci), como es el caso del funcionario de otro lugar al que señala la ley; puede ser asimismo de otra índole, como por ejemplo el funcionario suspendido en sus funciones pero no conocido de los contrayentes; el que ha cesado en el cargo, etc. Parece que alguien ha sostenido la tesis de que por ser la nulidad de comentario de carácter relativo, demandable únicamente por el cónyuge perjudicado, el matrimonio celebrado ante un particular o ante un funcionario que no tiene encargo de celebrar matrimonios, se puede convalidar, igualmente a los matrimonios que tienen impedimentos prohibitivos. Esto me parece absolutamente erróneo, ya que no se trata de un impedimento subsanable en estos casos. Lo que sucede es que en ellos no hay matrimonio; no existe acto jurídico alguno. En estos casos, ha dicho un autor, no ha nacido matrimonio alguno, ni siquiera defectuoso. Pretender que un matrimonio celebrado en estas circunstancias puede llegar a ser válido, a tener vida jurídica, sería darle valor al concubinato, a la clandestinidad, a la mala fe.

Las distintas legislaciones disponen generalmente que el matrimonio celebrado ante funcionario incompetente es nulo, indicando al propio tiempo la nulidad atribuida: absoluta o relativa. "En síntesis, la incompetencia del Juez es la que estructura la causal de nulidad, porque la celebración del matrimonio ante funcionario distinto o

---

Civil). De allí que esta Sala de Casación, todavía bajo la vigencia del antiguo Código de Procedimientos Civiles, se mostraba contraria a aplicar el artículo 837 del Código Civil con la amplitud que parece desprenderse de su texto, como lo indica el fallo de la 1:25 del 23 de diciembre de 1925, donde el Tribunal consideró que "tratándose de nulidad de contratos, dado lo complejo de éstos, la gravedad y trascendencia de una declaratoria de nulidad y la amplitud que nuestro sistema procesal concede a las partes para la defensa de sus derechos, es muy dudoso que aun la nulidad absoluta de aquéllos pueda declararse como por sorpresa, en una sola instancia y sin dar a las partes todo el campo que las leyes brindan para la discusión, pruebas y defensas de las cuestiones fundamentales". Esa jurisprudencia se ha mantenido invariablemente, aunque sin apoyarla en la modificación tácita del artículo 837 del Código Civil, pues en sentencias de las 10:45 del 7 de junio de 1947, y de 15 horas del 1 de diciembre de 1948, esta Sala se pronunció como antes lo había hecho en el fallo de 23 de diciembre de 1925".

Por su parte, la Sala Primera Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia No. 745 de 8:50 horas del 22 de julio de 1960, expresa un criterio parecido y de muy brillante exposición en los considerandos que copio:

Considerando II.—En efecto, resulta ya valor entendido, de acuerdo con el artículo 1 del Código de Procedimientos Civiles, que al referirse a los requisitos necesarios e indispensables para entablar una acción ante los tribunales de justicia, y, en su caso desde luego, para que la respectiva sentencia sea estimatoria de la demanda, se requiera de previo, indefectiblemente que exista la llamada "legitimación activa". O sea, que el actor tenga derecho real sobre la cosa objeto de la acción; o, que sea acreedor del demandado . . .

Considerando III.—Verificada la celebración de un matrimonio legalmente imposible, por estar uno de los cónyuges ligado a otro anterior, inciso 1 artículo 55 del Código Civil, la nulidad correspondiente a que se refiere el artículo 96 ibídem, en cuanto puede declararse aún de oficio, la Sala interpreta que la indicada oficiosidad está referida como facultad reservada al órgano judicial, pero no como atribución reclamable ad-libitum e indiscriminadamente por cualquier persona o entidad sin interés alguno en las condiciones como se formalizó el vínculo que se tilda de viciado" . . . "Por muy absoluta que sea una nulidad, para acogerla se requiere demandar, oyendo de previo a todas las partes que concurrieron y generaron el respectivo acto o contrato que posteriormente se califica de nulo".

ante un particular, no llega siquiera a ser matrimonio; es un acto inexistente" (9). En Colombia el matrimonio se celebra ante un Juez. El mismo autor, explicando el caso en la legislación colombiana dice: "En cuanto a la forma de sanear esta nulidad nada dice el Código ni establece término alguno para que pueda entenderse una ratificación tácita; es de notar que, como no se encuentra entre los casos de nulidad insubsanable, es posible su ratificación en forma expresa por los contrayentes, reiterando su consentimiento ante Juez competente" (10). Creo que lo mismo puede decirse entre nosotros.

Los tratadistas Mazeaud nos dicen lo siguiente: "Competencia. En principio únicamente el Alcalde tiene competencia para celebrar matrimonios, pero en caso de impedimento es reemplazado por . . . Pero el matrimonio, a causa de la solemnidad que debe rodear su celebración, es el único acto para el que no está permitido por la ley que el Alcalde delegue sus funciones . . . **No obstante, como la incompetencia del encargado del Registro Civil no entraña nulidad del matrimonio más que si hay fraude por parte de los esposos,** por ejemplo, con el fin de ocultar su matrimonio, es frecuente que se celebren algunos matrimonios por Alcaldes incompetentes ratione loci. Sin embargo, esa práctica es ilegal" . . . (11).

El pensamiento doctrinario en cuanto a las nulidades del matrimonio sirve para basar el motivo por el cual nuestro Código de Familia estableció la nulidad relativa para el matrimonio celebrado ante funcionario incompetente. No es mi propósito ni esta la ocasión para comentar la teoría de la inexistencia en relación con la nulidad absoluta. Es controvertida la cuestión, pero en síntesis debemos decir que el efecto de ambos institutos jurídicos es el mismo, aunque se den argumentos numerosos de diferencia. "Además de inútil, la teoría de la inexistencia es inexacta: no hay una noción de inexistencia distinta a la noción de nulidad absoluta; la inexistencia no constituye una nulidad que produzca efectos más completos que la nulidad absoluta, ni que quede fuera, sea lo que sea, del régimen de esa nulidad" (12).

Algunas legislaciones disponen que el matrimonio celebrado por funcionario incompetente es absolutamente nulo. El Código de Familia de Bolivia, por ejemplo, dice en su artículo 78: "El matrimonio es nulo:. . . 1) si no ha sido celebrado por el Oficial del Registro Civil, salvo el caso de excepción del artículo 43. (Esta excepción es el matrimonio religioso permitido en regiones apartadas donde no hay oficial del Registro Civil). 2. si resulta no haber diferencia de sexo entre los contrayentes. Art. 79: La nulidad puede alegarse siempre por cualquier interesado o por el Ministerio Público cuando tiene conocimiento de ella, y declararse por el Juez incluso de oficio". Ese texto nos indica que la nulidad atribuida es absoluta. Observemos que ese Código reduce a dos los motivos de nulidad absoluta en el matrimonio. La tendencia moderna es reducir al mínimo esos motivos. Sin embargo, pareciera que la nulidad absoluta es más aparente que real en el primer caso. Si seguimos el criterio que venimos manteniendo de que la incompetencia del funcionario se refiere a la de aquél autorizado para celebrar matrimonios, y que ningún otro funcionario puede celebrar válidamente un matrimonio, así sea defectuoso, resulta que lo que está declarando ese texto es algo que no hay necesidad de decir. Si en Bolivia sólo el oficial del Registro Civil puede celebrar matrimonios, el que celebre otro funcionario es inexistente, nulo de pleno derecho, si hemos de atender también a la tesis que estima que la inexistencia y la nulidad absoluta son la misma cosa. Por lo mismo, creo que cabría concluir que ese Código establece nulidad relativa para el matrimonio celebrado por el oficial del Registro Civil incompetente, pues una tesis aceptada universalmente es que en materia de matrimonios no hay nulidad si no está específicamente declarada en la ley. La doctrina y la jurisprudencia francesa dicen los tratadistas Mazeaud, sostiene que el juez tiene facultades para restringir el otorgamiento de la nulidad, aun la absoluta, atendiendo a la necesidad de mantener lo más posible los matrimonios, sobre todo aquéllos que aun viciados de nulidad han presentado un estado matrimonial.

---

(9) Suárez Franco, op. cit., pág. 154.

(10) Idem, pág. 154.

(11) Mazeaud, op. cit., pág. 163.

(12) Mazeaud, pág. 219. Op. cit.

Comentando la legislación anterior a nuestro Código de Familia, el Profesor Lic. Eladio Vargas nos dice en las notas y comentarios al Tratado de las Personas del Profesor Brenes Córdoba lo siguiente: Nota No. 59: "La incompetencia del funcionario que celebra la boda puede serlo por razón de la persona (ratione personae), cuando ninguno de los esposos tiene en el lugar señalado por la ley, su domicilio o una residencia suficiente para poder celebrarlo ahí; pero también puede ser incompetente por razón del lugar (ratione loci) cuando dicho funcionario se traslada fuera de su jurisdicción para efectuar el matrimonio, y finalmente la incompetencia también puede ser por razón de funciones, esto es, cuando el funcionario carece de atribuciones legales para efectuar la boda. Aun cuando en todos estos casos se está en presencia de un funcionario incompetente, y la incompetencia no es susceptible de distinción, ya que el funcionario es competente o no lo es, debe apreciarse la mayor o menor gravedad de la incompetencia, para que se declare la nulidad únicamente en caso de incompetencia por razón de funciones, y no en los otros casos, siempre que la celebración de la boda ante un funcionario incompetente no sea el resultado de la mala fe de las partes, pues si hubiera mala fe la nulidad procedería en los tres casos. (Cita en ese sentido a Planiol y Ripert) (13). En la nota No. 60, párrafo sexto, nos dice el profesor Vargas: "Las solemnidades en el momento mismo de la celebración del matrimonio son las siguientes: a): que la boda se celebre ante un funcionario competente; y b): que la presencien dos testigos mayores de edad e idóneos. La inobservancia de ambas formalidades produce la nulidad del matrimonio, que puede declararse aun de oficio". (Arts. 67 y 96 del Código Civil) (14).

MATRIMONIO CELEBRADO POR LA IGLESIA CATOLICA

Es conveniente comentar, en relación con el tema que estudiamos, que por admitir nuestra legislación (art. 23 del Código de Familia) como matrimonio válido el que celebre la Iglesia Católica, Apostólica y Romana al darle calidad de funcionario público al ministro que lo lleve a cabo, éste debe tener competencia. Esa competencia la acepta la ley pero la fija la Jerarquía eclesiástica. Es lógico entonces que el funcionario competente en ese campo es el ministro a quien se le encarga la celebración de matrimonios, de modo que también si el mismo lo celebra un ministro o persona eclesiástica no encargada para ello, encontramos también el caso de incompetencia, y las consecuencias serán las mismas. Aquí iría implícito un problema de Derecho canónico, pues como dijimos, la competencia la fija la Iglesia y la acepta el Estado. Sin embargo, la Ley Orgánica del Registro Civil, en su artículo 57 dispone que tanto las autoridades de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, como los funcionarios competentes para celebrar matrimonios, están en la obligación de declararlos al Registro Civil en el curso del mes siguiente", y el artículo 38 del Reglamento dispone que los matrimonios celebrados por la Iglesia Católica se inscribirán en virtud de las certificaciones extendidas por los "párrocos", de modo que en realidad pareciera que los eclesiásticos competentes para la celebración del matrimonio (no de la ceremonia religiosa) son los párrocos, es decir, los encargados de una parroquia.

Los ministros, dice el texto legal, están sujetos a las disposiciones del Código de Familia en ese aspecto, y como tales, deberán cumplir todos los requisitos que se le exige al funcionario público.

---

(13) Alberto Brenes Córdoba, *Tratado de las Personas.* Notas y comentarios de Eladio Vargas. Pág. 142.

(14) Idem, pág. 143.

DE LA COMPETENCIA Y DEL FUNCIONARIO DE HECHO

Veamos lo que dice la Ley de Administración Pública en relación con la competencia. Art. 60: "1. La competencia se limitará por razón del territorio, del tiempo, de la materia y del grado. 2. Se limitará también por la naturaleza de la función que corresponde a un órgano dentro del procedimiento administrativo en que participa". Art. 63: 1. Habrá una limitación de la competencia por razón del tiempo cuando su existencia o ejercicio esté sujeto a condiciones o términos de extinción. 2. **No se extinguirán las competencias por el transcurso del plazo señalado para ejercerlas,** salvo regla en contrario". (Subrayado del suscrito). Art. 67: "1. La incompetencia será declarable de oficio en cualquier momento por el órgano que dictó el acto, por el superior jerárquico o, a instancias de parte por autoridad de contralor".

Art. 115. "Será funcionario de hecho el que hace lo que el servidor público regular pero sin investidura o con una investidura inválida o ineficaz, aun fuera de situaciones de urgencia o de cambios ilegítimos de gobierno, siempre que se den las siguientes circunstancias: a): que no se haya declarado todavía la ausencia o la irregularidad de la investidura, ni administrativa ni jurisdiccionalmente; b): que la conducta sea desarrollada en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho". Art. 116: "Los actos del funcionario de hecho serán válidos aunque perjudiquen al administrado y aunque éste tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura de aquél".

En relación con el tema que venimos comentando a esos textos legales cabe decir: la competencia dada a uno de los funcionarios que nuestra ley faculta para celebrar matrimonios, puede o en realidad está limitada en cuanto al tiempo (plazo de nombramiento), en cuanto al territorio (cada funcionario tiene limitadas sus atribuciones al territorio en que desempeña su cargo). La incompetencia puede ser declarada de oficio. Curioso es que por razón del tiempo, según la disposición del aparte 2 del art. 63, no se extingue la competencia. Todo esto puede suceder a un funcionario de los autorizados para celebrar matrimonios y el efecto será que puede celebrarse un matrimonio por un funcionario y luego se descubre que era incompetente. Otro caso es el del funcionario de hecho ya que se puede dar el caso también de matrimonios celebrados por uno de ellos. Los actos de un funcionario de hecho son válidos a condición de que se den los requisitos marcados, cosa que introduciría también la duda sobre la validez del matrimonio, si los contrayentes no han podido apreciar la realidad.

Me parece que a esos casos de incompetencia del funcionario y a las limitaciones que tiene en su cargo en cuanto al territorio y otros, es a los que se refiere el art. 15 del Código de Familia para dar nulidad relativa únicamente en el caso de que los cónyuges hayan actuado de buena fe. ¿Cuál es el remedio más lógico aconsejable? : que no se tenga ese matrimonio por absolutamente nulo, sin lugar a corrección del defecto a irreversible, sino que por el contrario se pueda corregir el vicio ratificando el matrimonio ante un funcionario competente. Este matrimonio sí subsiste; se convalida, pero no aquel otro que no se hace ante un funcionario de los encargados por la ley, pues no hay acto válido ni matrimonio aun viciado de nulidad relativa, o defectuoso, y jamás podría pensarse que esa unión subsista como matrimonio con sus consecuencias legales. De hacerlo así estaríamos dando categoría legal de matrimonio al concubinato, como antes dijimos.

DELEGACION DE COMPETENCIA

Según los tratadistas Mazeaud que atrás citamos, en materia de celebración de matrimonios no cabe la delegación de funciones. El Código de Familia no autoriza a los funcionarios a quienes faculta para celebrar matrimonios (art. 24) para delegar sus funciones a un inferior. Por razón del territorio tampoco puede delegarse, ya que es competente el funcionario de la jurisdicción donde hayan residido los últimos tres meses cualquiera de los contrayentes.

La Ley de Administración Pública, en relación con la transferencia de competencias por delega-

ción y otros motivos, dispone lo siguiente: Art. 85. 1. Toda transferencia de competencia externas de un órgano a otro o de un servidor público a otro, tendrá que ser autorizada por una norma expresa, salvo caso de urgencia. 2. En toda hipótesis, la norma que autoriza la transferencia deberá tener rango igual o superior al de la que crea la competencia transferida. Art. 89. 1. Todo servidor podrá delegar sus funciones propias en su inmediato inferior, cuando ambos tengan funciones de igual naturaleza. 2. La delegación no jerárquica o en diverso grado requerirá de otra norma expresa que la autorice, pero a la misma se aplicarán las reglas compatibles de esta Sección. 3. No será posible la delegación cuando la competencia haya sido otorgada al delegante en razón de su específica indoneidad para el cargo.

Con la simple lectura de esas normas vigentes de nuestro Derecho es fácil deducir que no es posible la delegación de funciones en la celebración de matrimonios, sin comprometer la validez del mismo, especialmente con lo dispuesto por el aparte 2 del art. 89 en lo que se refiere a la competencia por razón del territorio, o domicilio de los contrayentes, que puede ser el de cualquiera de ellos en los últimos tres meses, pero no otro funcionario.

* * *

EL MATRIMONIO CELEBRADO ANTE FUNCIONARIO INCOMPETENTE

Lic. Jorge Solano Chacón

Dispone el artículo 15 del Código de Familia que es anulable al matrimonio . . . 5). Cuando fuere celebrado por funcionario incompetente.

Para el comentario que me propongo es necesario referirse de previo y en forma muy abreviada, al acto en sí del matrimonio, a las condiciones de validez, a las condiciones esenciales y como consecuencia a la teoría de las nulidades. El matrimonio tiene elementos esenciales para su existencia; sin cualquiera de ellos no nace a la vida jurídica, y elementos que no siendo esenciales afectan su validez; vale decir, son complementarios a dichas condiciones esenciales. "En cuanto a los elementos de validez, en el matrimonio se requiere, como para todos los actos jurídicos la capacidad, la ausencia de vicios del consentimiento, la observancia de las formalidades legales y la licitud en el objeto, motivo, fin y condición del acto" (1). "Podemos definir los elementos esenciales indicando que son aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir, pues faltaría al mismo un elemento de definición; en cambio, son elementos de validez aquellos que no son necesarios para la existencia del acto jurídico, pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa, según lo disponga la ley" (2).

A este aspecto de la definición debemos atenernos en el comentario presente. A los elementos de validez la ley les atribuye por regla general dos clases de nulidad: la absoluta o la relativa. No me extenderé en el comentario de ambas nulidades, pues las consecuencias de una u otra son bien conocidas. Se ha dudado si la teoría general de las nulidades y la inexistencia de los actos o contratos se puede aplicar igualmente al matrimonio. La mayoría de las legislaciones no aplica para el matrimonio los principios generales y estrictos de las nulidades en la forma en que se aplica para los demás actos y contratos, pues el matrimonio es considerado como institución más que como contrato debido al interés público que en la actualidad representa en la estructura de la vida social y del propio Estado, y tiene la preferencia de éste para su existencia y mantenimiento. "Indiscutiblemente que el matrimonio es el acto jurídico que en todo derecho ofrece la mayor variedad de causas respecto a su nulidad, así como a los problemas más serios. En verdad no hay acto jurídico que pueda comparársele, tanto desde el punto de vista de su trascendencia social como por lo que se refiere a los problemas sobre nulidad absoluta o relativa en las distintas hipótesis que hemos estudiado. En los actos jurídicos la nulidad absoluta se presenta por regla general cuando existe un objeto, motivo o fin ilícitos, pero excepcionalmente puede tratarse de una nulidad relativa. En el matrimonio podemos considerar que la regla se invierte, de tal manera que el carácter ilícito de su objeto motivo o fin producirá nulidad relativa, y excepcionalmente nulidad absoluta. En los contratos, testamentos, convenios y actos unilaterales, la ilicitud en los mismos produce la nulidad absoluta, y excepcionalmente la relativa" (3). Esta tesis del profesor Rogina me parece verdaderamente acertada.

---

(1) Rafael Rogina Villegas, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, pág. 289, México 1967. Editorial Libros de México.

(2) Idem, pág. 290.

(3) Rogina Villegas, op. cit., pág. 313.

La ley procura mantener el matrimonio haciendo de lado la teoría estricta de la nulidad o de la inexistencia. "Para asegurar la existencia del matrimonio no resulta suficiente obrar sobre las causas de nulidad; es preciso igualmente derogar las reglas generales relativas a los efectos de la nulidad" (4). En el derecho actual, la tendencia ha sido reducir los motivos de nulidad absoluta y los impedimentos dirimentes o anulatorios son escasos. Según nuestro Código de Familia, (art. 14) aunque los motivos de nulidad absoluta están contemplados en 6 casos, la realidad es que se reducen a cuatro motivos: matrimonio anterior vigente, parentesco, conyugidicio e identidad de sexo. En estricto sentido sólo el primero es impedimento legal; los otros son de índole moral. "La teoría general de las nulidades es aplicable al caso concreto del matrimonio, pero no de la misma manera que para el resto de los contratos, por cuanto la naturaleza especial de este acto hace que las nulidades respecto a esta institución ofrezcan peculiaridades específicas" (5). "En razón de las consecuencias extremadamente graves de la nulidad, el legislador y la jurisprudencia no aplican al matrimonio el sistema general de nulidades sino con grandes reservas" (6). "La acción conducida sobre el terreno de las nulidades es, pues, doble: limitación de los casos de nulidad, atenuación de los efectos de la nulidad (7) (8).

He insistido en esta forma de aplicar las nulidades en el matrimonio por las diferentes tesis doctrinarias como por las legislaciones y la propia jurisprudencia, para explicar la disposición del Código de Familia al principio de este trabajo enunciada. Se adoptó la tesis de la nulidad relativa al matrimonio celebrado por funcionario incompetente para quitar toda duda de nulidad absoluta. El proyecto contenía la disposición de nulidad relativa, o sea, que es anulable el matrimonio celebrado por funcionario incompetente "por razón del territorio", es decir, únicamente para aquél que incumplía lo dispuesto por el artículo 24, párrafo primero, que indica como funcionario competente para celebrar el matrimonio el del lugar de la residencia de cualquiera de los contrayentes en los últimos tres meses antes de la celebración, pero el texto escogido por el legislador fue más amplio para cubrir toda clase de incompetencias, como veremos más adelante.

Por regla general en los diferentes países, el matrimonio debe celebrarse ante el Oficial del Registro Civil. Sin embargo, los legisladores amplían la facultad de celebrar matrimonios a otros funcionarios, como los judiciales, los notarios, los gobernadores, etc. En el fondo tales funcionarios actúan en ese caso como funcionarios del Registro Civil, o asimilados a ellos. (Cód. Fam., art. 24). El matrimonio debe celebrarse ante el funcionario

---

(4) Henri, León y Jean Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*, pág. 200, T. 3.

(5) Roberto Suárez Franco, *Derecho de Familia*, Tomo I, pág. 140. Editorial Temis. Bogotá, 1971.

(6) Mazeaud, op. cit., pág. 208.

(7) Mazeaud, op. cit.

(8) La nulidad absoluta, en general, no es el ogro que sobrecoge a los juristas, según lo han aceptado nuestros Tribunales, por suerte, si atendemos a los siguientes pronunciamientos: la Sala de Casación en sentencia No. 80 de 15 hrs. del 12 de julio de 1968, dijo:
"III.—Que el artículo 837 del Código Civil dispone que la nulidad absoluta debe declararse de oficio, cuando conste de autos; pero a su vez, el artículo 84 del Código de Procedimientos Civiles establece que las sentencias no pueden comprender otras cuestiones que las demandadas ni conceder más de lo que se haya pedido. Ese conflicto entre ambas reglas, en que una permite lo que la otra prohíbe, se remonta a la fecha en que el Código Civil entró en vigencia, pues el artículo 837 tiene el mismo texto de entonces, y ya en aquella época el Código de Procedimientos Civiles también disponía que "las sentencias no pueden abrazar otras cosas que las demandadas" (art. 87), regla que con ligeras modificaciones de forma se reprodujo en el Código de 1933, con el mismo número 84 que tiene en la actualidad. Pero si bien en otro tiempo pudo existir la duda de si el artículo 837 del Código Civil prevalecía o no sobre el artículo 87 del primitivo Código de Procedimientos Civiles, pues ambos Códigos datan de la misma época, ese problema desapareció cuando fue emitido el Código de Procedimientos de 1933, pues al mantenerse en dicho código el mismo principio de que las sentencias no pueden comprender otras cuestiones que las demandadas, con ello quedó tácitamente modificado el artículo 837 del Código Civil en cuanto imponía nulidad absoluta de los actos o contratos".
IV.—Que en algunos casos los Jueces pueden apreciar fácilmente la nulidad, sin riesgo de cometer error al calificarla por ser evidente el vicio y porque al mismo tiempo, como de ordinario ocurre con las nulidades procesales, no es posible admitir la existencia de otros hechos que la excluyan y que el Juez desconozca, pero en materia de contratos no siempre el problema es tan simple, pues un negocio jurídico que para el Juez puede estar viciado de nulidad absoluta con arreglo a lo que "consta en autos", quizá no tenga ese carácter atendiendo a circunstancias que precisamente nadie alegó ni comprobó porque la nulidad no fue sometida a la decisión de los juzgadores; además, aunque la nulidad sea verdadera y los jueces acierten a declararla, no es razonable que un pronunciamiento de esa índole se produzca sin que las partes hayan tenido ocasión de discutir lo que a sus intereses convenga, no solo en cuanto a la nulidad en sí misma y sobre hechos acaecidos después de efectuado el contrato —que puede ser de importancia examinar— sino también en lo que se refiere a las medidas que deben tomarse para que los contratantes queden restituidos al estado en que se hallaban antes de celebrar el convenio (art. 844 del Código

que la ley autoriza para que tenga validez. Como en todo acto jurídico cuenta no solo la capacidad de los contrayentes sino también la del funcionario que lo celebra. Este funcionario está regido internamente, como luego veremos, por una relación entre él y el Estado, que le impone normas y conducta para la realización de sus actos de competencia que muchas veces escapan a los particulares en razón del tecnicismo que en derecho público ello encierra. Pero una cosa va implícita rigurosamente: el funcionario debe tener competencia; es decir, aptitud otorgada por el Estado para poder realizar el acto administrativo. Para que se celebre su matrimonio válidamente, los contrayentes han de escoger al funcionario autorizado por la ley para celebrarlo. En esto va envuelto el principio de conocimiento presunto de la ley. Quien recurre a una persona que no es funcionario público autorizado, aunque sea funcionario también, si es de mala fe, introduce a lo que pretende hacer un elemento de ilegalidad.

Por lo mismo, la nulidad que contempla el artículo 15 del Código de Familia se refiere a la incompetencia del funcionario, pero del funcionario autorizado, y lógicamente no se refiere a cualquier funcionario público. Quien recurre a un funcionario de los no autorizados para que celebre su matrimonio, si ese funcionario realiza el acto, éste será inexistente jurídicamente por falta de uno de los elementos de validez: la competencia del funcionario. Es el mismo caso de quien recurre a un particular, o el caso del funcionario impostor. El matrimonio sería nulo también en virtud de las consecuencias derivadas de la legislación penal por celebración de matrimonios ilegales. (Cód. Penal, arts. 176 y siguientes).

La incompetencia puede ser por razón del territorio (ratione loci), como es el caso del funcionario de otro lugar al que señala la ley; puede ser asimismo de otra índole, como por ejemplo el funcionario suspendido en sus funciones pero no conocido de los contrayentes; el que ha cesado en el cargo, etc. Parece que alguien ha sostenido la tesis de que por ser la nulidad de comentario de carácter relativo, demandable únicamente por el cónyuge perjudicado, el matrimonio celebrado ante un particular o ante un funcionario que no tiene encargo de celebrar matrimonios, se puede convalidar, igualmente a los matrimonios que tienen impedimentos prohibitivos. Esto me parece absolutamente erróneo, ya que no se trata de un impedimento subsanable en estos casos. Lo que sucede es que en ellos no hay matrimonio; no existe acto jurídico alguno. En estos casos, ha dicho un autor, no ha nacido matrimonio alguno, ni siquiera defectuoso. Pretender que un matrimonio celebrado en estas circunstancias puede llegar a ser válido, a tener vida jurídica, sería darle valor al concubinato, a la clandestinidad, a la mala fe.

Las distintas legislaciones disponen generalmente que el matrimonio celebrado ante funcionario incompetente es nulo, indicando al propio tiempo la nulidad atribuida: absoluta o relativa. "En síntesis, la incompetencia del Juez es la que estructura la causal de nulidad, porque la celebración del matrimonio ante funcionario distinto o

---

Civil). De allí que esta Sala de Casación, todavía bajo la vigencia del antiguo Código de Procedimientos Civiles, se mostraba contraria a aplicar el artículo 837 del Código Civil con la amplitud que parece desprenderse de su texto, como lo indica el fallo de la 1:25 del 23 de diciembre de 1925, donde el Tribunal consideró que "tratándose de nulidad de contratos, dado lo complejo de éstos, la gravedad y trascendencia de una declaratoria de nulidad y la amplitud que nuestro sistema procesal concede a las partes para la defensa de sus derechos, es muy dudoso que aun la nulidad absoluta de aquéllos pueda declararse como por sorpresa, en una sola instancia y sin dar a las partes todo el campo que las leyes brindan para la discusión, pruebas y defensas de las cuestiones fundamentales". Esa jurisprudencia se ha mantenido invariablemente, aunque sin apoyarla en la modificación tácita del artículo 837 del Código Civil, pues en sentencias de las 10:45 del 7 de junio de 1947, y de 15 horas del 1 de diciembre de 1948, esta Sala se pronunció como antes lo había hecho en el fallo de 23 de diciembre de 1925".

Por su parte, la Sala Primera Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia No. 745 de 8:50 horas del 22 de julio de 1960, expresa un criterio parecido y de muy brillante exposición en los considerandos que copio:

Considerando II.—En efecto, resulta ya valor entendido, de acuerdo con el artículo 1 del Código de Procedimientos Civiles, que al referirse a los requisitos necesarios e indispensables para entablar una acción ante los tribunales de justicia, y, en su caso desde luego, para que la respectiva sentencia sea estimatoria de la demanda, se requiera de previo, indefectiblemente que exista la llamada "legitimación activa". O sea, que el actor tenga derecho real sobre la cosa objeto de la acción; o, que sea acreedor del demandado . . .

Considerando III.—Verificada la celebración de un matrimonio legalmente imposible, por estar uno de los cónyuges ligado a otro anterior, inciso 1 artículo 55 del Código Civil, la nulidad correspondiente a que se refiere el artículo 96 ibídem, en cuanto puede declararse aún de oficio, la Sala interpreta que la indicada oficiosidad está referida como facultad reservada al órgano judicial, pero no como atribución reclamable ad-libitum e indiscriminadamente por cualquier persona o entidad sin interés alguno en las condiciones como se formalizó el vínculo que se tilda de viciado" . . . "Por muy absoluta que sea una nulidad, para acogerla se requiere demandar, oyendo de previo a todas las partes que concurrieron y generaron el respectivo acto o contrato que posteriormente se califica de nulo".

ante un particular, no llega siquiera a ser matrimonio; es un acto inexistente" (9). En Colombia el matrimonio se celebra ante un Juez. El mismo autor, explicando el caso en la legislación colombiana dice: "En cuanto a la forma de sanear esta nulidad nada dice el Código ni establece término alguno para que pueda entenderse una ratificación tácita; es de notar que, como no se encuentra entre los casos de nulidad insubsanable, es posible su ratificación en forma expresa por los contrayentes, reiterando su consentimiento ante Juez competente" (10). Creo que lo mismo puede decirse entre nosotros.

Los tratadistas Mazeaud nos dicen lo siguiente: "Competencia. En principio únicamente el Alcalde tiene competencia para celebrar matrimonios, pero en caso de impedimento es reemplazado por . . . Pero el matrimonio, a causa de la solemnidad que debe rodear su celebración, es el único acto para el que no está permitido por la ley que el Alcalde delegue sus funciones . . . **No obstante, como la incompetencia del encargado del Registro Civil no entraña nulidad del matrimonio más que si hay fraude por parte de los esposos,** por ejemplo, con el fin de ocultar su matrimonio, es frecuente que se celebren algunos matrimonios por Alcaldes incompetentes ratione loci. Sin embargo, esa práctica es ilegal" . . . (11).

El pensamiento doctrinario en cuanto a las nulidades del matrimonio sirve para basar el motivo por el cual nuestro Código de Familia estableció la nulidad relativa para el matrimonio celebrado ante funcionario incompetente. No es mi propósito ni esta la ocasión para comentar la teoría de la inexistencia en relación con la nulidad absoluta. Es controvertida la cuestión, pero en síntesis debemos decir que el efecto de ambos institutos jurídicos es el mismo, aunque se den argumentos numerosos de diferencia. "Además de inútil, la teoría de la inexistencia es inexacta: no hay una noción de inexistencia distinta a la noción de nulidad absoluta; la inexistencia no constituye una nulidad que produzca efectos más completos que la nulidad absoluta, ni que quede fuera, sea lo que sea, del régimen de esa nulidad" (12).

Algunas legislaciones disponen que el matrimonio celebrado por funcionario incompetente es absolutamente nulo. El Código de Familia de Bolivia, por ejemplo, dice en su artículo 78: "El matrimonio es nulo:. . . 1) si no ha sido celebrado por el Oficial del Registro Civil, salvo el caso de excepción del artículo 43. (Esta excepción es el matrimonio religioso permitido en regiones apartadas donde no hay oficial del Registro Civil). 2. si resulta no haber diferencia de sexo entre los contrayentes. Art. 79: La nulidad puede alegarse siempre por cualquier interesado o por el Ministerio Público cuando tiene conocimiento de ella, y declararse por el Juez incluso de oficio". Ese texto nos indica que la nulidad atribuida es absoluta. Observemos que ese Código reduce a dos los motivos de nulidad absoluta en el matrimonio. La tendencia moderna es reducir al mínimo esos motivos. Sin embargo, pareciera que la nulidad absoluta es más aparente que real en el primer caso. Si seguimos el criterio que venimos manteniendo de que la incompetencia del funcionario se refiere a la de aquél autorizado para celebrar matrimonios, y que ningún otro funcionario puede celebrar válidamente un matrimonio, así sea defectuoso, resulta que lo que está declarando ese texto es algo que no hay necesidad de decir. Si en Bolivia sólo el oficial del Registro Civil puede celebrar matrimonios, el que celebre otro funcionario es inexistente, nulo de pleno derecho, si hemos de atender también a la tesis que estima que la inexistencia y la nulidad absoluta son la misma cosa. Por lo mismo, creo que cabría concluir que ese Código establece nulidad relativa para el matrimonio celebrado por el oficial del Registro Civil incompetente, pues una tesis aceptada universalmente es que en materia de matrimonios no hay nulidad si no está específicamente declarada en la ley. La doctrina y la jurisprudencia francesa dicen los tratadistas Mazeaud, sostiene que el juez tiene facultades para restringir el otorgamiento de la nulidad, aun la absoluta, atendiendo a la necesidad de mantener lo más posible los matrimonios, sobre todo aquéllos que aun viciados de nulidad han presentado un estado matrimonial.

---

(9) Suárez Franco, op. cit., pág. 154.

(10) Idem, pág. 154.

(11) Mazeaud, op. cit., pág. 163.

(12) Mazeaud, pág. 219. Op. cit.

Comentando la legislación anterior a nuestro Código de Familia, el Profesor Lic. Eladio Vargas nos dice en las notas y comentarios al Tratado de las Personas del Profesor Brenes Córdoba lo siguiente: Nota No. 59: "La incompetencia del funcionario que celebra la boda puede serlo por razón de la persona (ratione personae), cuando ninguno de los esposos tiene en el lugar señalado por la ley, su domicilio o una residencia suficiente para poder celebrarlo ahí; pero también puede ser incompetente por razón del lugar (ratione loci) cuando dicho funcionario se traslada fuera de su jurisdicción para efectuar el matrimonio, y finalmente la incompetencia también puede ser por razón de funciones, esto es, cuando el funcionario carece de atribuciones legales para efectuar la boda. Aun cuando en todos estos casos se está en presencia de un funcionario incompetente, y la incompetencia no es susceptible de distinción, ya que el funcionario es competente o no lo es, debe apreciarse la mayor o menor gravedad de la incompetencia, para que se declare la nulidad únicamente en caso de incompetencia por razón de funciones, y no en los otros casos, siempre que la celebración de la boda ante un funcionario incompetente no sea el resultado de la mala fe de las partes, pues si hubiera mala fe la nulidad procedería en los tres casos. (Cita en ese sentido a Planiol y Ripert) (13). En la nota No. 60, párrafo sexto, nos dice el profesor Vargas: "Las solemnidades en el momento mismo de la celebración del matrimonio son las siguientes: a): que la boda se celebre ante un funcionario competente; y b): que la presencien dos testigos mayores de edad e idóneos. La inobservancia de ambas formalidades produce la nulidad del matrimonio, que puede declararse aun de oficio". (Arts. 67 y 96 del Código Civil) (14).

MATRIMONIO CELEBRADO POR LA IGLESIA CATOLICA

Es conveniente comentar, en relación con el tema que estudiamos, que por admitir nuestra legislación (art. 23 del Código de Familia) como matrimonio válido el que celebre la Iglesia Católica, Apostólica y Romana al darle calidad de funcionario público al ministro que lo lleve a cabo, éste debe tener competencia. Esa competencia la acepta la ley pero la fija la Jerarquía eclesiástica. Es lógico entonces que el funcionario competente en ese campo es el ministro a quien se le encarga la celebración de matrimonios, de modo que también si el mismo lo celebra un ministro o persona eclesiástica no encargada para ello, encontramos también el caso de incompetencia, y las consecuencias serán las mismas. Aquí iría implícito un problema de Derecho canónico, pues como dijimos, la competencia la fija la Iglesia y la acepta el Estado. Sin embargo, la Ley Orgánica del Registro Civil, en su artículo 57 dispone que tanto las autoridades de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, como los funcionarios competentes para celebrar matrimonios, están en la obligación de declararlos al Registro Civil en el curso del mes siguiente", y el artículo 38 del Reglamento dispone que los matrimonios celebrados por la Iglesia Católica se inscribirán en virtud de las certificaciones extendidas por los "párrocos", de modo que en realidad pareciera que los eclesiásticos competentes para la celebración del matrimonio (no de la ceremonia religiosa) son los párrocos, es decir, los encargados de una parroquia.

Los ministros, dice el texto legal, están sujetos a las disposiciones del Código de Familia en ese aspecto, y como tales, deberán cumplir todos los requisitos que se le exige al funcionario público.

---

(13) Alberto Brenes Córdoba, *Tratado de las Personas.* Notas y comentarios de Eladio Vargas. Pág. 142.

(14) Idem, pág. 143.

DE LA COMPETENCIA Y DEL FUNCIONARIO DE HECHO

Veamos lo que dice la Ley de Administración Pública en relación con la competencia. Art. 60: "1. La competencia se limitará por razón del territorio, del tiempo, de la materia y del grado. 2. Se limitará también por la naturaleza de la función que corresponde a un órgano dentro del procedimiento administrativo en que participa". Art. 63: 1. Habrá una limitación de la competencia por razón del tiempo cuando su existencia o ejercicio esté sujeto a condiciones o términos de extinción. 2. **No se extinguirán las competencias por el transcurso del plazo señalado para ejercerlas,** salvo regla en contrario". (Subrayado del suscrito). Art. 67: "1. La incompetencia será declarable de oficio en cualquier momento por el órgano que dictó el acto, por el superior jerárquico o, a instancias de parte por autoridad de contralor".

Art. 115. "Será funcionario de hecho el que hace lo que el servidor público regular pero sin investidura o con una investidura inválida o ineficaz, aun fuera de situaciones de urgencia o de cambios ilegítimos de gobierno, siempre que se den las siguientes circunstancias: a): que no se haya declarado todavía la ausencia o la irregularidad de la investidura, ni administrativa ni jurisdiccionalmente; b): que la conducta sea desarrollada en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho". Art. 116: "Los actos del funcionario de hecho serán válidos aunque perjudiquen al administrado y aunque éste tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura de aquél".

En relación con el tema que venimos comentando a esos textos legales cabe decir: la competencia dada a uno de los funcionarios que nuestra ley faculta para celebrar matrimonios, puede o en realidad está limitada en cuanto al tiempo (plazo de nombramiento), en cuanto al territorio (cada funcionario tiene limitadas sus atribuciones al territorio en que desempeña su cargo). La incompetencia puede ser declarada de oficio. Curioso es que por razón del tiempo, según la disposición del aparte 2 del art. 63, no se extingue la competencia. Todo esto puede suceder a un funcionario de los autorizados para celebrar matrimonios y el efecto será que puede celebrarse un matrimonio por un funcionario y luego se descubre que era incompetente. Otro caso es el del funcionario de hecho ya que se puede dar el caso también de matrimonios celebrados por uno de ellos. Los actos de un funcionario de hecho son válidos a condición de que se den los requisitos marcados, cosa que introduciría también la duda sobre la validez del matrimonio, si los contrayentes no han podido apreciar la realidad.

Me parece que a esos casos de incompetencia del funcionario y a las limitaciones que tiene en su cargo en cuanto al territorio y otros, es a los que se refiere el art. 15 del Código de Familia para dar nulidad relativa únicamente en el caso de que los cónyuges hayan actuado de buena fe. ¿Cuál es el remedio más lógico aconsejable? : que no se tenga ese matrimonio por absolutamente nulo, sin lugar a corrección del defecto a irreversible, sino que por el contrario se pueda corregir el vicio ratificando el matrimonio ante un funcionario competente. Este matrimonio sí subsiste; se convalida, pero no aquel otro que no se hace ante un funcionario de los encargados por la ley, pues no hay acto válido ni matrimonio aun viciado de nulidad relativa, o defectuoso, y jamás podría pensarse que esa unión subsista como matrimonio con sus consecuencias legales. De hacerlo así estaríamos dando categoría legal de matrimonio al concubinato, como antes dijimos.

DELEGACION DE COMPETENCIA

Según los tratadistas Mazeaud que atrás citamos, en materia de celebración de matrimonios no cabe la delegación de funciones. El Código de Familia no autoriza a los funcionarios a quienes faculta para celebrar matrimonios (art. 24) para delegar sus funciones a un inferior. Por razón del territorio tampoco puede delegarse, ya que es competente el funcionario de la jurisdicción donde hayan residido los últimos tres meses cualquiera de los contrayentes.

La Ley de Administración Pública, en relación con la transferencia de competencias por delega-

ción y otros motivos, dispone lo siguiente: Art. 85. 1. Toda transferencia de competencia externas de un órgano a otro o de un servidor público a otro, tendrá que ser autorizada por una norma expresa, salvo caso de urgencia. 2. En toda hipótesis, la norma que autoriza la transferencia deberá tener rango igual o superior al de la que crea la competencia transferida. Art. 89. 1. Todo servidor podrá delegar sus funciones propias en su inmediato inferior, cuando ambos tengan funciones de igual naturaleza. 2. La delegación no jerárquica o en diverso grado requerirá de otra norma expresa que la autorice, pero a la misma se aplicarán las reglas compatibles de esta Sección. 3. No será posible la delegación cuando la competencia haya sido otorgada al delegante en razón de su específica indoneidad para el cargo.

Con la simple lectura de esas normas vigentes de nuestro Derecho es fácil deducir que no es posible la delegación de funciones en la celebración de matrimonios, sin comprometer la validez del mismo, especialmente con lo dispuesto por el aparte 2 del art. 89 en lo que se refiere a la competencia por razón del territorio, o domicilio de los contrayentes, que puede ser el de cualquiera de ellos en los últimos tres meses, pero no otro funcionario.

* * *

LA "ACTIO LIBERA IN CAUSA" EN EL DERECHO PENAL

Dr. Francisco Castillo González.
Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1. La "actio libera in causa" (en adelante, "alic") es la figura jurídica desarrollada por la doctrina para dar una respuesta a la problemática contenida en estos tres casos:

Caso No. 1.

Juan se droga con la finalidad de ponerse en estado de incapacidad de entender y de querer para, en ese estado, ultimar a su enemigo, lo cual efectivamente hace.

Caso No. 2.

José, empleado de ferrocarril encargado de cambiar las agujas de las vías para que cada tren circule por el carril correcto, debe cambiar las agujas a las doce meridiano. Sabiendo que su enemigo viaja en uno de esos trenes y queriendo ultimarlo mediante el choque de trenes, José se toma a las diez de la mañana un barbitúrico, de modo que a las doce horas, tiempo en que debía hacer el cambio de agujas, él se encuentra totalmente dormido y la catástrofe sobreviene.

Caso No. 3.

Pedro, pulpero, recibió de buena fe un billete falsificado. Posteriormente se da cuenta y entonces mezcla el billete falso con verdaderos. Sin un examen de cada billete en particular no podía determinar, después de la mezcla, cuál era el falso. Al dar vuelto, José entregó en una ocasión el billete falso, sin darse cuenta de ello en el momento preciso en que lo hacía.

Lo común a estos tres casos es que en el momento de la consumación faltan presupuestos requeridos por los respectivos tipos penales y que el agente ha provocado voluntariamente la exclusión del elemento del delito faltante, con el fin de realizar el hecho punible en estado de incapacidad. Lo que diferencia a los tres casos, es que el No. 1 el autor se provoca una grave alteración de la consciencia y excluye su capacidad de entender y de querer, presupuesto de la culpabilidad, la cual es, a su vez, el fundamento para la aplicación de una pena (Arts. 19, 30, 42 Cód. pen.); en el No. 2, el agente excluye, por el contrario, su capacidad de acción, requerida para atribuir al sujeto la acción u omisión en que consiste el delito; en el No. 3 el autor excluye, mediante un acto precedente, el dolo directo requerido por el tipo penal en el artículo 365 del Código Penal.

II. CAMPO DE APLICACION DE LA "ALIC".

2. La "alic" se desarrolló históricamente a partir del análisis de los efectos del licor sobre la responsabilidad penal (1) y muchos autores circunscriben su campo de aplicación a la exclusión voluntaria, por el agente, de su imputabilidad. Hoy día la mayor parte de la doctrina alemana considera que el dominio de la "alic" se extiende a la exclusión provocada de la culpabilidad y de la capacidad de acción. Hay quienes (2) consideran que las reglas de la "alic" deben aplicarse a cualquier

(1) Sobre la historia de la "alic" véase CORSONELLO, págs. 10 ss.; DIAZ PALOS, pág. 186; SCHWINGHAMMER, págs. 3 ss.; RODRIGUEZ DEVESA, (P.G.), pág. 432 ss.

(2) Así, entre otros, MAURACH, JuS 1961, págs. 373 ss.; BAUMANN, pág. 370 ss.; SCHWINGHAMMER, págs. 52 ss.

hipótesis en la que el agente provoque la exclusión voluntaria de cualquier elemento del delito, —tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad—, y haya cierta relación entre el acto voluntario que produce el defecto y la realización del tipo penal. Nosotros pensamos, empero, que el campo de aplicación de la "alic" es la exclusión de la imputabilidad, de la capacidad de acción y del dolo directo (3), con el fin de realizar dolosamente un tipo penal (4).

A. Estructura de la "alic" dolosa.

3. Una "alic" dolosa existe cuando el agente causa, dolosamente, su propia incapacidad y en tal situación realiza dolosamente la acción típica, a la cual iba dirigido su dolo en el momento de ejecutar la "actio praecedens" (5). El dolo del agente debe dirigirse tanto a la producción del estado de incapacidad como a la realización de la acción típica en estado de incapacidad (6).

---

(3) En nuestra opinión, la exclusión voluntaria de un elemento del tipo penal, —de modo que la conducta sea atípica—, no es un caso de "alic". Esta solamente existe si se produce la realización del tipo penal; si el agente hace desaparecer el elemento tipicidad, entonces el resultado, en sentido amplio, no puede producirse. Y lo que no existe, no puede atribuirse al agente ni antes ni después de ponerse en estado de incapacidad (Así, KOLZ, pág. 103.
Tampoco pertenece al campo de la "alic" la exclusión voluntaria de la antijuridicidad, como sostienen algunos (por ejemplo, KOLZ, pág. 111 y SCHWINGHAMMER, pág. 68). Las causas de justificación tienen como límite tácito la inexistencia del abuso del derecho que ellas otorgan. Y quien provoca la situación objetiva para luego actuar en situación similar a la de la causa de justificación, no puede prevalerse de ésta. El artículo 25 Cód. pen. establece como condición la legitimidad, —es decir, ausencia de abuso— del ejercicio del derecho. El artículo 27 Cód. pen. pone como requisito que el agente no haya provocado voluntariamente el peligro que permite la lesión justificada del bien ajeno en el estado de necesidad. No podría, por ejemplo, alegar estado de necesidad quien provoca al perro del vecino para que lo ataque y así poder matarlo sin cometer el delito de daños.

El punto de la aplicación de las reglas de la "alic" a la exclusión provocada y voluntaria por el agente de un elemento de la antijuridicidad se ha discutido principalmente con relación a la llamada "legítima defensa provocada" ("actio illicita in causa"). ROXIN (ZStW 75, pág. 551) rechaza la aplicación de las reglas de la "alic" al caso de la legítima defensa provocada porque el provocador no tiene el dominio del hecho; KRAUSE (págs. 309 ss.) también, pero fundándose en que tanto la "actio praecedens" como el acto de defensa, —actuación "in actu"— son actos de libre voluntad del provocador y, por consiguiente, no puede plantearse un caso de "alic". A nosotros nos parece que la tesis que considera que toda legítima defensa provocada implica un caso de "alic" es falsa y su falsedad se prueba por la falsedad de las consecuencias que derivan de ese postulado. Conforme a éste habría que afirmar que la reacción del provocado siempre es un acto de legítima defensa (lo que es falso) y que en caso de provocación, la legítima defensa siempre está excluida para el provocador (lo que también es falso). Nuestra jurisprudencia fundamenta la exclusión de la legítima defensa cuando ha habido provocación suficiente ora en el abuso del derecho ora en el "versari in re illicita", especialmente en los casos de riña aceptada.

(4) Una importante corriente doctrinal habla de "alic" culposa, la cual se da cuando el agente, dolosa o culposamente, se coloca en estado de incapacidad y culposamente no considera que en tal estado podrá realizar determinado hecho punible (Así, entre otros, RUDOLPHI und and., Vorb. § 20, Anm. 33; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. § 20, Anm. 36; STRATENWERTH, pág. 159; LACKNER, Vorb. § 20, Anm. 8 c); PREISENDANZ, Vorb. § 20, Anm. 6 a); JESCHECK, pág. 335. Según esta opinión, en la "alic" culposa puede darse tanto la culpa consciente como la inconsciente; la primera ocurre cuando el agente, al ponerse (dolosa o culposamente) en estado de incapacidad, prevé la posibilidad de realizar en tal estado un hecho punible, pero confía, de modo contrario al deber, que él no realizará el ilícito (Así, PREISENDANZ, Vorb. § 20, Anm. 6 a)); la segunda, cuando el agente, al ponerse en estado de incapacidad, no previó, cuando debía jurídicamente hacerlo, que él podía en tal estado realizar un hecho punible (Así, PREISENDANZ, Vorb. § 20, Anm. 6 a)). Nuestro legislador parte de la existencia de la "alic" culposa en el artículo 44 Cód. pen. (Cfr. PADILLA, "Exposición de Motivos", Nota al art. 44). Pero en los artículos 117 y 128 del Cód. pen., —en aparente contradicción con lo dicho en el artículo 44—, impone como pena accesoria la cancelación del permiso para conducir vehículos, "si el hecho fuere cometido bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas enervantes".

En nuestra opinión es correcta la tesis doctrinal que afirma que en el campo del hecho culposo la figura de la "alic" carece de sentido y es, por tanto, innecesaria, porque si el comportamiento anterior, realizado en estado de responsabilidad, es contrario al deber de cuidado impuesto por el ordenamiento jurídico, ese comportamiento fundamenta, sin más ni más, la responsabilidad culposa, pues el mismo es ya una acción típica de culpa con relación al resultado producido (Así, entre otros, ZAFFARONI, pág. 381; OTTO, pág. 194; HORN, G.A. 1969, págs. 289 ss. Parcialmente, JESCHECK (pág. 335) y BLEI (pág. 65), quienes excluyen la "alic" para aquellos casos en los que tomar licor, por ejemplo, y ponerse en estado de incapacidad a sabiendas de que se ha de conducir el auto, es una acción típica del resultado culposo producido, pero quieren conservar la "alic" culposa para los casos en los que ponerse en estado de ebriedad, por ejemplo, no es parte del tipo culposo realizado. Esto ocurre en el derecho penal alemán en el § 316, Abs. 2 StGB, que castiga conducir culposamente un vehículo en estado de ebriedad. Nuestro derecho no tiene un tipo parecido al § 316 Abs. 2 StGB alemán).

Nuestra jurisprudencia ha afirmado, aún después de la vigencia del artículo 44 Cód. Pen., que constituye "imprudencia" conducir un vehículo en estado de ebriedad con el cual se causan muerte o lesiones; por ello ha condenado, sin recurrir a la construcción de la "alic" culposa, por lesiones u homicidio culposos. Punto de partida de la visión jurisprudencial es la regla "causa causae est causa causati", la cual ha servido, —conjuntamente con la máxima de Bossius "Sequens actus ostendit qualis fuerit animus a principio" (según cita de CORSONELLO, pág. 28)—, para tratar los casos de ebriedad voluntaria, pero no preordenada, como casos de culpa.

(5) Así, JESCHECK, pág. 335.

(6) Así, entre otros, LACKNER, Vorb. § 20, Anm. 8 a); CRAMER, JZ 1968, pág. 273; KRAUSE, págs. 305 y 312; HRUSCHKA, JuS 1968, págs. 554 y 558; JESCHECK, pág. 335; OHLER, JZ 1970, pág. 380; GEILEN, JuS 1972, pág. 73; MAURACH, JuS 1961, pág. 373 s.; BLEI, pág. 65; OTTO, pág. 194; DREHER, Vorb. § 20, Anm. 7; SCHMIDHAUSER, pág. 386 s.

1. El dolo dirigido a la producción del estado de incapacidad.

4. La particularidad de la "alic" consiste en que el agente utiliza su propia incapacidad como causa del resultado punible (7). Por ello, el acto de ponerse en estado de incapacidad debe ser doloso (8). Poco importa que el individuo se cause a sí mismo el estado de incapacidad, —por ejemplo, dolosamente se embriaga—, o que sea otro, con su consentimiento quien le cause tal estado, —por ejemplo, se deja inyectar un soporífero o se deja hipnotizar—; lo importante es que el autor quiera tal estado y quiera utilizarlo para la realización del tipo penal.

Respecto a la producción del estado de incapacidad como medio de realización del resultado, basta el dolo eventual (9). Así, hay "alic" dolosa cuando el agente no contaba con ponerse en estado de incapacidad, pero aceptó la realización del hecho en estado de incapacidad, en el caso de que éste se produjera (10). Si el agente culposamente se emborracha, por ejemplo, o cae en estado de incapacidad a consecuencia de un caso fortuito y en tal estado realiza un hecho punible, no hay "alic". En el caso de ebriedad culposa, productora de estado de incapacidad, en la cual se realice un tipo penal, habrá responsabilidad culposa, si hay violación al deber de cuidado y si el legislador establece responsabilidad a título de culpa; de lo contrario, habrá impunidad. Tampoco es caso de "alic" dolosa aquel en que el agente decide matar a su enemigo, pero antes de poder realizar su decisión, cae en estado de incapacidad sin culpa de su parte y en tal estado realiza el hecho punible (11).

5. Es en el momento de ponerse en estado de incapacidad cuando hay que apreciar los motivos del hecho y las circunstancias agravantes o calificativas. Por ejemplo, es en este momento en que hay que apreciar la existencia de los motivos y finalidades exigidos por el artículo 212 Cód. pen., para la existencia del homicidio calificado. Circunstancias calificativas ocurridas después de que entró en estado de incapacidad, —como podría ser, por ejemplo, el ensañamiento—, no son atribuibles al agente (12). En el caso de los delitos calificados por el resultado, éste debe ser cubierto por el dolo del agente, antes que entre en estado de incapacidad (13).

Para terceros, que participen en un caso de "alic", dependiendo del caso concreto, valen los principios generales de las formas de participación (14). La autoría mediata está excluida, sin embargo, de la "alic", porque en aquélla el agente utiliza al autor mediato como instrumento, lo cual es incompatible con la actitud del autor de la "alic", quien se pone a sí mismo o es puesto por otro, con su consentimiento, en estado de incapacidad.

2. El dolo dirigido a la realización de determinado tipo penal.

6. El hecho realizado en estado de incapacidad es en la "alic" fundamento de la punibilidad, aunque no el punto central para determinar el injusto (15). Es por ello que el dolo debe dirigirse a la comisión de un determinado delito en estado de incapacidad (16).

Para fundamentar la "alic" dolosa basta el dolo eventual (17). Por ejemplo, el agente previó como posible la realización de un delito determinado en estado de incapacidad, no lo quiso, pero aceptó tal realización en estado de incapacidad, si ella se producía. Si el dolo del agente estaba dirigido a la comisión en estado de incapacidad de determinada especie de delitos, —por ejemplo, violar a una persona—, basta que luego, en estado de incapacidad, el agente realice un delito de tal especie (que viole

---

(7) Así, SCHWINGHAMMER, pág. 34.

(8) Así, SCHWINGHAMMER, pág. 34.

(9) Así, entre otros, PREISENDANZ, Vorb. § 20, Anm. 6 a).

(10) Así, SCHWINGHAMMER, pág. 34.

(11) Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. § 20, Anm. 34; SCHWINGHAMMER, pág. 37. Por ejemplo A quiere matar a B, pero antes de que éste aparezca en el lugar en que A lo esperaba, éste es víctima de un ataque epiléptico y en tal estado A mata a B.

(12) Así, BAUMANN, pág. 370; BLEI, pág. 63; ENGISCH, G.A. 1955, pág. 161.

(13) Así, BAUMANN, pág. 370.

(14) Así, MAURACH, JuS 1961, pág. 380.

(15) Así, SCHWINGHAMMER, pág. 37.

(16) Así, entre otros, JESCHECK, pág. 335; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. § 20, Anm. 35.

(17) Así, entre otros, PREISENDANZ, Vorb. § 20, Anm. 6 a); DREHER, Vorb. § 20, Anm. 7; STRATENWERTH, pág. 159; SCHWINGHAMMER, pág. 38; RUDOLPHI und and., Vorb. § 21, Anm. 31.

a cualquier mujer) (18). Si el dolo era dirigido a la realización de determinado delito, pero realiza otro en estado de incapacidad, se aplican los principios generales relativos al error (error sobre el proceso causal, error "in persona", "aberratio ictus") (19). Se aplican las reglas del "aberratio ictus" (y no las del error "in persona") si el autor quería violar en estado de incapacidad a la mujer A, pero viola a la mujer B (20).

No basta para constituir el dolo, la circunstancia de que el agente conozca su tendencia a realizar determinados actos en estado de incapacidad, —por ejemplo, sabe que el licor lo torna violento—, y que, efectivamente, en estado de incapacidad, lesione a determinada persona (21).

B. Fundamento de la punibilidad de la "alic".

7. Salvo contadas excepciones (22), la doctrina moderna es partidaria de la punibilidad de la "alic". Dos son principalmente los fundamentos que se dan para castigarla: aplicación de las reglas de la autoría mediata y aplicación de los principios generales que fundamentan la culpabilidad.

1. La tesis de la "alic" como especie de autoría mediata.

8. Una corriente doctrinal fundamenta la punibilidad de la "alic" en la figura de la autoría mediata (23), porque el autor se utiliza a sí mismo como instrumento. Para emplear la expresión de Sauer (24), "el autor divide su querer y obrar sólo externamente en dos actos, para librarse de responsabilidad; es decir, es simultáneamente autor mediato imputable e instrumento inimputable". Y así como debe castigarse al tercero, autor mediato, por el hecho realizado por el instrumento, así también debe castigarse al individuo que, poniéndose en estado de incapacidad, se utiliza a sí mismo como instrumento.

Esta tesis es equivocada: no se pueden equiparar autoría mediata y "alic"; la primera requiere dos autores, el mediato y el inmediato, simple instrumento; en la segunda no hay esta dicotomía de autores. Aunque pudiera construirse para la "alic" una "autoautoría mediata", un paralelo con la autoría mediata sólo es posible en el momento en que el sujeto se pone a sí mismo en estado de incapacidad; después de este momento desaparece en la "alic" el autor mediato (autor detrás del autor) (25). Por otro lado, la autoría mediata requiere que el autor mediato tenga dominio del hecho en el desarrollo de los acontecimientos, lo cual no ocurre en la "alic" porque después de que el agente se pone en estado de incapacidad, desapareciendo el autor detrás del autor, no puede dominar el desarrollo objetivo de los acontecimientos (26). Además, mientras que la "alic" es admisible en todos los delitos, la autoría mediata, según la doctrina dominante, es incompatible con los delitos de propia mano (27). Por último, los autores que fundan la punibilidad de la "alic"

---

(18) Así, entre otros, RUDOLPHI und and., Vorb. § 21, Anm. 31; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. § 20, Anm. 35.

(19) Así, entre otros, CRAMER, JZ 1968, pág. 275; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. § 20, Anm. 35; RUDOLPHI und and., Vorb. § 21, Anm. 31.

(20) Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. § 21, Anm. 31.

(21) Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. § 20, Anm. 35.

(22) La tesis de la impunidad de la "alic" es sostenida con distintos argumentos: unos afirman la impunidad por la falta de concomitancia entre el dolo y la acción realizada en estado de incapacidad, mientras que otros sostienen que, a consecuencia de la total incapacidad del agente, se rompe la relación de causalidad entre la libre resolución de cometer el delito y la acción realizada en estado de incapacidad. Ambas posiciones plantean incorrectamente el problema, porque no es la acción realizada en estado de incapacidad lo que fundamenta la punibilidad de la "alic", sino la "actio praecedens" (acción anterior que fundamenta el estado de incapacidad).
KATZENSTEIN (pág. 50 s.) plantea el problema de la punibilidad de la "alic" a partir de la "actio praecedens", pero llega a la conclusión de que debe haber impunidad porque, siendo la "actio praecedens" acción culpable, no es típica ni antijurídica, dado que estas cualidades solamente las poseen los actos de ejecución y la "actio praecedens" es un simple acto preparatorio (En igual sentido, HRUSCHKA, JuS 1968, págs. 554 ss.). Veremos que esta tesis es equivocada.

(23) Así, entre otros, CARRARA, I, § 343, págs. 233 s.; SAUER, pág. 145; KOCH, pág. 117; JIMENEZ DE ASUA, pág. 337; NOVOA MONREAL, I, pág. 454; ROMERO SOTO (PG), II, págs. 36 s.; MAYER, JZ 1956, pág. 111; PREISENDANZ, Vorb. § 20, Anm. 6 c). Algunos autores hablan simplemente de una analogía entre "alic" y autoría mediata. En tal sentido, JESCHECK, pág. 335; KRAUSE, pág. 312.

(24) SAUER, pág. 145.

(25) Así, SCHWINGHAMMER, pág. 25.

(26) Así, SCHWINGHAMMER, pág. 26.

(27) Así, KOLZ, pág. 26 s.

en la autoría mediata y admiten la existencia de una "alic" culposa, caen en una evidente contradicción, porque no existe una autoría mediata culposa (28).

2. La tesis correcta: punibilidad de la "alic" conforme a los principios generales de la culpabilidad.

9. Lo que fundamenta la punibilidad de la "alic" es la relación de culpabilidad que une a la "actio praecedens" con su consecuencia, que es el resultado (29). El Derecho Penal moderno se basa en la acción del agente y su correspondiente responsabilidad, —*"nullum crimen sine actione, nulla poena sine culpa"*—, y la "alic" es una acción por la cual el agente establece, en estado de libre voluntad y capacidad, la causa definitiva para la realización del tipo penal, causa que entrará en operación cuando él se encuentre en estado de incapacidad o de imputabilidad disminuida (30).

Punto de partida es la *"actio praecedens"*, la cual es típica, antijurídica y culpable. Es culpable, porque quien se pone en estado de incapacidad, a sabiendas de que en ese estado va a matar a su enemigo, comete un homicidio doloso (31): esencial es la relación de culpabilidad que establece el autor entre esa acción (*"actio praecedens"*), en el momento de ponerse en estado de incapacidad, y la realización en tal estado del tipo penal (resultado) (32). La *"actio praecedens"* es también típica: es, conforme al principio *"causa causae est causa causati"*, la causa del resultado y para imputar al autor una acción como causa del resultado no es necesario que tal acción sea la última en el tiempo (33). Desde el punto de vista del resultado producido (valoración *ex post*) es acción típica no sólo disparar sobre la víctima, sino tomar licor, productor de la grave perturbación de la consciencia, a sabiendas de que en ese estado se ejecutará el homicidio (34). El tipo injusto (*"Unrechtstatbestand"*) involucra todas aquellas conductas lesivas al bien jurídico tutelado, que crean peligro objetivo de realización del resultado. Por último, la *"actio praecedens"* es también antijurídica: el juicio sobre la antijuridicidad de la acción es posterior al examen de su tipicidad (35) y la acción de emborracharse para matar en tal estado al enemigo, por no ser socialmente adecuada, no es atípica, sino, por tanto, antijurídica.

10. Dado que la *"actio praecedens"* cumple con todos los requisitos de cualquier acción típica, antijurídica y culpable, se afirma que los casos de "alic" son excepciones aparentes a los principios de culpabilidad (36). No es, entonces, como afirman algunos (37), que la imputación del hecho realizado en estado de incapacidad se retrotrae al estado anterior de capacidad, porque lo que se imputa no es aquél, sino la *"actio praecedens"*.

Cuando se dice que la "alic" es impune porque la "actio praecedens" es un simple acto preparatorio se confunden dos cosas distintas: la tipicidad de esa acción vista *"ex post"*, —que no ofrece duda—, y el problema de saber si esa acción, cuando no se produce el resultado, es un acto de tentativa (ejecución) o un simple acto preparatorio. Con la doctrina dominante (38) podemos afirmar que el adelanto de las manipulaciones por

---

(28) Así, SCHWINGHAMMER, págs. 26 s.

(29) Así, entre otros, MAURACH, JuS 1961, págs. 373 ss.; SCHWINGHAMMER, pág. 29 ss.; RUDOLPHI und and., Vorb. § 21, Anm. 28; BAUMANN, págs. 370 ss.; LACKNER, Vorb. § 20, Anm. 8; SCHMIDHÄUSER, pág. 251; OTTO, pág. 194; DREHER, Vorb. § 20, Anm. 7; LANGE (LK), Vorb. § 21, Anm. 71; STRATENWERTH, pág. 159.

(30) Así, LACKNER, Vorb. § 20, Anm. 8.

(31) BAUMANN, pág. 370 s.; KOLZ, págs. 41 y 52; OTTO, pág. 194.

(32) Así, BAUMANN, pág. 370 s.; SCHWINGHAMMER, pág. 30.

(33) Así, SCHMIDHÄUSER, pág. 251. Partimos del concepto de tipo injusto ("Unrechtstatbestand"). Es cierto, como afirma BAUMANN (pág. 371) que si se parte del concepto de tipo de la doctrina clásica, causal y desprovisto de contenido valorativo, las dificultades que presenta la "alic" en el campo de la tipicidad y de la antijuridicidad, se aminoran. Un intento, con resultados poco convincentes, de examinar la problemática de la "alic" desde el punto de vista del concepto de tipo de la doctrina clásica es el de KOLZ.

(34) Así, SCHMIDHÄUSER, pág. 251.

(35) Contra KOLZ, pág. 63 ss. quien, con relación a la "alic" examina primero la culpabilidad de la "actio praecedens", luego su antijuridicidad y por último su tipicidad.

(36) Así, HURTADO POZO, pág. 269.

(37) Así, por ejemplo, SOLER, II, pág. 46; VENDITTI, Riv. It. di Dir. Pen., 1957, pág. 547; LABATUT GLENA, I (PG), pág. 179.

(38) En tal sentido, entre otros, JESCHECK, pág. 396; STRATENWERTH, pág. 159; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. § 22, Anm.55 y 56; SCHMIDHÄUSER, pág. 617. Otros autores ven un acto de tentativa en la simple acción de po-

el autor de los actos tendientes a la realización del tipo penal no implica necesariamente un adelanto de la acción típica, cuando se trate de delitos de acción, porque el autor debe crear, de acuerdo con su plan del hecho, un peligro inmediato para el bien jurídico tutelado, para que se dé la tipicidad de la acción. En los delitos de acción, "acción cercana a la consumación", que es lo que implica acción de tentativa, puede ser, dependiendo del caso, la acción del agente de ponerse en estado de incapacidad o bien el comienzo de ejecución, cuando él se encuentre en estado de incapacidad (39). Distinta es la situación en los delitos omisivos (*"omissio libera in causa"*): en éstos hay acto de ejecución, —en el caso, tentativa—, cuando el agente pierde su capacidad de actuar responsablemente, porque en este momento crea ya un peligro objetivo para el bien jurídico tutelado (40). En el caso del guardavías, que se pone en estado de incapacidad para no poder cambiar luego las agujas, el estadio de la tentativa se alcanza cuando se pone en tal estado.

11. Puesto que típica, antijurídica y culpable es la *"actio praecedens"*, el término técnico *"actio libera in causa"*, usado a falta de otro mejor, es inapropiado, porque designa la actuación del agente en estado de incapacidad, mientras que el fundamento de la punibilidad es la acción anterior al estado de incapacidad, acción que es, más bien, *"in actu libera"* (41). Solamente la actuación del agente en estado de incapacidad puede ser *"in causa libera"*. Además, el término técnico *"actio libera in causa"* deja por fuera la *"omissio libera in causa"*.

III. LOS CASOS DE "ALIC" EN PARTICULAR.

12. Como hemos dicho, casos de "alic" son solamente la provocación de la incapacidad de entender y de querer, la provocación de la incapacidad de acción y la exclusión voluntaria del dolo directo, requerido por el tipo penal.

A. Provocación voluntaria de la incapacidad de entender y de querer.

13. La imputabilidad depende de que el agente, en el momento de la acción u omisión, —es decir, en el momento en que realiza u omite el movimiento corporal que es manifestación de su voluntad (Arts. 19 y 42 Cód. pen.)—, posea la capacidad de entender el carácter ilícito del hecho y de determinarse de acuerdo con esa comprensión. No es necesaria, empero, esta capacidad de entender y de querer después de iniciada la acción o en el momento del resultado. Por momento de la "acción u omisión" debe entenderse aquel en que el agente realiza las actuaciones que, implicando dirección de los acontecimientos posteriores, llevan a la realización del tipo penal (42). Por consiguiente, el individuo que es imputable en el momento de realizar la *"actio praecedens"*, es imputable en el sentido del artículo 42 Cód. pen., es culpable y en tal concepto merecedor de una pena (Arts. 30 y 42 Cód. pen.).

14. El legislador costarricense regula, de modo innecesario, el caso de la provocación voluntaria de la incapacidad de entender y de querer en el artículo 44 Cód. pen., el cual dispone:

> "Cuando el agente haya provocado la perturbación de la consciencia a que se refieren los artículos anteriores, responderá del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en ese estado y aún podrá agravarse la respectiva pena si el propósito hubiere sido facilitar su realización o procurarse una excusa".

Derivando la punibilidad de la "alic" de los principios generales, como se ha demostrado, este artículo no solamente no cumple ninguna función, sino que también puede conducir a errores interpretativos, pues da la impresión de que, por excepción a las reglas generales, se castiga el hecho de un inimputable, cuando en realidad se trata del hecho de un imputable (43). Una correcta interpretación del Código Penal, conforme a los principios de la

---

nerse en estado de incapacidad, porque a partir de este momento el autor encarrila el desarrollo del hecho conforme a su dominio culpable del mismo. Así, MAURACH, JuS 1961, pág. 374; RUDOLPHI und and., Vorb. § 22, Anm. 21.

(39) Así, STRATENWERTH, pág. 160; SCHMIDHAUSER, págs. 617 s.

(40) Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. § 20, Anm. 56.

(41) Así, HRUSCHKA, JuS 1968, pág. 555; KOLZ, pág. 19.

(42) Así, entre otros, STRATENWERTH, pág. 159; OTTO, pág. 194; JESCHECK, pág. 335.

(43) El artículo 44 Cód. pen. tiene su fuente en el artículo 92, párrafo segundo del Código penal italiano de 1930, que dispone: "Se l'ubriachezza era preordinata al fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa, la pena è aumentata".

culpabilidad, tiene que hacer caso omiso del artículo 44 Cód. pen. (44), el cual solamente tiene vigencia en tanto que crea una circunstancia agravante, facultativa para el juez, en los casos en los que el propósito del agente haya sido, al ponerse en estado de inimputabilidad o de imputabilidad disminuida, facilitar la realización del hecho o procurarse una excusa (45).

B. Provocación de la incapacidad de acción.

15. De acuerdo a la doctrina dominante (46) es caso de "alic" la voluntaria provocación por el agente de su incapacidad de construir una libre voluntad o de realizarla.

Dos son las posibilidades de incapacidad de acción: la primera se da cuando el agente excluye su propia libertad de decisión, a pesar de realizar un comportamiento cuasimaquinal (por ejemplo, dormir) (47). Esta incapacidad de acción puede darse en la forma de acción (la madre, queriendo asfixiar al hijo recién nacido durante el sueño a causa de su mal dormir, lo acuesta consigo y lo asfixia) o de omisión (el guardavías, con la intención de producir un choque de trenes, se deja vencer por el sueño, para no estar despierto en el momento en que jurídicamente debe actuar y cambiar las vías) (48). La segunda forma de incapacidad de acción ocurre cuando el agente, que conserva la posibilidad de construir una libre decisión, con el fin de realizar el tipo penal, se pone en tal estado que no puede realizar la voluntad libremente construida. Esta forma de incapacidad de acción puede generar sólo una omisión, propia o impropia, pero no un delito de acción (49). Un caso de omisión propia es la del testigo que, citado el día tal a la hora tal para un juicio, se hace encerrar horas antes para no concurrir al debate. Caso de un delito de omisión impropia es el del guardavías, que se hace amarrar a un árbol, para no poder cambiar las vías en el momento de llegada de los trenes.

16. Se ha dicho (50) que la figura de la "alic" en el caso de incapacidad de acción es innecesaria porque, habiéndose puesto el sujeto voluntariamente en la situación que da lugar al delito, responde igualmente si se puso en estado de incapacidad de acción como si simplemente incumplió sin estar incapacitado. No habiendo en la hipótesis ni fuerza mayor, ni caso fortuito ni ausencia de no exigibilidad de otra conducta, el individuo responde conforme a las reglas generales, sin necesidad de recurrir a la "alic". La crítica no tiene fundamento: el acto de emborracharse del guardavías solamente adquiere relevancia respecto al momento en que debe producirse la acción esperada, esencia del delito omisivo, y por ello el legislador requiere que, en el momento de la acción esperada, el agente se encuentre con capacidad de acción. Si el guar-

---

(44) Las lagunas y contradicciones que se crearían si se viera el problema de la "alic" únicamente a través del artículo 44 Cód. pen. serían enormes. Algunas de ellas son las siguientes: a) Quedarían por fuera los demás casos de "alic" (incapacidad de acción y exclusión del dolo directo). No toda incapacidad de acción produce perturbación de la consciencia (por ejemplo, en el sueño hay incapacidad de acción sin perturbación de la consciencia) ni toda perturbación de la consciencia produce incapacidad de acción (por ejemplo, el individuo drogado sigue actuando). b) Al hablar del "hecho cometido" el artículo 44 Cód. pen. se refiere sólo a los delitos de acción realizados en estado de incapacidad. Deja por fuera, por tanto, los casos de la "omissio libera in causa". c) El artículo 44 Cód. pen. habla únicamente de la provocación de una "perturbación de la consciencia", mientras que conforme al artículo 42 Ibid. la inimputabilidad no solamente existe a causa de grave perturbación de la consciencia, sino también a causa de enfermedad mental. La única justificación para tal limitación solamente podría ser la creencia de que una enfermedad mental no puede ser provocada por el agente, —lo cual es falso—, o que la producción de una enfermedad mental, por su carácter de permanencia, justifica una medida de seguridad. Es cierto que el legislador equipara legalmente las toxicomanías habituales y el alcoholismo crónico a la enfermedad mental (Art. 98 inc. 6 Cód. pen.), pero esta circunstancia no es suficiente para justificar la limitación introducida por el artículo 44 Cód. pen., porque un estado similar a la enfermedad mental puede producirse por medios distintos a la toxicomanía y al alcoholismo. d) El artículo 44 Cód. pen. regula la "alic" culposa, la cual, a parte de no tener jurídicamente sustento, entra en contradicción con la jurisprudencia sobre alcoholismo (o toxicomanía) y hecho culposo y con los artículos 117 y 128 del Código penal, como se ha dicho.

(45) Aunque el artículo 44 Cód. pen. se refiere a la "alic" dolosa y a la "alic" culposa es evidente que la circunstancia agravante solamente puede referirse a la "alic" dolosa. Ahora bien, es difícil encontrar un caso de "alic" dolosa en la que no haya el propósito de facilitar la realización del hecho o de procurarse una excusa. De modo, pues, que la aplicación general para todos los casos contradice el carácter de circunstancia agravante facultativa que tiene la dispuesta en el artículo 44 Cód. pen.

(46) Así, entre otros SCHWINGHAMMER, pág. 52; SCHONKE-SCHRODER, Vorb. § 20, Anm. 33 a); JESCHECK, pág. 335.

(47) Así, SCHWINGHAMMER, pág. 53.

(48) Así, SCHWINGHAMMER, pág. 53.

(49) Así, SCHWINGHAMMER, pág. 54.

(50) Entre otros, VENDITTI, Riv. It. di Dir. Pen. 1957, págs. 555 s.; RODRIGUEZ DEVESA (PG), pág. 435; ZAFFARONI, pág. 383.

davías simplemente se emborracha, se aleja del lugar, juega a las cartas con olvido de su deber o se duerme y por ello no cambia las vías, no por ello es autor de un delito de descarrilamiento doloso o de un homicidio calificado. Lo que confiere al hecho su carácter doloso es la unión psíquica que hace el sujeto entre el acto de ponerse en estado de incapacidad y el resultado y la circunstancia de que él utiliza su incapacidad de acción como medio para la realización del tipo penal.

C. Exclusión del dolo directo provocada por el agente.

17. En el caso No. 3 puesto al inicio de este trabajo, el autor actúa *"in actu"* sin el conocimiento requerido por el tipo penal, a causa de un comportamiento anterior suyo, de carácter culpable (*"actio praecedens"*), pero sin que le falte imputabilidad o capacidad de acción. El caso se rige por las reglas de la "alic".

Condición esencial para la existencia de esta forma de "alic" es que el agente excluya el dolo directo y que el tipo penal respectivo no pueda ser realizado con dolo eventual (51). En efecto, la culpabilidad subsiste, conforme a las reglas generales, si hay dolo eventual, el cual, tampoco puede excluir el autor por medio de manipulaciones, porque siendo consciente de éstas, acepta también la realización del tipo penal, si se produce.

IV. CONCLUSIONES.

18. Del presente estudio podemos sacar las siguientes conclusiones:

1. Durante mucho tiempo se enfocó equivocadamente el problema de la *"actio libera in causa"*. Se partía, para analizar el problema de su punibilidad, de la acción realizada por el agente en estado de incapacidad y no, como es correcto, de la acción por la cual el agente se pone en estado de incapacidad, con el fin de realizar en tal estado un determinado tipo penal *("actio praecedens")*.

2. El campo de aplicación de la *"actio libera in causa"*, término técnico que involucra también la *"omissio libera in causa"*, es la actuación dolosa por la cual el agente provoca una situación defectuosa que afecta la culpabilidad (capacidad de entender y de querer, capacidad de acción y dolo directo, exigido por algunos tipos penales). No pertenecen a la problemática ni la *"actio libera in causa"* llamada culposa, —en tal hipótesis el autor responde conforme a los principios generales—, ni los casos en los que el agente provoca una situación defectuosa que afecta la tipicidad o la antijuridicidad.

3. El artículo 44 del Código penal no juega papel alguno en la definición de la responsabilidad del autor de una *"actio libera in causa"*. Ese artículo más bien induce al intérprete a error y su aplicación equivocada puede producir enormes lagunas en el Derecho penal costarricense. *"De lege lata"*, el intérprete debe resolver los problemas de la *"actio libera in causa"* con prescindencia del artículo 44 del Código penal, excepto en lo que se refiere a la circunstancia agravante de aplicación facultativa que establece. *"De lege ferenda"*, el legislador debe derogar el artículo 44 Cód. Pen.

V. BIBLIOGRAFIA.

BAUMANN. *"Strafrecht"*, A.T., 7. Aufl., Bielefeld, 1975.

BLEI. *"Strafrecht I"*, A.T., 16. Aufl. München, 1975.

CARRARA. *"Programa de Derecho Criminal"*, Parte General, Vol. I, Bogotá, 1956.

CORSONELLO. *"Actiones liberae in causa"*, Padova, 1947.

CRAMER. *"Verschuldete Zurechnungsunfähigkeit —actio libera in causa— § 330 a StGB"*, en JZ 1971, págs. 766 ss.

DIAZ PALOS. *"Imputabilidad"* ("Teoría General de la Imputabilidad"), Barcelona, 1965.

DREHER. *"Strafgesetzbuch und Nebengesetze"*, 35. Aufl., München, 1975.

GEILEN. *"Sukzessive Zurechnungsunfähigkeit, Unterbringung und Rücktritt— BGHSt 23, 356"*, en JuS 1972, págs. 73 ss.

HORN. *"Actio libera in causa— eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?"*, en G.A., 1969, págs. 289 ss.

HRUSCHKA. *"Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit— BGH St 21, 381"*, en JuS 1968, págs. 554 ss.

HURTADO POZO. *"Manual de Derecho Penal"*, Parte General, Lima, 1979.

(51) Así, KOLZ, pág. 113; SCHWINGHAMMER, pág. 117.

JESCHECK. *"Lehrbuch des Strafrechts"* (A.T.), 2. Aufl., Berlín, 1972.

JIMENEZ DE ASUA. *"La Ley y el Delito"*, 3a. ed., México-Buenos Aires, 1959.

KATZENSTEIN. *"Die Straflosigkeit der actio libera in causa"*, Berlín, 1901.

KOLZ. *"Die Problematik der actio libera in causa"* ("Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre"), Diss. Univ. zu Frankfurt am Main, 1970.

KRAUSE. *"Betrachtungen zur actio libera in causa, insbesondere in der Form vorsätzlicher Begehung"*, en Festschrift für Hellmuth Mayer ("Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft"), Berlín, 1966, págs. 305 ss.

LABATUT GLENA. *"Derecho Penal"* (PG), 5a. ed., Santiago de Chile, 1968.

LACKNER. *"Strafgesetzbuch mit Erläuterungen"*, 9. Aufl., München, 1975.

LANGE. Vorb. § 21 en *"Strafgesetzbuch" "Leipziger Kommentar"*, 10. Aufl., Berlín-New York, 1978.

MAURACH. *"Fragen der actio libera in causa"*, JuS 1961, págs. 373 ss.

MAYER. *"Das Problem des sog. dolus generalis"*, JZ 1956, págs. 109 ss.

NOVOA MONREAL. *"Curso de Derecho Penal Chileno"*, Santiago de Chile, 1966.

OHLER. *"Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung"*, 1059.

OTTO. *"Grundkurz Strafrecht"* (A.T.), Berlín-New York. 1976.

PREISENDANZ. *"Strafgesetzbuch"* ("Lehrkommentar"), 29. Auf., Berlín, 1975.

RODRIGUEZ DEVESA. *"Derecho Penal Español"* (P.G.), Madrid, 1981.

ROMERO SOTO. *"Derecho Penal"* (P.G.), Bogotá, 1969.

ROXIN. *"Die provozierte Notwerhrlage"*, ZStW, 1963 (Bd. 75), págs. 160 ss.

RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *"Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch"*, Frankfurt am Main, 1978 (citado, RUDOLPHI und and.)

SAUER. *"Derecho Penal"* (P.G.), Barcelona, 1956.

SCHMIDHÄUSER. *"Strafrecht"* (A.T.), 2. Aufl., Tübingen, 1975.

SCHÖNKE-SCHRÖDER. "Strafgesetzbuch" "Kommentar", 18. Aufl., München, 1976.

SCHWINGHAMMER. *"Die Rechtsfigur der actio libera in causa und ihr Anwendungsbereich über den Rahmen des § 51 StGB hinaus"*, Diss. Univ. München, 1966.

STRATENWERTH. *"Strafrecht"* "Allgemeiner Teil I", Köln, Berlín, Bonn, München, 1971.

VENDITTI. *"L'illicito penale libero in causa"*, en Riv. It. di Dir. Pen., 1957, págs. 546 ss.

ZAFFARONI. *"Manual de Derecho Penal"*, Parte General, Buenos Aires, 1977.

KOCH. *"Die actio libera in causa im ausländischen Strafrecht"*, Diss. Univ. Freiburg, 1956.

SOLER. *"Derecho Penal Argentino"*, tomo II, Buenos Aires, 1951.

* * *

Revista Judicial. Costa Rica, Año VIII, No. 26, setiembre 1983

OBSERVACIONES Y CRITICAS SOBRE LA INCIPIENTE POLITICA CRIMINAL DEL SUBSISTEMA JUDICIAL

(Exposición hecha en el ILANUD—diciembre 1982)

Prof. Fernando Cruz Castro.

SUMARIO:

I. Introducción 36

II. Principios fundamentales 37
i) Defensa de la dignidad de la persona como deber esencial 37
ii) Exclusiva protección de bienes jurídicos 37
iii) La intervención mínima 37

III. Independencia del Poder Judicial: presupuesto indispensable para poder desarrollar la política criminal del subsistema judicial 38

IV. La incipiente política criminal del subsistema judicial. Aspectos positivos. 39

V. Algunos aspectos negativos de la Política Criminal del subsistema judicial. 41

Observación judicial. 42



I. INTRODUCCION:

Prescindiendo de otros antecedentes, el término POLITICA CRIMINAL fue elaborado por Franz Von Liszt, quien aplicó en este aspecto, una noción finalista del DERECHO PENAL (1).

La política criminal (2) puede enfocarse desde dos puntos de vista: a) **enfoque científico:** Desde el punto de vista científico, la política criminal tiende a exponer sistemáticamente las estrategias, tácticas y medios sociales que se utilizan para conseguir un control óptimo del crimen. Su objetivo esencial es el análisis científico del proceso mediante el cual se expresa la voluntad del legislador (causas que han motivado una determinada norma penal), es decir, se pretende determinar las causas que propician una renovación del concepto de delito. b) **enfoque práctico:** La política criminal práctica se circunscribe a la actividad estatal que pretende el control del crimen mediante los principios, métodos y medios del derecho penal y que ejercen, fundamentalmente, los profesionales en derecho (3). La política criminal del subsistema judicial debe enmarcarse dentro de este enfoque práctico; sin embargo, esto no excluye, lógicamente, el enfoque científico.

Es innegable que la política criminal debe ser parte de la política general social, es decir, que debe estar integrada con ésta y estrechamente vinculada a los grandes objetivos de la democracia, cuya expresión más sencilla se resume en los siguientes principios: igualdad, seguridad y solidaridad (4). Si la política criminal no está vinculada a la política general social y no se desarrolla dentro de un Estado democrático de Derecho (5), resulta totalmente superfluo hablar de la política criminal que desarrolla el PODER JUDICIAL. Este es un presupuesto esencial e ineludible.

---

(1) LOPEZ-REY y ARROJO, Manuel, *"Introducción a la Criminología"*, Instituto de Criminología de Madrid, España, 1981, p. 163. Sobre los orígenes de la política criminal, el profesor Rodríguez Devesa afirma lo siguiente: ". . . Según Saldaña, ya Kleinschrod usó en 1793 el nombre de Kriminalpolitik. Su empleo no se generaliza hasta Franz von Liszt. No hay unanimidad sobre su contenido, pues tan pronto se entiende como ciencia autónoma o como escuela . . .". RODRIGUEZ DEVESA, J.M., *"Derecho Penal español"*, Parte General, España, 1981, págs. 17—18.

(2) Se ha insistido mucho que la política criminal es parte de la política general social, debiendo integrarse en ésta, enlazándola con los grandes objetivos de la democracia. Asumiendo una visión más ambiciosa y discutible, debe incluirse dentro de la política criminal todo aquello que pueda prevenir la criminalidad, abarcando de esta forma la actividad administrativa y la judicial. Los postulados de la política criminal son esencialmente criminológicos y subsidiariamente penales, sin embargo, los primeros deben reflejarse en los códigos penales y procesales. Es indispensable que al formularse la política criminal se tome el sistema penal como un todo y no como un conjunto disperso de partes. Como observación final, es necesario recordar que la política criminal es parte de la estrategia general que orienta el desarrollo socio-económico de un país, y antes de formularla, debe basarse en una evaluación del sistema penal vigente y en una consulta de la opinión pública. El Poder Judicial deberá tener una participación activa en su formulación. LOPEZ-REY y ARROJO, Manuel, ibid, págs. 163 a 167.

(3) KAISER, Günther. *"Criminología"*, Ed. Espasa Calpe, (Trad. al español de José Belloch), España, 1978, p. 60.

(4) LOPEZ-REY y ARROJO, supra nota 1, p. 163. Los postulados de la política criminal están estrechamente conectados con el desarrollo socio-económico y político de un país. Tales postulados, son los siguientes: a) La política criminal es la expresión de un poder político, pero ese poder político debe tener un origen y una articulación democrática. b) Su objeto puede ser la criminalidad convencional o no convencional, concibiendo ambos aspectos como integrantes de un mismo fenómeno, que no es ni más ni menos que la manifestación sociopolítica del desarrollo de un país. Esta criminalidad puede ser nacional, internacional o transnacional, existiendo entre éstas una estrecha interdependencia. Esta vinculación debe tomarse en cuenta al proyectar la política criminal. La finalidad de la política criminal debe ser la justicia social. Esta ha de concebirse como una responsabilidad social que deben asumir las personas y las instituciones, así como las organizaciones, asociaciones, grupos y partidos. Esta responsabilización debe hacer efectiva la protección de la comunidad nacional. ch) En la formulación de la política criminal deben participar los miembros de la comunidad nacional y regional. Es indispensable la participación democrática de todos los sectores de opinión, ya que la política criminal no debe ser formulada por una élite que excluye la participación democrática de la comunidad nacional. d) La formulación de la política criminal debe ir precedida de una evaluación del sistema penal vigente. e) El sistema penal debe configurarse como un todo articulado, y no como un conjunto inconexo de partes. LOPEZ-REY, ibid, págs. 165—166 y 167.

(5) El Estado democrático de Derecho es un concepto mucho más ambicioso que el Estado social de Derecho. Pretende ser una síntesis, muy discutible, entre socialismo y democracia. E. Díaz, al analizar el Estado democrático de Derecho, manifiesta que: ". . . Socialismo y democracia vienen en nuestro tiempo a coincidir y a institucionalizarse conjuntamente en el llamado Estado democrático de Derecho. Aranguren da cuenta de este paso y superación, si bien utilizando una terminología diferente: Esto significa —dice— que el viejo Estado de Derecho, sin dejar de seguir siéndolo, tendrá que constituirse en estado de justicia. Evidentemente, la fórmula Estado de justicia, en la explicación que, como hemos visto, el profesor Aranguren realiza, alude a contenidos cercanos a los enunciados en la expresión ESTADO DEMOCRATICO DE DERECHO. Sin embargo, consideramos totalmente preferible esta segunda expresión: —estado de justicia— tiene, sin duda, un sentido mucho más abstracto. Ambos términos sólo pueden considerarse intercambiables si los entendemos en el sentido de que el ESTADO DEMOCRATICO DE

II. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES:

Antes de mencionar los aspectos fundamentales de la política criminal que puede desarrollarse dentro del subsistema judicial, es conveniente recordar algunos de los fundamentos que deben inspirar, desde un punto de vista jurídico, la política criminal y que tienen especial importancia para la función que corresponde al PODER JUDICIAL. Estos principios deben tomarse en cuenta al aplicar las normas y a la hora de formular las directrices fundamentales de la política criminal. Los principios, son los siguientes:

i. **Defensa de la dignidad de la persona como deber esencial:** Además de que la política criminal debe partir de un concepto definido de persona (6) y que debe inspirarse en un sentido humanitario de la intervención jurídico-penal (7), es de vital importancia que se convierta en un instrumento que defienda la dignidad de la persona. Esta dignidad implica que al ciudadano se le debe reconocer un ámbito de propia responsabilidad (8). También pertenece a la defensa de la dignidad de la persona, la proscripción de los tratos humillantes y crueles, especialmente en cuanto a la ejecución de la pena, la prohibición de utilizar a la persona como simple objeto o medio, así como el derecho a la vida y a la integridad corporal. Los aspectos que se han mencionado, demuestran que el centro de la protección de la dignidad humana se encuentra en el ámbito de la justicia criminal, y por esta razón representa para ésta una obligación ineludible (9).

ii. **Exclusiva protección de bienes jurídicos:** No pueden protegerse todos los bienes jurídicos a través de la norma penal, solamente merecen protección algunos de ellos y sólo frente a cierto número de ataques, transformándose de esta forma en bienes jurídicos para el DERECHO PENAL. Ciertos intereses, aquellos de los que depende la existencia del Estado de Derecho y en los que existe voluntad mayoritaria de que sean protegidos por el derecho penal, deben garantizarse a través de la norma penal. En ocasiones, esos intereses serán la consecuencia directa de derechos humanos superiores (por ejemplo, la vida y la libertad) y en otras no serán más que las piezas indispensables para el funcionamiento de la relación social (por ejemplo la buena fe en los negocios, la honestidad de los funcionarios públicos, el respeto a las órdenes de la autoridad pública, etc.). Cuando esos intereses de diverso origen se consideran imprescindibles en un grado máximo, se transforman en bienes jurídicos tutelados por el derecho penal (10).

iii. **La intervención mínima:** El Derecho Penal sólo debe utilizarse cuando no pueden emplearse otros instrumentos jurídicos que permitan tutelar los intereses fundamentales de la sociedad. Existe el convencimiento de que la pena constituye un mal irreversible, constituyendo, por otra parte, una solución imperfecta, por estas razones sólo debe utilizarse cuando no haya más remedio, es decir, cuando no es posible emplear otro instrumento de protección (la pena debe utilizarse como

---

DERECHO es hoy el ESTADO DE JUSTICIA, es decir, el Estado que aparece actualmente como legítimo, como justo, en función precisamente de unos determinados valores históricos que son la democracia, el socialismo, la libertad y la paz . . .". DIAZ, Elías, *"Estado de derecho y sociedad democrática"* EDICUSA, España, 1973, p. 130.

(6) Según Zipf, para efectos de la política criminal, la persona se puede conceptualizar como un ser responsable ". . . de su comportamiento social, pero inserta necesariamente en una determinada estructura cultural y social, llamada a la realización de su individualidad en un entorno social en gran medida previamente dado, y que en el entrelazamiento social debe configurar su vida con responsabilidad frente al prójimo . . .". ZIPF, Heinz, *"Introducción a la política criminal"*, Ed. de Rev. Privado, España, 1979, p. 40.

(7) No se puede considerar que la persona se apoya sólo en sí misma, ignorando el entorno social. Indudablemente, el desarrollo del individuo se realiza en la SOCIEDAD, produciéndose una acción recíproca con ella. Por otra parte, la Sociedad no tiene un valor propio separado de las personas, pero tampoco es superior a ellas. Ibid.

(8) Si el Derecho Penal pretende seguir siendo una garantía para la afirmación del Derecho, así como un límite del Estado frente al individuo, es necesario mantener el principio de responsabilidad del delincuente. Se trata de una realidad que se origina en nuestra conciencia social y moral. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, T.I., págs. 32—33.

(9) ZIPF, supra nota 6, p. 41.

(10) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *"Introducción al Derecho Penal"*, Parte General, Ed. Barcanova, España, 1981, p. 47—48.

una "última ratio" del Estado de derecho). En estas condiciones resulta evidente la necesidad de reducir al máximo la utilización del Derecho Penal. (Principio de intervención mínima) (11).

III. INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL: presupuesto indispensable para poder desarrollar la política criminal del subsistema judicial.

Es imposible conseguir que el Poder Judicial pueda impartir justicia y proporcionar seguridad jurídica, si no cuenta con una saludable independencia institucional. Esta independencia permite que el Juez, al dictar sentencia, sólo se encuentre sometido a la ley y no a instrucciones. Por otra parte, esta independencia es el presupuesto indispensable para desarrollar la política criminal del subsistema judicial (12). La independencia del Juez es cuestionada muy a menudo (13), pero a pesar de esas críticas, muy importantes por cierto, debe reconocerse que un PODER JUDICIAL que carezca de una indepencia jurídicamente garantizada, tiene una incapacidad absoluta para impartir justicia y realizar el principio de seguridad jurídica. La independencia en la administración de justicia también se expresa a través de su total desvinculación de los objetivos político-partidistas. La influencia política es uno de los mayores peligros con que se enfrenta el PODER JUDICIAL. En Costa Rica, el Poder Judicial también tiene independencia económica, ya que mediante una norma constitucional (14) se destina el 6 por ciento de los ingresos ordinarios del Presupuesto Nacional a los gastos que requiere la Administración de Justicia. La independencia del Poder Judicial adquiere plena vigencia al asegurársele, constitucionalmente, independencia-económica; de esta forma se elimina la posibilidad de que el PODER POLITICO pueda, a través de las necesidades presupuestarias de la Administración de Justicia, condicionar las decisiones de los jueces. La asignación de un porcentaje fijo del PRESUPUESTO NACIONAL para la Administración de Justicia, posiblemente no se ajusta a los principios que deben regir la administración económica del Estado, pero en las peculiares condiciones en las que se desenvuelve nuestro sistema político (15), resulta funcional e institucionalmente saludable.

En Costa Rica, de acuerdo con las normas que

(11) Ibid, págs. 48—49.

(12) El Poder Judicial sólo puede cumplir sus funciones si sus jueces son independientes. Independientes, significa que cuando el Juez adopta decisiones, sólo se encuentre sometido a la ley y no a instrucciones. OEHLER, Dietrich, *"La función del PODER JUDICIAL EN EL ESTADO DEMOCRATICO"*. Publicado en el libro dedicado al profesor LUIS JIMENEZ DE ASUA y que se titula: *"Problemas actuales de las CIENCIAS PENALES Y LA FILOSOFIA DE DERECHO"*, Ed. Pannedille, Argentina, 1970, p. 49.

(13) ". . . Muchas veces se ha objetado, que si bien el juez, personalmente es independiente, (. . .), materialmente no lo es, porque está ligado a las ideas y valoraciones de su clase. Así por ejemplo, no puede enfrentarse interiormente con muchas cuestiones de hecho, especialmente cuando se trata de asuntos políticos o del estado de necesidad producto de la indigencia de un pobre . . .". Sin embargo, Oehler rechaza estas críticas genéricas y superficiales, señalando que ". . .en Inglaterra, donde hasta hace pocos años los pares sólo podrían ser juzgados por un TRIBUNAL DE LA CAMARA DE LOS LORES, las sentencias eran tan severas como para cualquier otra persona. La larga cadena de estos procesos ingleses no muestran ni el más pequeño favoritismo para el acusado en razón de su clase. Estos reproches se apoyan en la idea de la lucha de clases. Por lo demás, se sobreentiende, que el JUEZ no es ningún autómata y que juzga o valora según las diversas ideas de su época. No tiene una postura neutral frente a todas las escalas de valores, sino que reconoce ciertas valorizaciones. Sobre todo, defiende hoy en día, nuestro ordenamiento fundamentalmente libre y democrático. Sin embargo, es un error creer que si el juez reconoce ciertas valorizaciones tendría, por lo tanto, que juzgar en forma parcial". Ibid, págs. 49—50.

(14) Por Ley No. 2345 del veinte de mayo de 1959, se reformó el artículo 177 de la Constitución Política, asignándosele al PODER JUDICIAL una suma no menor al seis por ciento de los ingresos ordinarios calculados para el año fiscal. El Lic. Evelio Ramírez Chaverri tuvo una decisiva intervención en esta reforma. COTO ALBAN, Fernando, *"En el Sesquicentenario de la Corte Superior de Justicia de Costa Rica"*, Rev. Judicial, No. 4, Costa Rica, 1977, p. 23.

(15) Sobre las peculiaridades de nuestro sistema político, que más bien pueden definirse como disfuncionalidades, el Lic. Eduardo Ortiz comenta que: ". . . El mecanismo de funcionamiento del poder, que queda descrito, suscita

se han comentado, el PODER JUDICIAL tiene la independencia que corresponde a un Estado de Derecho, sin embargo, esa independencia se podría definir aún más, si se hace una reforma en el sistema que se utiliza para seleccionar a los Magistrados que integran LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (16). De todas maneras, en cuanto a la posibilidad de que el subsistema judicial costarricense pueda desarrollar su política criminal, pueda afirmarse que su independencia le permite proyectar una política independiente (desvinculada de los intereses políticos) y adaptada a los objetivos fundamentales de la política criminal del Estado. Esta posibilidad que tiene el subsistema judicial no se realiza plenamente en la práctica, por dos razones esenciales: a) Dentro de los planes nacionales de desarrollo que se proyectan en Costa Rica, no se incluyen, ni se toman en cuenta, los principios de política criminal. Es decir, los planes de desarrollo no toman en cuenta los instrumentos con los que debe enfrentarse la criminalidad (17). b) La articulación de la política criminal que desarrolla el Poder Judicial, si es que así se le puede llamar, generalmente (18) no se vincula con la que desarrollan los otros poderes del Estado.

IV. LA INCIPIENTE POLITICA CRIMINAL DEL SUBSISTEMA JUDICIAL. ASPECTOS POSITIVOS.

A pesar de que en el PODER JUDICIAL no existe, tal como se ha expuesto, una verdadera política criminal, sin embargo, es posible señalar algunas medidas que indican la existencia de una política criminal incipiente. Sus aspectos más importantes, son los siguientes:

a) Se han establecido una serie de procedimientos que permiten controlar, hasta donde lo permiten las circunstancias, la actuación de los cuerpos policiales y de investigación (policía administrativa y del Organismo de Investigación Judicial), respecto de las personas que detienen durante la investigación de un hecho delictivo, ya que se han destacado funcionarios del Ministerio Público durante las horas de la noche y de la madrugada (de las dieciocho horas a las seis horas del día siguiente), para que velen por la legalidad en las actuaciones de la policía, (administrativa y el

---

inquietud por la efectividad del sistema democrático y de la división de poderes en COSTA RICA, ante la creciente presión e influencia del Presidente y de los partidos políticos en la Asamblea Legislativa. La maleabilidad del diputado se da en proporción directa de su calidad humana y política y ésta, a su vez, depende del sistema de selección de los miembros de la Asamblea, que aquí es muy defectuoso y lleno de corruptelas. En Costa Rica la representación del diputado es por la NACION y no hay mandato imperativo, pero la postulación es partidista y por PROVINCIA, lo que luce, de entrada, como una doble contradicción. (. . .). La realidad es que quienes (refiriéndose a la candidatura para diputado) verdaderamente seleccionan a los candidatos son o el jefe del partido y candidato a la Presidencia, o los cuadros directivos de aquel, y lo hacen tomando en cuenta, sobre todo, la sumisión y solidaridad del candidato, el dinero con que contribuirá, su voluntad y promesas de trabajo intenso en la campaña, etc., y muy pocas veces su madurez intelectual o política. (. . .). El carácter claramente empírico, personalista y antidemocrático del sistema, conduce finalmente a la estructuración de la Asamblea en dos grupos de diputados, que cada partido en la contienda sabe que provocará y mantendrá, pese a los resultados francamente indeseables: el grupo de diputados "maiceros" y el de los diputados "nacionales" . . . "Estas opiniones son muy discutibles, pero no dejan de ser importantes, ya que a pesar de que no se coincida con ellas, es innegable que en algunos aspectos son irrebatibles. ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *"Costa Rica: Estado Social de Derecho"*, Rev. de Cienc. Jurídicas, No. 29, 1976, págs. 80—81—82—83—84.

(16) Sobre esta reforma, el Lic. Ortiz Ortiz propone lo siguiente: ". . . Hemos propuesto, sin éxito alguno, la reforma del sistema de selección y nombramiento de nuestros Magistrados, no sobre la base de suprimir tal potestad a la Asamblea Legislativa —lo que ésta nunca permitiría, por el enorme poder que ello le da— sino por la limitación de esa potestad mediante ternas confeccionadas por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, el Colegio de Abogados y la Facultad de Derecho, todos con igual peso y representación; las ternas se sortearían de listas permanentes de elegibles, puestas al día anual o periódicamente". Ibid, nota 82 de la página 92.

(17) En la mayor parte de los países latinoamericanos, a pesar de las reiteradas recomendaciones de las Naciones Unidas, la delincuencia no es una problemática que se tome en cuenta al proyectar los plantes nacionales de desarrollo. MONTERO, Jorge, *"Problemas y necesidades de la Política Criminal en América Latina"*, —ILANUD—, Costa Rica, p. 9.

(18) Tanto la policía, como los tribunales, así como el sistema penitenciario, deben estar vinculados por algunas pautas generales comunes, ya que el conjunto de los sistemas de control social deben estar unidos e inspirados por un objetivo común. VERSELE, SEVERIN, Carlos, *"Conceptos fundamentales sobre planificación de la política criminal en América Latina*, —ILANUD—, Costa Rica, p. 15.

O.I.J.) y para que se respeten las garantías y derechos de quienes han sido detenidos a raíz de una denuncia o por una investigación relacionada con un hecho delictivo.

b) Trimestralmente, la Corte ordena a la oficina de Estadísticas que realice una investigación en todas las oficinas judiciales con el fin de determinar lo siguiente: a) El porcentaje de personas que se encuentran guardando prisión preventiva, sin haber sido juzgados (19). b) Número de personas que guardan prisión preventiva por un período mayor de nueve meses (20). Este contralor es muy importante, se pretende garantizar, hasta donde lo permiten las condiciones del sistema judicial, la dignidad del recluso y el principio de inocencia, puesto que se quiere evitar que la prisión preventiva se convierta en un procedimiento abusivo mediante el que se impone una sanción sin juicio previo (21). Este contralor ha surtido efecto, ya que los informes permiten analizar los casos más graves y acelerar los procedimientos, consiguiéndose resultados muy halagadores, ya que Costa Rica es uno de los países que tiene uno de los porcentajes más bajos de personas que se encuentran en prisión sin haber sido juzgadas (22).

c) Desde hace muchos años, el Poder Judicial venía propugnando la "judicialización" de las faltas y contravenciones. Este objetivo se logró con el nuevo CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES (que entró en vigencia en 1975), ya que en este código de juzgamiento de las faltas menores correspondía a los funcionarios judiciales, eliminándose la competencia que por muchos años tuvieron en esta materia los funcionarios del Poder Ejecutivo. (Agentes de Policía y la Guardia Rural del Ministerio de Gobernación). Esta reforma pretende evitar, hasta donde es posible, y tomando en cuenta las peculiaridades de nuestro sistema socio-político (23), que funcionarios del Poder Ejecutivo realicen una función estrictamente judicial. Se partió de la idea de que en un Estado de Derecho no se debe permitir que funcionarios del PODER EJECUTIVO, ejerzan funciones típicamente judiciales. ch) Uno de los aspectos más interesantes de la incipiente política criminal que desarrolla el subsistema judicial, se relaciona con los esfuerzos que se han hecho para mejorar la capacitación de sus funcionarios. En este sentido deben mencionarse la creación de un plan de becas para que los funcionarios judiciales puedan realizar estudios de postgrado. También se ha creado, recientemente, una Escuela Judicial, cuyos objetivos, indudablemente, también se orientan hacia una mejor capacitación de todos los servidores judiciales. Creo que no es necesario explicar la importancia que tiene para la ADMINISTRACION DE JUSTICIA, el contar con funcionarios que tengan una excelente capacitación (24).

---

(19) De acuerdo con el estudio que hizo el estadístico del PODER JUDICIAL, Lic. Solana Río, al 30 de setiembre del año 1982, los porcentajes de reos preventivos, eran los siguientes: a) En los Tribunales Superiores el porcentaje era de un 23,9 por ciento (227 internos). b) En los Juzgados de Instrucción el porcentaje era de un 49,5 por ciento (470 internos). c) En los Juzgados Penales se determinó que existía un 9,4 por ciento de reos preventivos. ch) En las Alcaldías Penales existía un 17,2 por ciento de internos sin haberse juzgado.

(20) Al treinta de setiembre del año pasado, se determinó que 63 personas habían sobrepasado los nueve meses de prisión preventiva.

(21) Sobre la prisión preventiva, el criminólogo alemán G. Kaiser afirma que el control social penal se manifiesta muy claramente en la imposición de la prisión preventiva, la cual recae, generalmente, sobre los que carecen de domicilio y medios económicos. La prisión preventiva puede influir, de manera significativa, en la medición de la pena. KAISER, Günther, supra nota 3, p. 190.

(22) Entre los países que pueden catalogarse dentro de un sistema penal continental-europeo, Costa Rica es el que tiene un menor número de presos sin condena 47,40 por ciento, y Paraguay el mayor número. (94,25 por ciento). De todas maneras, a pesar de que nuestro país tiene el porcentaje más bajo de internos preventivos, su nivel sigue siendo, indudablemente, significativamente algo. CARRANZA, E.; MORA MORA, Luis P.; HOUED VEGA, M., y ZAFFARONI, E.R. *"El preso sin condena en América Latina y el Caribe", ILANUD, Costa Rica, págs. 9—10.*

(23) En las condiciones actuales, las autoridades de policía del PODER EJECUTIVO no cuentan con recursos (humanos y materiales) suficientes como para poder juzgar las contravenciones con una eficiciencia aceptable. Nuestras autoridades de policía se eligen con criterio eminentemente político, de manera que cada cuatro años, especialmente si gana el PARTIDO de la oposición, se produce una renovación total de los cuatro que integran el MINISTERIO DE SEGURIDAD PUBLICA y el de GOBERNACION. Por otra parte, la formación profesional de la mayor parte de nuestras autoridades policiales, es muy limitada, ya que generalmente sólo se exige que hayan concluido el segundo ciclo de enseñanza, (bachillerato). Estas son algunas de las razones que justifican la "judicialización" de las faltas y contravenciones.

(24) Carnelutti menciona la ineludible necesidad de que el JUEZ tenga una buena preparación técnica, así como una definida cualidad de jurista, pero el famoso autor italiano menciona una concepción errónea que se tiene sobre el

V. ALGUNOS ASPECTOS NEGATIVOS DE LA POL. CRIMINAL DEL SUBSISTEMA JUDICIAL.

A pesar de todas las saludables medidas descritas anteriormente, que no siempre han alcanzado plena realización, pero que sí han significado un avance importante en el desarrollo de la ADMINISTRACION DE JUSTICIA, es inevitable señalar algunos de los defectos y limitaciones que se aprecian en la política criminal del subsistema judicial:

a) El Poder Judicial no ha podido desarrollar una política criminal sistemática. Una de las razones por las que este objetivo no se ha podido realizar, reside en el hecho de que en realidad el Estado, en especial el PODER EJECUTIVO, no desarrolla, plenamente, una política criminal (25). En este aspecto, son muy loables los esfuerzos de la Escuela Judicial, ya que ésta trata de dictar una serie de pautas, que en cierto sentido se acercan bastante a la política criminal, pero, desagraciadamente, sus disposiciones no son obligatorias.

b) Debe estimularse aún más la autocrítica de la función judicial. Es indispensable que dentro de la ADMINISTRACION DE JUSTICIA, guardando la prudencia que en cada caso es aconsejable, se estimule la crítica de los vicios y defectos que surgen dentro de la función judicial. Esta debe someterse a una revisión crítica que permita determinar con suficiente objetividad, el verdadero sentido y carácter del aparato estatal que administra justicia (26).

c) Siguiendo dentro de una línea crítica, es necesario que la política criminal del sistema judicial tome en cuenta la siguiente circunstancia. ". . . El "material humano" que procesa el aparato judicial proviene de la población masculina, de la gente joven y soltera, que vive principalmente de la práctica de oficios manuales, que llega acusada de haber cometido delitos de carácter patrimonial y que se recluta en los estratos más bajos y pobres . . ." (27). La cita transcrita no es una simple afirmación, sino que se trata de un hecho comprobado, puesto que su autor, el penalista Enrique Castillo, se fundamenta en datos reales, a los que les ha aplicado una metodología de investigación adecuada. Todos los que actúan en el sistema judicial penal, deben meditar sobre el hecho de que la "clientela" de los TRIBUNALES proviene de los estratos más pobres. Esta es una realidad que no puede ignorarse al ADMINISTRAR JUSTICIA y menos aún si se pretende proyectar una política criminal integral y sistemática. Indudablemente, tal como lo apunta Castillo Barrantes, las apreciaciones mencionadas son de orden macrosociológico, de manera que no pueden interpretarse como una crítica a los que ADMINISTRAN JUSTICIA, sin embargo, no puede olvidarse que de acuerdo con los datos aludidos, se puede ubicar estructuralmente a la justicia penal costarricense (28). La

---

juez penal. Sobre este aspecto afirma que: ". . . Conviene incluso reaccionar contra el prejuicio que domina entre los prácticos, según el cual el oficio de juez civil exigiría una mayor dosis de técnica jurídica que el del juez penal; desgraciadamente, *a este prejuicio no es raro que ceda también la práctica administrativa destinando a las secciones penales los jueces menos doctos y menos sutiles;* (. . .) pero este modo de pensar y de obrar no sirve para otra cosa que para rebajar el nivel de las discusiones y las decisiones penales, las cuales, sí requieren quizá más humanidad que las discusiones y las decisiones civiles, no presentan en absoluto dificultades menores en cuanto a las cuestiones de derecho que están implicadas en ellas; muy a menudo, en materia penal, tales cuestiones no se plantean, no tanto porque no existan cuanto porque no se saben plantear . . .". CARNELUTTI, F., *Lecciones sobre el Derecho Procesal Penal*", Ed. Jurídicas Europa-América—Chile, 1950, T.I., págs. 255—256. Las observaciones de Carnelutti son muy acertadas; ojalá que se eviten los conceptos erróneos que critica el famoso profesor italiano.

(25) Ver nota 17.

(26) Los jueces de hoy se deben cuestionar la función que realmente cumplen dentro de una estructura social concreta. Este cuestionamiento llevará, inevitablemente, a plantear lo que debiera ser una ADMINISTRACION DE JUSTICIA que efectivamente logre este objetivo. Esta radiografía sobre lo que es y lo que debiera ser, contribuirá a darle mayor independencia y dignificación al trabajo de los jueces, obteniéndose, por otra parte, una mayor confianza de la ciudadanía. DIAZ, Elías, *"Legalidad-Legitimidad en el Socialismo democrático"*, Ed. Civitas, España, 1978, p. 39. (Capítulo dedicado al JUEZ Y LA SOCIEDAD).

(27) CASTILLO, E., *"El funcionamiento de la administración justicia penal en Costa Rica"*, Rev. de Ciencias Jurídicas, No. 42, 1980, Costa Rica, p. 206.

(28) Ibid, p. 207.

definición estructural de la administración de justicia, es un presupuesto esencial de la política criminal que podría desarrollar el subsistema judicial.

ch) En muchas ocasiones, por muy diversas causas, entre ellas, la más importante, puede ser la crisis presupuestaria del Estado, el PODER JUDICIAL no toma en cuenta la posible saturación que en un futuro podría sufrir la administración de justicia penal. De acuerdo con el estudio de Castillo Barrantes, ya citado, es muy probable que en un futuro cercano, se pueda producir una escalada de los asuntos sometidos a su conocimiento (29). Este crecimiento ocasiona un grave perjuicio a la función que cumple el aparato judicial y puede anular todos los objetivos esenciales de la política criminal que proyecta el subsistema judicial.

d) Uno de los más graves problemas que se aprecian en el funcionamiento del aparato judicial, y que no se toma en cuenta al desarrollar su política criminal, es el que se refiere a los criterios que se utilizan para determinar la capacidad y eficiencia de los jueces. Tiende a predominar un criterio cuantitativo. Existe la tendencia a creer que un Juez es bueno, si tiene pocos expedientes en el DESPACHO, es decir, que es muy rápido para resolver. En nuestro sistema judicial tiene preponderancia el criterio cuantitativo al evaluar sus funcionarios. Es indudable que este parámetro es importante, pero lo es aún más un examen de los razonamientos que aplica el JUEZ al dictar los autos y sentencias. Además de la cantidad, debe examinarse la calidad. Desgraciadamente, este último aspecto se olvida en muchas ocasiones.

El predominio del criterio cuantitativo se hace ostensible en la INSTRUCCION, ya que gran cantidad de resoluciones, especialmente el auto de FALTA DE MERITO y las PRORROGAS EXTRAORDINARIAS, carecen de fundamentación. Los jueces están sometidos a la presión de los números, lo cual no es malo, pero creo que en muchos casos puede ser excesiva, de manera que con tal de cumplir con el procedimiento, se dictan muchas resoluciones sin contenido, carentes de fundamentación. En este sentido puede decirse, recordando una feliz frase de Calamandrei, que en la instrucción existe una innegable crisis de motivación (30). Este es un problema que debe ser examinado con mucha atención en un futuro, ya que no tiene una solución fácil, sin embargo, es indudable que no puede ignorarse el contenido de las resoluciones. Los funcionarios deben sentir, cosa que no ocurre actualmente, que también se examinan, sistemáticamente, los razonamientos que se tejen en sus resoluciones.

OBSERVACION FINAL:

A pesar de todo lo expuesto, sigo pensando, tal como lo expuse en la primera parte de este trabajo, que resulta muy discutible (teóricamente y prácticamente) la ubicación y proyección de una política criminal del subsistema judicial. Sin embargo, esta limitación no impide que algunas de las apreciaciones que se han hecho puedan servir para examinar con espíritu objetivo la Administración de Justicia penal (31). Las observaciones críticas que he hecho no tienen fácil solución, ya que muchos de los defectos que he mencionado, son de origen sociológico (especialmente el aspecto estructural) y no dependen de la voluntad de quienes dirigen el subsistema judicial.

---

(29) Ibid, p. 212.

(30) CALAMANDREI, P., *La Crisis de la motivación*", publicado en la obra titulada: *Proceso y Democracia*, Ed. Jurídicas Europa-América-Argentina, 1960, p. 115 y ss.

(31) Para Elías Neuman, la médula de la política criminal que podría desarrollar la ADMINISTRACION DE JUSTICIA PENAL no se circunscribe a la norma en sí misma, se requiere un PODER JUDICIAL que no sólo sea independiente, digno en su estructura y funcionamiento, sino que es necesario que todos sus funcionarios tengan una clara visión criminológica del problema penal. NEUMAN, Elías, "*Las penas de un penalista*", Ed. Lerner, Argentina, 1976, p. 80. Sobre este aspecto también ha insistido mucho el profesor Manuel López-Rey.

LA NOCION JURIDICA DE EMPRESA EN EL SISTEMA DE LA VIGENTE CODIFICACION MERCANTIL

Prof. Dr. Gastón Certad M.

CONTENIDO:

1. Importancia, en el derecho comercial contemporáneo, de la noción jurídica de empresa 44

2. Las empresas en nuestro Código de Comercio: empresas como actos de comercio y empresas como materia jurídica de comercio 45

3. Empresario y comerciante en el sistema de nuestro Código de Comercio 46

1. Importancia, en el derecho comercial contemporáneo, de la noción jurídica de empresa.

La noción jurídica de empresa ha adquirido trascendental importancia en el cuadro del derecho comercial vigente. Más bien, la noción de empresa comercial, que es una derivación puntual de la noción general de empresa, es el concepto fundamental que sirve de base al derecho comercial contemporáneo en algunos países del orbe.

En muchos países, como en Italia y en Honduras (solo para citar al país precursor y a uno del área centroamericana), el concepto de empresa comercial ha sustituido al de acto de comercio, institución esta última sobre la que descansa preponderantemente nuestro actual Código de Comercio, influenciado por la legislación napoleónica de 1808.

Pero si la noción particular de empresa comercial tiene relevancia para el presente sistema jurídico del derecho comercial de muchos países occidentales, la noción general de empresa (conjuntamente con otras nociones, específicas y distintas, como las de empresa agrícola o artesanal) extiende su esfera de acción a todos los sectores del moderno derecho económico, síntesis comprensiva, según la opinión dominante, de varias ramas del ordenamiento jurídico (del derecho agrario al derecho comercial; del derecho industrial al derecho de la navegación y al derecho individual y colectivo del trabajo).

Fue mérito histórico de Lorenzo MOSSA haber sido el primero en advertir, con gran intuición, la importancia que la noción jurídica de empresa (relegada por el Código de Comercio italiano de 1882 —hoy derogado— a algunas circunscritas y específicas categorías de actos de comercio (1)) estaba por asumir hasta llegar a conformar un nuevo sistema de derecho comercial. En 1923, en la conferencia de inauguración del año académico en la Universidad de Sassari, Mossa afirmó que el derecho comercial era ya el derecho de la empresa y que la noción descolorida y atomista del acto de comercio había perdido, y para siempre, concreto valor. Posteriormente este concepto fue repetido, desarrollado e ilustrado por el profesor Mossa en una memorable exposición sobre los problemas fundamentales del derecho comercial italiano desarrollada en la Universidad de Pisa en los albores del año 1926 (2).

Según la concepción impulsada por Mossa, el nuevo derecho comercial estaba llamado a regular a las empresas (comprendidas también aquellas actividades inherentes a la agricultura, que asumieran formas de organización análogas a las peculiares de las empresas individuales y comerciales) en sus relaciones con las otras empresas y en sus relaciones con el público que a ellas se dirige y en ellas confía. Como sistema correlativo al del derecho comercial, el nuevo derecho laboral debía, a su vez, regular las relaciones de la empresa con sus propios colaboradores; y así, mientras el nuevo derecho comercial se erigía en el derecho externo de las empresas, el derecho laboral se constituía en el derecho interno de las empresas. En este nuevo sistema de derecho comercial, así como la noción de empresa estaba destinada a sustituir a la de acto de comercio, la figura del empresario estaba preparada para desplazar a la del comerciante.

La teoría de Mossa no obtuvo, en un primer momento, mucha acogida por parte de los estudiosos del derecho comercial en Italia; a muchos les pareció un paradójico y anacrónico regreso —y a muchos siglos de distancia— al sistema comercial predominante en la Edad Media y abandonado después de la Revolución Francesa. Pero la evolución jurídica posterior convalidó y confirmó, más allá de toda expectativa, los originales planteamientos de Mossa.

En efecto; el proyecto preliminar de Código de Comercio italiano de 1940, el denominado Proyecto Asquini, hizo propias las ideas de Mossa y en su artículo 1 calificaba de comercial toda actividad organizada como empresa que tuviera por objeto: operaciones relativas a la producción de cosas o de servicios destinados al intercambio; operaciones relativas a la interposición en el intercambio de cosas muebles o inmuebles; operaciones bancarias; operaciones de aseguro; operaciones auxiliares a las enumeradas y operaciones dirigidas a la transformación y a la enajenación de productos agrícolas y ganaderos, que no formaran parte de la industria

---

(1) Véase al respecto el artículo 3, incisos 6 a 10, 13 y 21 de dicho cuerpo de leyes.

(2) CASANOVA, Mario, "Impresa (in generale)", en Novissimo Digesto Italiano, VIII, U.T.E.T., Torino, 1965, págs. 348 y sigs., pág. 351.

agrícola y ganadera y que dieran lugar a la organización de una empresa autónoma. Eran comerciantes, según el referido proyecto, las personas físicas que ejercieran una empresa comercial, las sociedades comerciales y las personas jurídicas privadas cuyo objeto fuera el ejercicio de una empresa comercial (3).

La exposición de motivos del proyecto afirmaba que se había abandonado el sistema fundado en los actos de comercio en la convicción de que, al no estar el acto aislado de intermediación integrado ni caracterizado por un elemento de organización, no se justificaba de ninguna manera la existencia de una ley especial.

Pero el proyecto en cuestión, publicado en 1940, no llegó a cristalizar. La razón que dio el Ministro Grandi, después de alabar el trabajo, fue la que los motivos que habían justificado históricamente un autónomo Código de Comercio debían considerarse ya superados, porque la característica de la profesionalidad, propia de la disciplina desde sus inicios, no era ya peculiar de esta rama jurídica, constituyéndose la empresa en la piedra angular, no sólo de las instituciones del comercio en sentido jurídico, sino también de las instituciones de la economía agrícola, tradicionalmente tratadas y reguladas por el derecho civil. De esto dedujo que la disciplina de la empresa no debía constituir, como se proponía en el proyecto Asquini, un ordenamiento especial de estricta aplicación al mundo comercialista, sino más bien uno de los pilares de la codificación civil general. Consecuentemente, la disciplina de la materia de la empresa y del empresario, así como la relativa a la empresa agrícola y a la empresa comercial —los dos tipos fundamentales de empresas— fue introducida en un libro especial del nuevo gran "Codice Civile" conjuntamente con los restantes libros, precedentemente predispuestos. Este libro que fue, y aún es, el quinto de los seis libros que integran el vigente "Codice Civile" italiano, asumió, en un proyecto preliminar, el nombre de "Libro de la empresa y del trabajo "y fue sustituido en la redacción definitiva, por la más simple y comprensiva denominación, que actualmente conserva, de "Libro del trabajo" (4).

El libro del trabajo regula, amén de las profesiones y del trabajo autónomo y subordinado, la materia de la empresa en general y de la empresa agrícola y comercial en particular; la organización social de las empresas, con la disciplina de las distintas formas sociales; las empresas cooperativas; los consorcios de empresas; y, por último, la hacienda en general, considerada como conjunto instrumental del que se vale el empresario de cualquier tipo para el ejercicio de la empresa (5).

2. Las empresas en nuestro Código de Comercio: empresas como actos de comercio y empresas como materia de comercio.

Nuestro actual Código de Comercio utiliza el sistema de considerar actos de comercio todos aquellos contemplados en su articulado (artículo 1, párrafo 1); este sistema es formalmente distinto al utilizado por el Código de Comercio francés de 1808, que taxativamente elenca los actos de comercio en sus artículos 3, 632 y 633, y al adoptado por el Código de Comercio italiano de 1882, que agrupaba, calificándolas como actos (objetivos) de comercio, una larga serie de operaciones económicas (artículo 3). Algunas de esas operaciones eran actos aislados, como la compra de mercaderías para revenderlas, pero otras eran más bien empresas: de suministro (inciso 6), de fábricas y de construcciones (inciso 7), manufactureras (inciso 8), de espectáculos públicos (inciso 9), editoriales, tipográficas y de librería (inciso 10), de transporte de personas o de cosas por tierra y por agua (inciso 13) y de comisiones, de agencia y de negocios (inciso 21) (6). Este característico grupo de actos de comercio, constituido por empresas, llamó la atención, en manera particularmente intensa, de algunos de los grandes comercialistas italianos de principios de este siglo como Bolaffio, Vivante,

---

(3) ASQUINI, Alberto, "Codice di commercio", en Enciclopedia del Diritto, VII, Giuffrè Editore, Milano, 1960, págs. 250 y sigs., págs. 252-4.

(4) NICOLO, Rosario, "Codice civile", en Enciclopedia del Diritto, VII, Giuffrè Editore, Milano, 1960, págs. 240 y sigs., págs. 245-9.

(5) Sobre la unificación del derecho privado en Italia, ver CERTAD M., Gastón, "La unificación del derecho privado en Italia", en Revista Judicial, No. 17, San José, set. 1980, págs. 15 y sigs.

(6) ASQUINI, A., op. cit., pág. 253.

Arcangeli, Carnelutti y sobre todo Alfredo Rocco.

Volviendo a nuestro Código de Comercio, se observa que sigue el criterio empresarial para distinguir la compraventa de bienes muebles con el ánimo de revenderlos en el mismo estado o después de elaborados (artículo 438, inciso 1); el transporte de personas, cosas o noticias (artículo 323) y la edición (artículo 582) (7). Tenemos entonces que, de conformidad con el artículo 1, las actividades (empresas) de compraventa de muebles citada, de transporte y de edición son actos de comercio (objetivos).

Es claro comprender que con las supracitadas actividades no se agota el vasto grupo de empresas, entendidas éstas, según conceptos propios de las disciplinas económicas, como todas las organizaciones productivas de bienes o de servicios, destinadas al mercado. La consecuencia lógica de esta observación es la de que la noción de empresa no tiene, en el sistema de nuestro Código de Comercio, relevancia jurídica más allá de los tres ejemplos citados (dos actividades industriales y una estrictamente comercial), a los fines de delimitar la materia de comercio, bajo el aspecto obietivo.

Esto no significa que más allá de los tres casos previstos, no existan empresas que entren en el ámbito de la esfera de acción del derecho comercial; significa más bien y simplemente que, en algunos otros sectores económicos (y parcialmente en los sectores industrial y comercial) el ejercicio de una actividad en forma de empresa no es presupuesto indispensable y no representa, entonces, un requisito esencial de la comercialidad jurídica. Caso típico y ejemplar es el de la actividad bancaria. Ciertamente, estas empresas recaen, todas y sin excepción —aludo a las empresas industriales y comerciales—, en el ámbito de la materia jurídica de comercio; pero, a diferencia de las hipótesis contempladas por nuestro Código, ellas no constituyen, como tales, actos de comercio. Por el contrario, ellas se resumen en una serie distinta de actos de comercio: los actos que conforman precisamente la respectiva actividad, operaciones que son actos de comercio aislados, no coligados a una actividad constante, fundada en una duradera organización empresarial.

Es ésta, una clara consecuencia del carácter no profesional y atomista de los sistemas objetivos de derecho comercial originados en la codificación mercantil napoleónica; sistemas en los que la materia jurídica de comercio se volatiliza en millares de operaciones ocasionales y accidentales.

Otras empresas, pertenecientes a otros sectores económicos, permanecen, por el contrario, fuera de la materia de comercio por estar constituidas de series de operaciones objetivamente privadas de comercialidad jurídica, tales como, por ejemplo, las empresas agrícolas puras y las empresas artesanales.

Estas líneas confirman que el sistema de derecho comercial costarricense se inclina ligeramente hacia el acto de comercio —tímido sistema objetivo—, porque las escasas veces en que el Código utiliza el criterio empresarial para distinguir y calificar como mercantiles actos relativamente tales (compraventa de muebles, transporte y edición), esas empresas son consideradas actos de comercio. Las restantes empresas o son materia jurídica de comercio y no actos de comercio (empresas industriales y comerciales) o no son ni lo uno ni lo otro (empresas agrícolas puras y artesanales) (8).

3. Empresario y comerciante en el sistema de nuestro Código de Comercio.

Llegados a este punto, nos queda examinar si, en el sistema de nuestro Código de Comercio, la

---

(7) MORA, Fernando, "Introducción al estudio del derecho comercial. Teoría de la empresa en el derecho comercial costarricense", Editorial Juricentro, San José, 1982, págs. 22-30 y "El sistema del derecho comercial costarricense", en Revista Judicial, No. 21, San José, set. 1981, págs. 27 y sigs., págs. 31-36, considera que nuestro Código también sigue la teoría de la empresa al acoger la empresa individual de responsabilidad limitada, al regular las sociedades comerciales por la forma, al acoger las sociedades de capital unimembres y en tema de auxiliares mercantiles, lo que comentaremos más adelante.

(8) En contra de este criterio se manifiesta MORA, Fernando (en las dos obras citadas en la nota anterior). En cuanto a los restantes ejemplos que el Dr. Mora cita como indicativos de que nuestro Código de Comercio sigue tendencialmente la teoría de la empresa, la argumentación es decididamente otra: en cuanto a la empresa individual de responsabilidad limitada y los auxiliares del comercio, el haberlos incluido en el Libro I, de los comerciantes, y no en el II, de las obligaciones y contratos (como corresponde en un sistema objetivo) —y lo mismo podría decirse en cuanto a las sociedades mercantiles— denota, pura y simplemente, que nuestro legislador se guió por un criterio eminentemente subjetivo, ya manifiesto en los artículos 1, 6 y 439 del mismo Código. Hemos de reconocer, sin embargo, que la inclusión de la E.I.R.L. en nuestro Código, sí es clara manifestación (la única, dicho sea de paso, con semejante claridad) de un sistema empresarial. Ahora bien, note el paciente lector, como dato curioso, que el Código de la empresa, como se le ha dado en llamar al Código Civil italiano del '42, ¡no regula la E.I.R.L.! En

noción de empresa, y la correlativa de empresario, tienen alguna relevancia a los fines de determinar la figura subjetiva del comerciante desde el punto de vista estrictamente jurídico.

Como es notorio, el sistema de derecho comercial vigente en nuestro ordenamiento jurídico, no es un sistema puramente objetivo, sino, más bien y en estricto rigor, un sistema casi mixto —arriba lo calificamos de ligeramente objetivo en la medida en que, según nuestra opinión, en él prevalece levemente la objetividad sobre la subjetividad— en un doble aspecto: objetivo y subjetivo (profesional), pues el sistema en realidad se centra, simultáneamente, en la noción (objetiva) de acto de comercio y en la (subjetiva) de comerciante.

Son considerados comerciantes, en sentido jurídico, con fundamento en el artículo 5 del Código de repetida cita, las personas físicas con capacidad jurídica que ejerzan en nombre propio actos (objetivos) de comercio profesionalmente; la empresa individual de responsabilidad limitada; las sociedades mercantiles constituidas de conformidad con el Código; las sociedades extranjeras, y sus sucursales y agencias, que ejerzan actos (objetivos) de comercio en el país, sólo cuando actúen como distribuidores de los productos fabricados por su compañía en Costa Rica; y las sociedades centroamericanas que ejerzan el comercio en Costa Rica.

La noción jurídica de comerciante persona física y las de las sociedades extranjeras y centroamericanas se presentan, de tal guisa, como una puntual derivación, en el plano subjetivo, de la noción objetiva de acto de comercio. Pero esta noción opera a su vez, una ampliación de la materia de comercio, dando lugar a una última categoría de actos de comercio (los llamados actos subjetivos de comercio), en atención al precepto según el cual los contratos entre comerciantes se presumen actos de comercio, salvo prueba en contrario (artículos 1, párrafo 1 y 439 del C. de C.).

Así, mientras muchas normas especiales del derecho comercial se aplican a los actos de comercio quienquiera que los realice —y, por lo tanto, prescindiendo de cualquier ejercicio profesional—, otras complejas e importantísimas instituciones jurídicas, desde la contabilidad y la correspondencia al completo derecho de quiebras, reguladas, respectivamente, en los Libros I y IV del Código de Comercio, presuponen, por el contrario, la existencia de un comerciante en sentido jurídico.

Es este el aspecto subjetivo del sistema de derecho comercial imperante bajo el régimen de nuestro actual Código.

Pero ¿qué relación se produce entre la noción de empresa y empresario con la de comerciante en nuestro sistema jurídico mercantil?

Más precisamente: ¿los comerciantes son también empresarios? Y los sujetos que ejercen una actividad empresarial, que consista en operaciones calificadas por la ley como actos de comercio, ¿son, también y necesariamente, comerciantes en sentido jurídico?

A la segunda de estas interrogantes creemos nosotros que debe dársele una respuesta afirmativa en la mayoría de los casos y negativa en otros.

Los comerciantes personas físicas y las sociedades extranjeras y centroamericanas, en sentido jurídico, son todos, y sin excepción alguna, empresarios, porque no consideramos posible ni concebible un ejercicio habitual (y profesional) de actos (objetivos) de comercio (artículos 5, incisos a, d y e), sin una organización de los factores de la producción —sean estos capitales o trabajo ajeno— que se constituya en una empresa, en sentido económico.

Distinta es la respuesta respecto a las sociedades mercantiles constituidas de conformidad con el Código y a la empresa individual de responsabilidad limitada, pues éstas son comerciantes independientemente de su objeto (artículo 5 incisos b y c, 10 inciso 3 y 18 inciso 5). Nótese que no se exige que su actividad sea, para adquirir la cualidad de comerciante, sólo y necesariamente el cumplimiento de uno o más actos (objetivos) de comercio (9).

---

cuanto a las sociedades comerciales, disentimos del Dr. Mora (y no es esta la sede para discutirlo) de que nuestro Código hubiere seguido a su respecto un sistema formal; y aunque admitiéramos, con el ánimo de argüir únicamente, la validez y exactitud de semejante observación, la consideramos irrelevante a los efectos de esta discusión: no creemos que un sistema formal en sociedades mercantiles sea aplicación estricta de la teoría de la empresa; nos respalda el hecho de que el llamado Código de la empresa, arriba citado, sigue a propósito de sociedades, ¡precisamente un sistema sustancial y no uno formal! En cuanto a la admisión de las sociedades de capital unimembres —y aquí debemos ser claros en reconocer que el artículo 202 del C. de C. sólo alude a la sociedad anónima, de donde la extensión analógica de ese principio a la sociedad de responsabilidad limitada puede ser discutible—, tampoco creemos que sea exclusivo de una teoría de la empresa, pues esta figura está contemplada en códigos que no siguen precisamente ese sistema, como el alemán de 1897.

(9) Requisito que sí se encontraba en el derogado Código de Comercio italiano de 1882 (artículo 76, primer párrafo).

Negativa consideramos debe ser la respuesta a la última pregunta en relación al sistema de derecho comercial costarricense, pues comerciantes en este sistema sólo pueden ser o las personas físicas que reúnan las condiciones enumeradas en el artículo 5 inciso a o las personas jurídicas individuales (E.I.R.L.) o colectivas (sociedades comerciales nacionales, extranjeras o centroamericanas), esencialmente sujetos titulares de empresas privadas. No creemos que en Costa Rica puedan ser considerados nunca como comerciantes, los entes de derecho público y así, no son comerciantes, ni pueden serlo de acuerdo al sistema, los bancos del Sistema Bancario Nacional ni el Instituto Nacional de Seguros, aunque ejerzan una actividad organizada como empresa, en un sector jurídicamente comercial y sean considerados como empresarios en el campo jurídico. Todo esto aparte del hecho de que, al ser taxativa la enumeración del artículo 5 del Código de Comercio, no admite otras hipótesis que las allí previstas. La conclusión es la de que, los citados entes, son empresarios en el campo comercial, pero no comerciantes.

Resumiendo, concluyendo y dando en consecuencia respuesta a la primera interrogante planteada, en el sistema de nuestro Código de Comercio, los comerciantes, en sentido jurídico, considerados en los incisos a, d y e del artículo 5 del Código, son, sin excepción, empresarios —mientras que son sólo comerciantes y no necesariamente empresarios los contemplados en los incisos b y c de la norma citada—, pero no todos los sujetos que ejercen una empresa son, por ese mismo hecho, comerciantes: no lo son los entes públicos, los institutos de beneficencia, bancarios, de aseguro, de utilidad pública y similares, aunque ejerzan empresas jurídicamente comerciales. Tampoco son comerciantes, los empresarios que operan en campos económicos ajenos a la materia jurídica de comercio, como los empresarios agrícolas puros y los artesanos.

* * *

LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR

Dra. Stella Bresciani Quirós
Alcaldesa de Coronado y Moravia

INDICE

Capítulo Primero
LA INDIVIDUACION DEL PROBLEMA. 74

Capítulo Segundo
LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR Y LA TUTELA DEL CONSUMIDOR. 76
1. Preámbulo 76
2. Orientaciones jurisprudenciales 77
3. Análisis de la disciplina del Código 77
4. Extractos traídos de la comparación con experiencias extranjeras 78

Capítulo Tercero
LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA CIRCULACION DE PRODUCTOS 79
1. Responsabilidad del productor (doctrina alemana) 79
2. Hipótesis que en la circulación concurran varios productores 79
3. La responsabilidad del intermediario 80
4. El consumidor 80
5. Otros sujetos legitimados a actuar. 80

Capítulo Cuarto
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN RELACION CON LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR: EN PARTICULAR LA GARANTIA POR VICIOS EN LA COMPRAVENTA 81

Capítulo Quinto
LA RESPONSABILIDAD POR CULPA: EN PARTICULAR EL PROBLEMA DE LA PRUEBA DEL ART. 2043 C.C. 81

Capítulo Sexto
LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA COMO SOLUCION MAS ADECUADA A LOS PROBLEMAS CONSIDERADOS EN EL PRESENTE TRABAJO. 82

BIBLIOGRAFIA. 84

Apéndice
ARTICULOS DEL CODIGO CIVIL ITALIANO DE UTILIDAD PARA LA COMPRENSION DEL TEMA EN EXAMEN, Y SU CORRESPONDIENTE UBICACION DENTRO DE DICHO CUERPO DE LEYES. 85

NOTA INTRODUCTIVA:

El presente trabajo se ha hecho a la luz de la legislación, doctrina y jurisprudencia italiana, por consiguiente la jurisprudencia citada es de las Cortes italianas, y los artículos del cuerpo de leyes citado, corresponden al Código Civil italiano. En algunos puntos se han analizado también otros ordenamientos extranjeros.

La Autora.

CAPITULO PRIMERO

LA INDIVIDUACION DEL PROBLEMA

La difusión en el mercado de productos defectuosos, potencialmente idóneos a provocar daños a los consumidores, crea en cada ordenamiento de la sociedad moderna delicados problemas jurídicos que, a menudo se agravan por la falta de una normativa adecuada para regular los problemas de tutela del perjudicado con la circulación de productos dañinos.

La preocupación actual de parte de doctrina y jurisprudencia es ofrecer a las víctimas de un producto defectuoso un más amplio y seguro resarcimiento y operar una racional distribución del riesgo entre los sujetos de la cadena distributiva.

La evolución de los principios de responsabilidad del productor hoy ha tomado una dirección de una más amplia tutela al consumidor perjudicado, de frente a la empresa productora, que todavía cuenta con normas que en las diversas legislaciones aluden a soluciones más favorables al fabricante.

La responsabilidad del productor, ha sido afirmada por gran parte de la doctrina, como una responsabilidad de naturaleza objetiva (1) como sistema que puede satisfacer mejor la exigencia del resarcimiento de los utentes víctimas de defectos en los productos y se han señalado los sistemas de responsabilidad acquiliana y de responsabilidad contractual como ya superados (2).

Se puede afirmar que en el estado de la reali-

---

(1) Ver: POSNER. Strict Liability A. Comment, in Leg. Studies 1972, págs. 205 ss. (Cit. en ALPA E BESSONE. DANNO DA PRODOTTI E RESPONSABILITA DELL'IMPRESA. Milano 1980, pág. 95) el cual sostiene que los criterios de responsabilidad objetiva presentan indudables ventajas para el consumidor perjudicado y también para la empresa que asume los riesgos conexos a la difusión de productos defectuosos. Ver también BESSONE cuya opinión es citada en ALPA E BESSONE. LA RESPONSABILITA DEL PRODUTTORE. Milano 1980, pág. 129; y el cual observa que parece oportuno propio porque la empresa puede recurrir al instrumento asegurador, hacer recaer en el productor todo el riesgo atinente al ejercicio de la actividad, puesto que es bien difícil confiar a las reglas de responsabilidad civil una función de "deterrence" que ellas ya han perdido. En realidad, no hay razones para delimitar un riesgo, que imputado a la empresa sobre la base de criterios objetivos, la empresa misma puede después transferir a los consociados, a través de operaciones de distribución de las pérdidas y asunción de riesgos, facilitados por el recurso al instrumento asegurador.

(2) El BESSONE sostiene que "ya circunscrita en el sistema jurídico de la venta, la tutela del consumidor parece aún más reducida si las cuestiones de responsabilidad de la empresa se examinan fuera de la disciplina de los contratos". Y continúa: "En materia extracontractual las normas que a primera vista se pueden evocar se revelan desprovistas de cualquier valor operativo" (arts. 2050, 2051, 2054 c.c.). Sostiene que solo la cláusula general de responsabilidad codificada en el artículo 2043 parece poderse aplicar a las "fattispecie" de daño al consumidor, pero debiendo el perjudicado ofrecer la prueba de la culpa de la empresa, e ignorando la mayoría de las veces las técnicas de fabricación y de distribución, resulta muy difícil ofrecer dicha prueba y por consiguiente: "La circulación de productos dañinos parece por eso comportar un riesgo que recae en el público sin posibilidad alguna de transferirlo a los sujetos que con su actividad ese mismo riesgo han creado". ALPA E BESSONE. Ult. op. cit., págs. 20-21.

dad económica y social de nuestros tiempos, las disposiciones normativas en tema de responsabilidad civil y en particular de aquellas normas que podrían eventualmente aplicarse al productor, ya no resultan adecuadas a resolver los diversos problemas relativos a la responsabilidad del productor, por los daños causados por los productos por él fabricados y puestos en el comercio; conclusión ésta a la que se puede llegar después de examinar las diferentes dificultades en que se ha encontrado doctrina y jurisprudencia al afrontar los problemas derivantes de la producción y distribución industrial de masa, de frente a una disciplina prevista para una época resaliente, que ya no resulta adecuada "a los complejos fenómenos del 'consumo' que, en los sistemas capitalistas, requieren normas tendientes a realizar un delicado compromiso entre tutela del público e intereses de la empresa, protección de los valores de la salud y de la integridad física y de los valores de libertad de la iniciativa económica privada" (3).

En el ámbito de los problemas que pueden ser observados a propósito de la circulación de los vehículos a motor, está también el referente a la responsabilidad civil que puede derivar de vicios de construcción del vehículo. Como en todo el ámbito de la responsabilidad civil que en los últimos tiempos se tiende por una más amplia tutela al consumidor, en este campo el principal problema es el de garantizar tanto al adquirente de un vehículo defectuoso, como a la víctima de un incidente automovilístico provocado por un vicio de construcción del vehículo mismo.

El Código Civil italiano en el artículo 2054 prevé que los responsables de resarcir a las víctimas de los incidentes automovilísticos son el conductor, si no prueba de haber hecho todo lo posible por evitar el daño; y también el propietario o en su vez el usufructuario o el adquirente con pacto de reservado dominio, solidalmente con el conductor, si no prueba que la circulación ocurrió contra su voluntad.

En el último párrafo del artículo 2054 está previsto que no es admitida prueba liberatoria cuando el daño es derivado de vicios de construcción. Es esta una verdadera hipótesis de responsabilidad objetiva.

Pero para precisar el responsable de un defecto de construcción, aunque el Código prevea como responsables los sujetos indicados, tanto doctrina como jurisprudencia recientes afirman "la oportunidad de reconocer la responsabilidad objetiva del productor por los daños derivados de vicios de construcción" (4). "Las finalidades que el legislador quería realizar con tal norma, que en vía excepcional codifica una hipótesis de auténtica responsabilidad objetiva, teniendo en cualquier caso (y por consiguiente sin alguna concesión de prueba liberatoria) como responsables a los sujetos indicados, se hubieran en efecto perseguido mejor si se hubiera dispuesto inmediatamente la responsabilidad del fabricante, en lugar de obligar a los usuarios del vehículo a resarcir los daños a terceros y sucesivamente dirigirse a quien de aquellos daños era el directo responsable por no haber construido perfectamente el vehículo" (5).

Se sostiene, por consiguiente, que es necesaria una reforma legislativa en modo de adoptar normas AD HOC que comprendan en el modo más amplio y preciso posible, los problemas de la responsabilidad del productor derivantes de la puesta en circulación de productos defectuosos.

La solución de IURE CONDENDO sin embargo, no quita las posibilidades —como se tratará de poner en luz en la presente investigación— de encontrar, en sede interpretativa, soluciones intermedias en grado de ser más acordes con exigencias de justicia inmediata. Se tratará siempre de soluciones intermedias de por sí inidóneas, por consiguiente, para una sistematización orgánica de la materia.

De la anterior óptima consideración desciende que la perspectiva del presente trabajo se circunscribe a dos órdenes de problemas: el primero atinente a la exigencia de una reforma legislativa; el segundo por el contrario, referido a la actual disciplina considerada en sus límites y en sus posibles interpretaciones evolutivas.

---

(3) ALPA E BESSONE. Ult. op. cit., pág. 2.

(4) IRTI. DIZIONARIO DEL DIRITTO PRIVATO. (Milano 1980) Responsabilità Civile Automovilistica. María Cristina Giancola Michele Tamponi, pág. 712.

(5) ALPA E BESSONE. DANNO DA PRODOTTI E RESPONSABILITA DELL'IMPRESA. (Milano 1980) págs. 18—19.

CAPITULO SEGUNDO

LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR Y LA TUTELA DEL CONSUMIDOR

1. PREAMBULO.

La difusión de daños provocados por productos defectuosos, crea hoy en todo ordenamiento grandes problemas por el desacuerdo existente entre las normas vigentes y la realidad económica y social que ahora vivimos.

Son los consumidores, víctimas de la difusión de productos dañinos, quienes no logran encontrar una adecuada tutela legislativa que pueda ofrecer un amplio y seguro resarcimiento.

No obstante lo anterior, se ha encontrado algún cambio de dirección en algunas experiencias, tanto de parte de doctrina como de jurisprudencia, y se puede decir que en Italia una más favorable tutela al consumidor está en vía de afirmación.

No es una tarea simple definir hasta qué punto es responsable el productor, debiendo tenerse cuenta de numerosos factores, de la naturaleza de la responsabilidad, de la dinámica del evento, del concurso de la causa, de la existencia de relaciones contractuales entre los sujetos interesados y en fin de la naturaleza de los intereses mismos.

Al respecto se ha observado de parte de notable doctrina, que conviene tener como responsable al sujeto que pueda absorver el daño con el menor agravio posible para la sociedad, atribuyendo la responsabilidad del daño a quien se encuentre en la posición más idónea para distribuirlo ampliamente dentro de una clase más o menos vasta de personas (6).

De todas formas fundamento de la responsabilidad es el daño que viene causado por un producto defectuoso, y la responsabilidad tiene nexo exclusivamente con el riesgo particular que presenta un producto defectuoso y siempre que se trate de un uso regular, no tienen relevancia las modalidades con las cuales este uso ha sido obtenido (7).

El Profesor Ugo Carnevali llega a la conclusión que: "El productor queda, al menos por regla general, como el sujeto que puede evaluar menor el riesgo y por consiguiente que está mejor que otros en grado de adoptar medidas de seguridad en la producción, con el fin de reducir el número y la gravedad de los eventos dañinos" (8).

Por consiguiente, conviene imponer al productor, con el instrumento de la responsabilidad, la adopción de rigurosas técnicas de seguridad, en modo de reducir los riesgos relacionados con la circulación de productos defectuosos.

La responsabilidad del productor tiene como objeto presionar para evitar la fabricación de productos defectuosos, con tal fin se deben adoptar las mejores técnicas productivas con la consiguiente reducción del riesgo inherente al uso de los productos industriales.

Se ha observado que, si la responsabilidad viene atribuida a los productores, su costo se reflejará en el precio de venta de los productos mismos y en consecuencia será en sustancia a cargo de los consumidores; pero si la responsabilidad de los productores viene negada se ha agregado, el resultado será siempre el mismo, en cuanto los consumidores como grupo soportan el daño (9).

Se sostiene que estos no son argumentos para negar una responsabilidad del productor, porque él de todos modos es el sujeto que puede evaluar mejor las técnicas para reducir los daños, aunque exista un leve aumento en el precio de los productos, porque esto en definitiva va en beneficio del consumidor, lográndose una mejor tutela y un seguro resarcimiento.

---

(6) Sobre este argumento CALABRESI. The Cost of Accidents (New Haven and London, 1970) págs. 9 ss. (Cit. en CARNEVALI UGO. La Responsabilità del produttore. Milano 1980, pág. 49).

(7) Ejemplo, el caso de la doméstica que usa a escondidas un cosmético de la patrona y le causa una alergia, también ella puede accionar contra el fabricante, si por ser el producto defectuoso ha sufrido un daño.

(8) CARNEVALI UGO. Op. cit., pág. 56.

(9) BLUM and KALVEN. Public Law Perspectives on a Private Law Problem Auto Compensation Plans (Boston, Toronto 1965) págs. 58-59. (Cit. en CARNEVALI UGO, op. cit., pág. 53).

2. ORIENTACIONES JURISPRUDENCIALES.

En Italia un primer orientamiento jurisprudencial que enfrenta el problema de la responsabilidad del productor por la circulación de productos defectuosos, excluye que el consumidor pueda obtener de la empresa el resarcimiento de los daños sufridos. Algunos casos se fundan en la aplicación del artículo 2043 c.c. (10) y en la interpretación literal del artículo 2054 en casos de circulación de vehículos defectuosos, excluyendo la responsabilidad de la empresa constructora (14).

Más recientemente, la jurisprudencia ha reconocido al consumidor el derecho a obtener el resarcimiento del daño directamente de la empresa. Así en el caso del daño sentido por el consumidor de galletas averiadas que haya sufrido, por el consumo, un daño a la salud (12). También en el caso de un niño que jugando con una pistola se había provocado quemaduras, se admitió el resarcimiento por el daño sufrido (13).

Es de todas formas un hecho que doctrina y jurisprudencia prevalecientes, aplican los artículos 2043 ss. c.c. a la problemática de la responsabilidad del productor, que codifican el sistema de responsabilidad extracontractual, pero cuando las relaciones entre los sujetos tienen naturaleza contractual, se recurre por regla general a las normas en materia de compraventa, art. 1490 ss. c.c., que circunscriben la garantía del detallante en un modo que excluye la protección del comprador en todos los casos de daño provocado por bienes de consumo sustraídos al control de los intermediarios, presentándose de este modo una escasa tutela a los sujetos dañados por productos defectuosos.

3. ANALISIS DE LA DISCIPLINA DEL CODIGO.

Las normas que disciplinan la compraventa, que resulta todavía modelada en el mercado artesanal en que fabricante y vendedor se identifican, ya no resultan adecuadas a los problemas puestos por la producción industrial y el consumo de masa, y resultan por consiguiente, desfavorables a los intereses de los consumidores.

Ni siquiera las normas dictadas en tema de responsabilidad acquiliana nos ayudan a obtener resultados mejores. Aparte del principio general de resarcimiento por hecho ilícito, previsto en el artículo 2043 c.c. (14) que parece poder aplicarse en materia de responsabilidad del productor (15)

---

(10) Corte de Apelo de Cagliari, 27 de junio 1958, (cit. en ALPA E BESSONE. La Responsabilità del produttore. Milano 1980, págs. 23—24). Se trata de una controversia surgida entre un revendedor de bebidas gaseosas, que lamentaba haber sufrido daños por haber puesto en venta bebidas por él fabricadas con ácido carbónico averiado, y la empresa que le había proveído el ácido carbónico. Y se declara infundada la demanda, motivando los jueces que la fabricación de mercaderías en modo defectuoso, a menos que eso se produzca con violación de normas puestas en defensa de un interés general, o bien ocasione la lesión de un derecho absoluto, no puede constituir fuente de responsabilidad extracontractual. En el caso en examen los jueces encuentran solamente la existencia de un daño "de carácter exclusivamente patrimonial (pérdida del producto, desviación de la clientela) y no sostiene que la defectuosa fabricación del ácido carbónico hubiera constituido violación de las normas penales puestas a tutela de la salud pública, que en este caso está excluida, habiendo el consultor declarado no comestibles y de todas formas no comerciales, las bebidas simplemente por "la anormalidad del olor".

(11) Casación 15 de julio 1960 No. 1929, (Cit. en ALPA E BESSONE, ult. op. cit., pág. 24) que excluye la responsabilidad del productor sosteniendo, que el legislador, estableciendo una presunción absoluta de responsabilidad del propietario y del conductor en la hipótesis de daño provocado por vicio de construcción, ha eliminado cualquier eficacia al nexo de causalidad material entre la conducta del constructor hacia el tercero perjudicado, ha puesto una excepción a la regla general con el objeto de facilitar la acción resarcitoria.

(12) Casación 25 mayo 1964 No. 1270 en Foro 1965 (Cit. en ALPA E BESSONE, ult. op. cit., págs. 26—28). En el caso en especie dos cónyuges habían consumido productos contenidos en una confección sellada. Las galletas les provocaron una enterocolitis con fiebre. Citados a juicio sea el detallante como el productor, la Casación condenó solamente al segundo, sosteniendo que la confección sellada hubiera de todas formas impedido una manipulación de parte de terceros (y por consiguiente también de parte del vendedor), mientras el estar las galletas averiadas, debía hacerse recaer a culpa del productor a través de un proceso "lógico-presuntivo". La culpa de la empresa no es demostrada pero viene presunta, superando así el dictado del artículo 2043 con el fin de tutelar al consumidor.

(13) Casación 21 octubre 1957 No. 4004 en Foro 1958 (Cit. en ALPA E BESSONE ult. op. cit., págs. 28—31). La responsabilidad del productor en este caso fue afirmada por el hecho que él no había adoptado todas las medidas posibles para evitar daños a los usuarios y en el hecho que, dada la tierna edad de los consumidores, él debería haber previsto que se hiciera un uso errado del producto.

(14) CODIGO CIVIL ITALIANO. Art. 2043 "Resarcimiento por hecho ilícito" "Cualquier hecho doloso o culposo, que ocasione a otros un daño injusto (c. p. 635—640) obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño (2947 c. p. 1852—198)" pág. 313.

(15) Ver nota No. 28.

no parece que existan otras normas destinadas a disciplinar los problemas en examen. El artículo 2050 c.c. que regula la "Responsabilidad por el ejercicio de actividad peligrosa" y se está fuera del ámbito de la producción de bienes industriales (16), y si se sostiene que la presunción de culpa sancionada por el Art. 2050 c.c., se refiere al daño producido en el desenvolvimiento de la actividad, se puede afirmar en contrario, que en relación a los productos defectuosos sobresale la autónoma peligrosidad.

También el artículo 2054 último párrafo c.c. que prevé una hipótesis de responsabilidad objetiva del propietario y el conductor por los daños derivados de vicios de construcción del vehículo, y parece así querer hacer recaer en ellos el riesgo del producto defectuoso, excluyendo al contrario cualquier responsabilidad del constructor. Pero la doctrina más reciente ha afirmado la oportunidad de reconocer la responsabilidad objetiva del productor por los daños provocados por vicios de construcción "es fácil encontrar en la fabricación de un vehículo defectuoso un hecho culposo de los dependientes, del cual el constructor responde a título de responsabilidad sin culpa al tenor del artículo 2049 c.c." (17).

Por consiguiente, para obviar la laguna legislativa existente en materia de responsabilidad del productor, se ha intentado ofrecer una mayor tutela a los perjudicados imponiendo medidas de control sobre la actividad imprenditorial "Controlar la empresa, por lo tanto, significa ponerle ciertos límites; en la medida en que el control es más acentuado, en esa misma medida se presume que mayor será la tutela de los perjudicados" (18). Desde este punto de vista viene puesto en evidencia un singular enlace entre controles administrativos —delegados a los órganos del Estado— y régimen de la responsabilidad del productor. De modo que el converger de instrumentos termina por tutelar mejor las exigencias del consumidor.

4. APUNTES OBTENIDOS DE LA COMPARACION CON EXPERIENCIAS EXTRANJERAS.

En los Estados Unidos recientemente ha sido publicado un proyecto de disciplinas uniforme de la responsabilidad del productor (19) teniendo como finalidad principal la del resarcimiento de los daños por parte del productor, pero solo si se ha acertado su responsabilidad. Y en efecto es indispensable la real existencia de una condición defectuosa del producto y su responsabilidad al fabricante del mismo, y como afirma Carnevale: "De otra forma la responsabilidad del productor terminaría con transformarse en una especie de seguro social de los consumidores por cualquier riesgo inherente al uso de los bienes mismos" (20).

Los objetivos fundamentales que el proyecto pretende perseguir son indicados en el preámbulo, donde se subraya que junto al criterio de balancear en modo adecuado los intereses opuestos de consumidores y productores se ha intentado: "a) individuar las técnicas de seguridad de la responsabilidad, en modo de inducir a los productores a componer un diseño del producto racionalmente seguro y a introducir reglas de control de la cualidad de la mercadería; b) asegurar que las víctimas de un producto irracionalmente peligroso reciban resarcimiento por el daño sufrido; c) hacer recaer el riesgo en el sujeto o en los sujetos que puedan prevenirlo más fácilmente; d) hacer más breve el término de tiempo que corre entre el momento del evento y el momento en que el daño es reparado; e) reducir los costos de los incidentes, los costos de prevención, los costos de transacción. . . f) prever formas de resarcimiento verdaderamente funcionales" (21).

---

(16) CARNEVALI UGO. Op. cit. Observa este autor sobre este problema: "aquí la peligrosidad no es ciertamente un connotado de la actividad productiva, lo es sobre todo de cada producto defectuoso".

(17) IRTI. Op. cit., pág. 712.

(18) ALPA E BESSONE. Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa. Diritto italiano ed esperienze straniere (Milano 1980) pag. 14.

(19) Commerce Department Draft Uniform Product Liability Law 44 FR 2996, 12 enero 1979, en Product Safety Liability Reporter 1979, págs. 46 ss. (Cit. en ALPA, Rivista della circolazione dei trasporti. "Un proggetto di legge uniforme sulla responsabilità del produttore nel Diritto nord-americano" pág. 467).

(20) CARNEVALI. Op. cit., pág. 351.

(21) ALPA. Op. cit., pág. 468.

La responsabilidad del fabricante, según los criterios del proyecto en examen, es de naturaleza objetiva, pero el consumidor debe probar que el producto era defectuoso en su construcción, o en su diseño, o en las instrucciones o advertencias en él contenidas.

Este proyecto es muy importante porque sobre la base de criterios objetivos, disciplina la responsabilidad del productor por el resarcimiento de los daños provocados por productos defectuosos, y se puede decir que resume principios fundamentales para asegurar la tutela de los perjudicados en armonía con los intereses de los productores.

CAPITULO TERCERO

LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA CIRCULACION DE PRODUCTOS

1. RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR (doctrina alemana).

A propósito del productor es útil precisar, con base en cuanto ha sido afirmado por la doctrina alemana, que se ha ocupado específicamente del problema, que existe una responsabilidad prescindiendo de la especificación jurídica del empresario mismo, así responden como empresarios sean personas físicas como jurídicas.

2. HIPOTESIS QUE EN LA PRODUCCION CONCURRAN VARIOS PRODUCTORES.

Problema particular es el de la distribución de la responsabilidad cuando en la producción intervienen varios productores.

Es hipótesis frecuente, en efecto, que un producto sea obra no de un solo productor, sino de varios productores: surgiendo, por consiguiente, el problema de cómo distribuir la responsabilidad al interno, o sea entre quienes han participado en la realización del producto después resultado defectuoso.

La distribución del riesgo entre los diversos productores que han intervenido en la formación del producto defectuoso, debe venir de conformidad a los mismos criterios que están a la base de la disciplina de la responsabilidad.

Si bien resulta difícil establecer que un determinado riesgo pueda ser atribuido enteramente a la actividad del productor final en vez de al productor de una parte defectuosa, la total atribución del riesgo al productor final se puede justificar en aquellos casos en que el uso de la materia prima, o de la "parte" en relación al producto terminado, es atípica e imprevisible de parte del proveedor mismo. En casos similares la materia o la parte no pueden ser considerados en sí defectuosos; defectuosa es solo la escogencia hecha por el fabricante final, por consiguiente el riesgo es de su exclusiva pertinencia ya que a él se remonta el planeamiento del producto.

Sin embargo, una reciente doctrina (22) se inclina por una responsabilidad solidaria y concurrente del fabricante de una parte defectuosa con el fabricante final del producto.

Se sostiene, sin embargo, que es preferible tener como responsable solo al fabricante final, correspondiendo a él la carga de asegurarse que en la empresa del productor parcial el proceso de fabricación se desenvuelva según las reglas de la buena técnica y que se sigan rigurosos controles de calidad (23).

Por consiguiente, si se quiere tutelar al consumidor en modo más adecuado a los peligros siempre mayores que la era técnica ha traído consigo, debemos presionar por la adopción de técnicas de prevención del daño, que ayuden a resolver los

---

(22) CARNEVALI. Op. cit., pág. 315.

(23) Se podría aceptar la repetición de lo pagado por parte del fabricante final contra el productor parcial, si entre ellos han estipulado un contrato, pero de todas formas quien responde directamente al consumidor perjudicado es el productor final.

problemas puestos por la producción industrial de masa, en una realidad ya cambiada como consecuencia del gran desarrollo industrial de nuestra época.

El problema del concurso de varios productores, es particularmente advertido en materia de producción de vehículos, donde los varios componentes que constituyen el vehículo son casi siempre confiados para su fabricación a empresas diferentes de la casa constructora y se sostiene que sea conveniente la responsabilidad de la casa constructora, salvo la repetición de lo pagado que pueda ejercitar la misma contra las empresas fabricantes de partes proveídas al productor final.

3. LA RESPONSABILIDAD DEL INTERMEDIARIO.

En cuanto a los intermediarios, entre los que se incluyen tanto el revendedor como todas aquellas personas que de cualquier forma se interpongan entre el productor y la persona a la cual el producto es, en última instancia, destinado o por la que viene usado (dada la escasa posibilidad de los intermediarios de influir sobre las dimensiones del riesgo, ya que ellos no controlan y no dirigen el proceso productivo) se puede decir que, por regla general, ellos no responden por la circulación de productos defectuosos. No corresponde a los intermediarios deberes de control, aunque sí algunas veces deben observar ciertas precauciones para evitar en concreto cualquier perjuicio (por ejemplo el instituto de belleza al aplicar cosméticos, o el médico al prescribir productos medicinales), pero queda siempre el productor como la parte que está mayormente en grado de influir sobre las condiciones del riesgo, ya que él debe tener informados a los intermediarios de los efectos colaterales que puedan derivar de los productos mismos.

4. EL CONSUMIDOR.

En consideración a la categoría de los sujetos perjudicados, si es verdad que el consumidor tiene algunas veces una notable posibilidad de reducir los riesgos inherentes al uso de un producto, eso no es motivo para excluir la responsabilidad del productor, que es por regla general el sujeto que puede valorar mejor el riesgo que acompaña la puesta en comercio de productos por él fabricados.

5. OTROS SUJETOS LEGITIMADOS A ACTUAR.

Además del adquirente final del producto resultado defectuoso, están legitimados a actuar para obtener el resarcimiento, todos aquellos que reciben un daño por haber usado, a cualquier título el producto defectuoso. *"Por consiguiente, lo que cuenta no es la cualidad de adquirente final, sino más exactamente aquella de simple consumidor y no tiene importancia ni siquiera el modo en que el producto defectuoso ha sido obtenido, para ver una responsabilidad en el productor, que como resulta evidente es el sujeto que posee la mejor ventaja comparativa en el prevenir los incidentes en el modo más económico posible, y su responsabilidad se revela: como el medio mejor para alcanzar la eficiencia económica, o sea la óptima distribución de los recursos"* (24).

Se puede concluir que es la cualidad de consumidor lo que cuenta para los fines de resarcimiento del daño, prescindiendo de la participación en la circulación jurídica del producto (25).

---

(24) CARNEVALI. Op. cit., pág. 347.

(25) Así MARTORANO. Sulla responsabilità del fabbricante per la messa in commercio di prodotti dannosi (a proposito di una sentenza della Cassazione in Foro it 1966 v.c. 22. Cit. en CARNEVALI UGO, op. cit., pág. 21).

CAPITULO CUARTO

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN RELACION CON LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR: EN PARTICULAR LA GARANTIA POR VICIOS EN LA COMPRAVENTA.

En la experiencia italiana no hay reglas específicas tendientes a disciplinar las relaciones contractuales entre empresa y consumidor, situación que es reflejo de la realidad económica de los fenómenos, o sea que una hipotética relación contractual entre empresa y consumidor, en la práctica nunca se lleva a cabo: "siendo la cadena de circulación de los productos articulados en toda una serie de pasajes de la mercadería de un intermediario a otro, hasta la venta al último consumidor, que, por lo tanto, no está nunca en contacto directo con la empresa" (26).

Para hablar de responsabilidad de naturaleza contractual se debe necesariamente tener en cuenta la disciplina de la venta y en particular la disciplina de la garantía por vicios (art. 1490 ss. c.c.). Sin embargo, como se ha visto tal normativa resulta insuficiente a las exigencias de tutela de aquellos que hayan adquirido productos defectuosos, ya que de las normas del Código solamente se puede obtener una tutela del comprador cuando el bien presente vicios ocultos.

Es de agregar que la disciplina de la compraventa contempla solamente los sujetos que revisten la calidad de parte del contrato, o sea el consumidor-comprador y el vendedor-detallante, y así es tutelado contra los vicios de la cosa solo quien la ha adquirido efectivamente, quedando fuera de cualquier tutela los simples consumidores o usuarios de esa.

Motivos estos suficientes para considerar los criterios de responsabilidad contractual como no adecuados a dar solución a los problemas de responsabilidad del productor derivados de la puesta en comercio de productos dañinos, teniendo cuenta de la necesidad de una más amplia tutela de los consumidores perjudicados en general.

CAPITULO QUINTO

LA RESPONSABILIDAD POR CULPA: EN PARTICULAR EL PROBLEMA DE LA PRUEBA DEL ART. 2043 C.C.

En materia de responsabilidad extracontractual (o aquiliana), ya hemos tenido ocasión de señalar como las normas del Código Civil (arts. 2043, 2050 y 2051) (27), que en un primer momento pueden parecer de ayuda a resolver una eventual responsabilidad del productor, se revelan desprovistas de cualquier valor operativo y por consiguiente la responsabilidad por culpa es también un criterio inadecuado para resolver los problemas de responsabilidad del productor.

El art. 2043 c.c. que pone el principio general del resarcimiento por hecho ilícito, no ofrece una verdadera tutela al consumidor, desde el momento que el perjudicado debe ofrecer la prueba de la culpa de quien ha provocado el daño y como justamente se ha observado: "pero según los principios del acto ilícito, el perjudicado debe ofrecer la prueba (si no del dolo, al menos) de la culpa de quien le ha provocado el daño, o sea de la empresa. Una prueba, ésta, que resulta muy difícil, ignoran-

---

(26) ALPA E BESSONE. Ult. op. cit., pág. 32.

(27) Acerca del escaso valor de los arts. 2050 y 2051 c.c. para resolver problemas de responsabilidad del productor, ver sopra, las precedentes observaciones escritas en el Capítulo Segundo, al número 3.

do el consumidor sea las técnicas de fabricación, sea las técnicas de distribución del producto, del examen de las cuales se podrían identificar errores, negligencias, imprudencias, cometidas por el productor o por sus dependientes en el ejercicio de la empresa. Tampoco es siempre posible indicar las verdaderas causas del evento dañoso que, por la complejidad de los productos y del proceso productivo, algunas veces resultan ignoradas también por el fabricante. La circulación de productos dañinos parece por eso, comportar un riesgo que recae en el público, sin posibilidad alguna de transferirlo a los sujetos que, con su actividad ese mismo riesgo han creado" (28).

CAPITULO SEXTO

LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA COMO SOLUCION MAS ADECUADA A LOS PROBLEMAS CONSIDERADOS EN EL PRESENTE TRABAJO

La evolución hacia la búsqueda de criterios objetivos de responsabilidad del productor, es cada vez más manifiesta; es suficiente subrayar que el productor debería ser considerado objetivamente responsable por ser el sujeto más idóneo a distribuir el riesgo. El puede realizar tanto un leve aumento de los precios y con un pequeño sacrificio de cada uno de aquellos que se benefician de su actividad, resultarían así beneficiados de una más amplia tutela.

Hoy existe la tendencia general, por la cual también bajo el perfil del análisis económico de los instrumentos jurídicos, los criterios de responsabilidad objetiva presentan indudables ventajas para el consumidor perjudicado y también para la empresa que asume los riesgos conectados con la difusión de productos defectuosos (29).

No es que en régimen de responsabilidad objetiva el fabricante será tenido a resarcir cualquier daño derivante del uso de un producto, pero es necesario que entre el daño sufrido por el consumidor y el uso del producto, exista como elemento de unión, una condición de anormal peligrosidad del producto mismo, o sea la existencia de un defecto.

Siendo evidente la gran laguna legislativa existente en el ordenamiento italiano, que no cuenta con normas idóneas tendientes a resolver con precisión los problemas inherentes a la responsabilidad del productor, inidoneidad que ha sido revelada en las páginas precedentes, y habiendo necesidad de encontrar soluciones con base en las normas vigentes, no queda más que dar una interpretación evolutiva a las normas que se han venido aplicando en la materia.

Que sea necesaria una reforma legislativa con normas AD HOC tendientes a disciplinar el fenómeno de daño proveniente de productos defectuosos, con consiguiente y más adecuada tutela del consumidor, es a todos notorio.

Ya la jurisprudencia italiana parece modificar el orientamiento que precedentemente se había venido siguiendo, de una interpretación restrictiva de las normas del Código Civil. Así en la sentencia de la Casación, 25 de mayo 1964 No. 1270 (30) se condena al resarcimiento a la empresa productora, no obstante que no se hubiera probado a su cargo una culpa en el ejercicio de la actividad industrial. Con el recurso a un proceso "lógico-presuntivo" la Corte hace, en efecto, recaer directamente en la empresa el defecto encontrado en los productos sellados (se trataba de galletas contenidas en confección sellada), superando así el dictado del art. 2043.

Y como justamente observan Alpa e Bessone *"En definitiva la culpa de la empresa (no es demostrada, pero) viene presunta, una técnica esta, que permite usar en modo, por así decir, impropio las normas del Código con el fin de tutelar al consumidor"* (31).

---

(28) Así textualmente ALPA E BESSONE, La Responsabilità del Produttore (Milano 1980) pág. 21.

(29) POSNER. Strict Liability A. Comment, in J. Leg. Studies 1972 págs. 205 ss. (Cit. en ALPA E BESSONE, Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa. Milano, 1980, pág. 95).

(30) Ver nota No. 12.

(31) ALPA E BESSONE. Ult. op. cit., pág. 26.

En otro caso la Suprema Corte afirma la responsabilidad de la empresa en base a la negligencia del fabricante en el adoptar todas las medidas posibles para evitar daños a los usuarios (en la especie se trataba de un menor que se había herido jugando con una pistola de juguete) (32).

Razona la Casación: "teniendo cuenta que la diligencia media corresponde a aquella del buen padre de familia, que la ley pone como único criterio regulador de la responsabilidad sea contractual, sea extracontractual (arts. 1176–2043 c.c.), debe estar ligada a la naturaleza de la relación a que se refiere el deber de conducta. En la hipótesis de fabricación de productos en serie, tratándose de desarrollo de actividad profesional, la diligencia debe identificarse en aquella del productor atento de sus propios empeños y consciente de las responsabilidades que le corresponden" (33).

La doctrina italiana se ha preocupado también, de frente a una disciplina de la circulación de productos todavía hoy gravemente lagunosa, tratando de verificar hasta qué punto el vacío normativo puede ser llenado a través de una interpretación extensiva de los institutos de derecho privado, en modo de reducir la tensión entre norma y realidad existente en esta materia.

O bien, con base en las normas del Código Civil dictadas en tema de responsabilidad y a las cuales se debe acudir para resolver los problemas derivantes de daños en los productos (art. 2043 ss. c.c. y arts. 1490 y 1492 c.c.), se debe sostener, en espera de la introducción de una nueva disciplina específica, necesario el recurso a la interpretación evolutiva de las disposiciones actualmente en vigor, a fin de tutelar al consumidor en modo más adecuado a las exigencias de nuestra época.

"En ausencia de instrumentos adecuados de control legislativo, y no estando previstos mecanismos rigurosos de intervención de los órganos administrativos, en orden al control de los estándar de calidad de la mercadería difundida en el mercado, el recurso a los institutos de derecho privado, queda hoy en día como la vía más seguida por nuestra doctrina" (34).

El problema de la circulación de los productos defectuosos ha sido profundizado bajo el perfil "contractualístico", sobre todo con referencia a las normas del Código Civil en tema de compraventa.

Se sostiene que el artículo 1494 c.c. configurando una hipótesis de responsabilidad contractual del vendedor-fabricante, sería una señal de una ampliación del área de los intereses del comprador. "Partiendo de estas premisas, se ha sostenido admisible el concurso de la acción del art. 1494 párrafo segundo con la acción de resarcimiento de los daños según las disposiciones de responsabilidad acquiliana" (35).

Se ha observado, que si el primer párrafo del art. 1494 configura una hipótesis específica de incumplimiento (y en base a tal disposición la entidad del daño resarcible debe ser medida de acuerdo al "perjuicio económico" sufrido por el comprador) la portada del segundo párrafo del art. 1494 c.c. consentiría en su lugar, extender el resarcimiento llamado "indirecto", a los perjuicios que la cosa haya ocasionado a la integridad física, a la vida, a los bienes del adquirente o de terceros.

Pero aunque interpretando en un modo más amplio las normas en materia de compraventa, no se logra encontrar una solución definitiva a los problemas de la circulación de productos defectuosos.

Si la tendencia general está hoy orientada hacia criterios objetivos de imputación, con la finalidad del resarcimiento al consumidor perjudicado por productos defectuosos, se presentan dificultades cuando se trata de justificar el resarcimiento a la luz de los artículos 2043 ss. c.c.

Y por eso en presencia de una normativa inadecuada para disciplinar los problemas de circulación de productos defectuosos, se trata de comprobar si al lado del modelo de la "culpa" —entendida en el sentido tradicional— puedan ser individuados diversos criterios de imputación de responsabilidad extracontractual. A este respecto también la doctrina italiana parece reconocer la existencia de otros criterios de imputación al la-

---

(32) Casación 21 octubre 1957, No. 4004 (ver nota No. 13).

(33) ALPA E BESSONE. Ult. op. cit., pág. 30.

(34) ALPA E BESSONE. Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa. Milano 1980, pág. 381.

(35) ALPA E BESSONE. Ult. op. cit., pág. 392.

do de aquel de la culpa "la exégesis de las normas contenidas en los artículos 2043 c.c. del c.c. confirmaría en efecto, la idea que el sistema de la responsabilidad civil se revela, bajo este perfil, sustancialmente "pluralista", o sea fundado "en la existencia de una pluralidad de criterios de unión" (36).

Por tal vía se han tratado de ver las hipótesis en que la disciplina de la responsabilidad civil del productor, pueda ser sustraída al dogma de la culpa y ser sujetada a un régimen de imputación de las actividades dañinas evaluadas como riesgo de empresa.

El problema de la circulación de productos defectuosos, se debe individuar en el ámbito de los institutos de derecho positivo, buscando instrumentos adecuados de "control social" de las actividades dañinas; y de verificar cuáles técnicas jurídicas puedan consentir una óptima distribución de las pérdidas, y al mismo tiempo cuáles mecanismos logren asegurar la más amplia tutela (preventiva) y resarcitoria de los consumidores, individuando además criterios adecuados de distribución de los riesgos creados por las actividades de empresa.

"Se tiende, o sea, a resolver el problema de la tutela del consumidor por la circulación de productos defectuosos, con un sistema de mecanismos integrados: en materia de responsabilidad civil, la interdependencia y la alternancia del principio de la culpa con el principio del riesgo de empresa, al cual se unen el instrumento de la presión para la cesación del hecho lesivo, los instrumentos del control negocial para la tutela contractual del consumidor; y en fin, los instrumentos del control preventivo elaborados por el legislador y aplicados por la administración pública" (37).

Se sostiene que, considerar objetivamente responsable al productor por los daños derivados de la circulación de productos defectuosos, es la vía más adecuada a las exigencias de seguridad de nuestro derecho contemporáneo; ya que la producción industrial de masa trae consigo grandes riesgos que es conveniente hacer recaer en la empresa productora, por ser el "sujeto" que puede soportar mejor los riesgos inherentes a la producción.

Lo anterior es para una solución interpretativa a la luz de la actual disciplina de la materia, eso sin embargo, no quita que también para el derecho italiano sería recomendable la introducción de normas específicas más adecuadas a las modernas exigencias de tutela del consumidor. Tal exigencia es generalmente advertida en la colectividad, donde ya desde hace algún tiempo se han constituido libres asociaciones de consumidores que persiguen objetivos de tutela sensibilizando a tal fin la opinión pública y promoviendo acciones judiciales (especialmente en sede penal) dirigidas a la tutela de singulares consumidores y de todas formas a una verdadera información sobre la naturaleza y cualidad de los productos puestos en comercio por la empresa.

Los problemas considerados encuentran eco también en el ámbito de la producción de vehículos a motor, pero los caracteres generales y comunes de la cuestión, han inducido a una evaluación comprensiva del fenómeno susceptible, por consiguiente, de específica aplicación también en el campo de la producción automobilística y de los productos con la misma relacionados.

BIBLIOGRAFIA

ALPA-BESSONE, *La Responsabilità del produttore.* (Milano 1980).

ALPA-BESSONE, *Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa. Diritto italiano ed esperienze straniere.* (Milano 1980).

CARNEVALI UGO, *La responsabilità del produttore.* (Milano 1979).

IRTI, *Dizionario del Diritto Privato.* (Milano 1980).

ALPA, *Rivista della circolazione dei trasporti, "Un progetto de legge uniforme sulla responsabilità del produttore nel diritto nord-americano.*

CODICE CIVILE ITALIANO, (Milano 1980).

(36) ALPA E BESSONE. Ult. op. cit., pág. 409.
(37) ALPA E BESSONE. La Responsabilità del produttore, Milano 1980, pág. 312.

APENDICE:
ARTICULOS DEL CODIGO CIVIL ITALIANO DE UTILIDAD PARA LA COMPRENSION DEL TEMA EN EXAMEN, Y SU CORRESPONDIENTE UBICACION DENTRO DE DICHO CUERPO DE LEYES.

(Traducción al español hecha por la autora).

LIBRO CUARTO
DE LAS OBLIGACIONES
TITULO I. DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

Capítulo I. Disposiciones preliminares

Art. 1174. Carácter patrimonial de la prestación.

"La prestación que forma objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aunque no sea patrimonial, del acreedor". (1256, 1384, 1411).

Capítulo II. Del cumplimiento de las obligaciones
Sección I. Del cumplimiento en general

Art. 1176. Diligencia en el cumplimiento.

"En el cumplir la obligación el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia.

En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe evaluarse con relación a la naturaleza de la actividad ejercitada".

Art. 1181. Cumplimiento parcial.

"El acreedor puede rehusar un cumplimiento parcial aunque si la prestación es divisible, salvo que la ley o los usos dispongan diversamente".

Art. 1182. Lugar del cumplimiento.

"Si el lugar en el cual la prestación debe ser ejecutada no es determinado por la convención o por los usos y no puede deducirse de la naturaleza de la prestación o de otras circunstancias, se observan las normas que siguen.

La obligación de consignar una cosa cierta y determinada debe ser cumplida en el lugar en el cual se encontraba la cosa cuando la obligación surgió.

La obligación que tiene por objeto una suma de dinero, debe ser cumplida en el domicilio que el acreedor tiene al tiempo del vencimiento.

Si tal domicilio es distinto de aquel que el acreedor tenía cuando surgió la obligación y eso hace más gravoso el cumplimiento, el deudor, previa declaración al acreedor, tiene derecho de ejecutar el pago en el propio domicilio.

En los otros casos la obligación debe ser cumplida en el domicilio que el deudor tiene al momento del vencimiento".

Capítulo III.
Del incumplimiento de las obligaciones

Art. 1218. Responsabilidad del deudor.

"El deudor que no ejecuta exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño (1223 ss., 2740) si no prueba que el incumplimiento o el retraso han sido determinados por imposibilidad de la prestación (1256[1]) derivada de causa a él no imputable (1176[1])".

Art. 1219. Constitución en mora.

"El deudor es constituido en mora mediante intimación o demanda hecha por escrito (1308).

No es necesaria la constitución en mora:

1) Cuando la deuda deriva de hecho ilícito (2043 ss.)
2) Cuando el deudor ha declarado por escrito de no querer ejecutar la obligación.
3) Cuando ha vencido el término, si la prestación debe ser ejecutada en el domicilio del acreedor (11823). Si el término vence después de la muerte del deudor, los herederos no están constituidos en mora, sino mediante intimación o demanda hecha por escrito y transcurridos ocho días de la intimación o de la demanda".

Art. 1223. Resarcimiento del daño.

"El resarcimiento del daño por el incumplimiento o por el retraso (1225) debe comprender tanto la pérdida sufrida por el acreedor como la falta de ganancias, siempre que sean consecuencia inmediata y directa (1382, 2056 ss.)".

Art. 1225. Daño previsible.

"Si el incumplimiento o el retraso no dependen de dolo del deudor, el resarcimiento (1223) es limitado al daño que podría preverse en el tiempo en que ha surgido la obligación".

Art. 1226. Valoración equitativa del daño.

"Si el daño no puede ser probado en su preciso importe, es liquidado por el juez con valoración equitativa (2056 ss.)".

Art. 1227. Concurso del hecho culposo del acreedor.

"Si el hecho culposo del acreedor ha concurrido a causar el daño, el resarcimiento es disminuido según la gravedad de la culpa y la entidad de las consecuencias que de ella derivan (2056 ss.).

El resarcimiento no es debido por los daños que el acreedor hubiera podido evitar usando la ordinaria diligencia (2056 ss.)".

Art. 1228. Responsabilidad por hecho de los auxiliares.

"Salva diversa voluntad de las partes, el deudor que en el cumplimiento de las obligaciones se vale de la obra de terceros, responde también de los hechos dolosos o culposos de ellos".

Art. 1229. Cláusulas de exoneración de responsabilidad.

"Es nulo cualquier pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo o por culpa grave.

Es nulo también cualquier pacto preventivo de exoneración o de limitación de responsabilidad en los casos en que el hecho del deudor o de sus auxiliares (1228, 1580) constituya violación de obligaciones derivantes de normas de orden público".

Capítulo IV. De los modos de extinción de las obligaciones diversos del cumplimiento
Sección V. De la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable al deudor

Art. 1256. Imposibilidad definitiva e imposibilidad temporánea.

"La obligación se extingue cuando, por una causa no imputable al deudor, la prestación llega a ser imposible (1218, 1463 ss.).

Si la imposibilidad es sólo temporánea, el deudor, hasta que esa dure, no es responsable del retraso en el cumplimiento (1219). Sin embargo la obligación se extingue si la imposibilidad dura hasta cuando, en relación al título de la obligación o a la naturaleza del objeto, el deudor no puede ser ya considerado obligado a ejecutar la prestación o bien el acreedor no tiene ya interés en conseguirla (1174)".

Capítulo VII. De algunas especies de obligaciones
Sección III. De las obligaciones solidarias

Art. 1292. Noción de solidaridad.

"La obligación es solidaria, cuando varios deudores están obligados todos por la misma prestación, de modo que cada uno pueda ser obligado al cumplimiento por la totalidad y el cumplimiento de parte de uno libera a los otros, o bien cuando entre varios acreedores cada uno tiene derecho a pedir el cumplimiento de la entera obligación y el cumplimiento conseguido por uno de ellos, libera al deudor hacia todos los acreedores (1296)".

Art. 1296. Escogencia del acreedor para el pago.

"El deudor tiene la elección de pagar a uno o a otro de los acreedores solidales, cuando no ha sido prevenido por uno de ellos con demanda judicial".

TITULO II. DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

Capítulo V. De los efectos del contrato
Sección II. De la cláusula penal y de la caparra

Art. 1382. Efectos de la cláusula penal.

"La cláusula, con la cual se conviene que, en caso de incumplimiento (1218), uno de los contrayentes está obligado a una determinada prestación, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a la prestación prometida, si no ha sido convenido el resarcimiento del daño ulterior (1223). La penal es debida independientemente de la prueba del daño".

Art. 1384. Reducción de la penal.

"La cláusula penal puede ser disminuida equitativamente por el juez, si la obligación principal ha sido ejecutada en parte o bien si el total de la cláusula penal es manifiestamente excesivo, teniendo siempre cuidado del interés que el acreedor tenía en el cumplimiento (1181, 1526[2]).

Art. 1395. Contrato consigo mismo.

"Es anulable el contrato que el representante concluye consigo mismo, por sí o como representante de otra parte, a menos que el representado lo haya autorizado específicamente, o bien el contenido del contrato sea determinado en modo de excluir la posibilidad de conflicto de intereses. La impugnación puede ser propuesta solamente por el representado (1471)".

Capítulo IX. Del contrato a favor de terceros

Art. 1411. Contrato a favor de terceros.

"Es válida la estipulación a favor de un tercero, en caso de que el estipulante tenga interés (1174).

Salvo pacto contrario, el tercero adquiere el derecho contra el promitente por efecto de la estipulación.

Esta sin embargo puede ser revocada o modificada por el estipulante, hasta que el tercero no haya declarado, también en confrontación del promitente, de quererse aprovechar.

En caso de revocación de la estipulación o de

renuncia del tercero de aprovecharse, la prestación queda a beneficio del estipulante, salvo que resulte diversamente de la voluntad de las partes o de la naturaleza del contrato".

Capítulo XI. De la nulidad del contrato

Art. 1420. Nulidad del contrato plurilateral.

"En los contratos con más de dos partes, en que las prestaciones de cada una son directas al conseguimiento de un objeto común, la nulidad que alcanza el vínculo de una sola de las partes no implica nulidad del contrato, salvo que la participación de esa deba, según las circunstancias, considerarse esencial".

Capítulo XIII. De la rescisión del contrato
Sección II. De la imposibilidad sobrevenida

Art. 1463. Imposibilidad total.

"En los contratos con prestaciones correlativas, la parte liberada por la sobrevenida imposibilidad de la prestación debida (1256) no puede pedir la contraprestación, y debe restituir aquella que ya haya recibido, según las normas relativas a la repetición de lo indebido (2033)".

Art. 1464. Imposibilidad parcial.

"Cuando la prestación de una parte ha llegado a ser solo parcialmente imposible, la otra tiene derecho a una correspondiente reducción de la prestación por ella debida, y puede también desistir del contrato en caso de que no tenga un interés apreciable al cumplimiento parcial (1181)".

Art. 1465. Contrato con efectos traslativos o constitutivos.

"En los contratos que transfieren la propiedad de una cosa determinada o bien constituyen o transfieren derechos reales, la desaparición de la cosa por una causa no imputable al alienante no libera al adquirente de la obligación de ejecutar la contraprestación, a condición de que la cosa no le haya sido consignada.

La misma disposición se aplica en el caso en que el efecto traslativo o constitutivo sea diferido hasta el vencimiento de un término.

En caso de que el objeto del transferimiento sea una cosa determinada solo en el género, el adquirente no es liberado de la obligación de ejecutar la contraprestación, si el enajenador ha hecho la consignación o si la cosa ha sido individuada.

El adquirente, es en todo caso liberado de su obligación, si el transferimiento era sometido a condición suspensiva y la imposibilidad ha sobrevenido antes que se verifique la condición".

Art. 1466. Imposibilidad en el contrato plurilateral.

"En los contratos indicados por el artículo 1420 la imposibilidad de la prestación de una de las partes no implica disolución del contrato respecto a las otras, salvo que la prestación faltante deba, según las circunstancias, considerarse esencial".

TITULO III. DE LOS CONTRATOS EN ESPECIAL

Capítulo I. De la Venta
Sección I. Disposiciones Generales

Art. 1471. Prohibiciones especiales de comprar.

"No pueden ser compradores ni siquiera en subasta pública, ni directamente ni por interpuesta persona:

1) Los administradores de los bienes del Estado, de los Municipios, de las Provincias y de los otros entes públicos respecto a los bienes confiados a su cuidado;
2) los oficiales públicos, respecto a los bienes que son vendidos por su ministerio;
3) aquellos que por ley o por acto de la autoridad pública administran bienes ajenos, respecto a los bienes mismos;
4) los mandatarios, respecto de los bienes que han sido encargados de vender, salvo lo dispuesto por el artículo 1395.

En los primeros dos casos la adquisición es nula, en los otros es anulable".

Parte I. De las obligaciones del Vendedor

Art. 1490. Garantía por los vicios en la cosa vendida.

"El vendedor está obligado a garantizar que la cosa vendida sea inmune de vicios (1491) que la hagan inidónea al uso al cual es destinada o que le disminuyan en modo apreciable el valor (2922).

El pacto con el cual se excluye o se limite la garantía no tiene efecto, si el vendedor ha ocultado, en mala fe, los vicios de la cosa al comprador (1229)".

Art. 1491. Exclusión de la garantía.

"No se debe dar la garantía (1490) si al momento del contrato el comprador conocía los vicios de la cosa; igualmente no se debe dar, si los vicios eran fácilmente reconocibles, salvo, en este caso, que el vendedor haya declarado que la cosa era ausente de vicios".

Art. 1492. Efectos de la garantía.

"En los casos indicados en el artículo 1490 el comprador puede pedir a su escogencia la resolución del contrato (1453 ss.) o bien la reducción del precio, salvo que, por determinados vicios, los usos excluyan la resolución.

La escogencia es irrevocable cuando es hecha con la demanda judicial.
Si la cosa consignada perece a consecuencia de los vicios, el comprador tiene derecho a la resolución del contrato; si en su lugar perece por caso fortuito o por culpa del comprador, o si éste la ha enajenado o transformado, él puede pedir solamente la reducción del precio".

Art. 1493. Efectos de la resolución del contrato.
"En caso de resolución del contrato el vendedor debe restituir el precio y reembolsar al comprador los gastos y los pagos legítimamente hechos por la venta (1475).
El comprador debe restituir la cosa, si ésta no ha perecido a consecuencia de los vicios".

Art. 1494. Resarcimiento del daño.
"En cualquier caso el vendedor está obligado hacia el comprador al resarcimiento del daño (1123), si no prueba de haber ignorado sin culpa los vicios de la cosa.
El vendedor debe además resarcir al comprador los daños derivados de los vicios de la cosa".

Sección II. De la venta de cosas muebles
Parte III. De la venta con reserva de la propiedad

Art. 1526. Resolución del contrato.
"Si la resolución del contrato tiene lugar por el incumplimiento del comprador, el vendedor debe restituir los pagos cobrados, salvo el derecho a una compensación equitativa por el uso de la cosa, además el resarcimiento del daño.
En caso de que se haya convenido que los plazos pagados queden adquiridos por el vendedor a título de indemnización el juez, según las circunstancias, puede reducir la indemnización convenida.
La misma disposición se aplica en el caso en que el contrato sea configurado como arrendamiento y sea convenido que, al vencimiento de este, la propiedad de la cosa sea adquirida por el arrendatario para efecto del pago de los cánones pactados".

Capítulo VI. Del arrendamiento

Art. 1580. Cosas peligrosas para la salud
"Si los vicios de la cosa o de parte notable de ella exponen a serio peligro la salud del arrendatario o de sus familiares o dependientes, el arrendatario puede obtener la resolución del contrato, aunque si los vicios le eran notorios, no obstante cualquier renuncia (1229[2])".

TITULO VI. DEL PAGO DE LO INDEBIDO

Art. 2033. De lo indebido. Objetivo.
"Quien ha ejecutado un pago no debido tiene derecho de repetir lo que ha pagado. Tiene además derecho a los frutos y a los intereses, desde el día del pago, si quien lo ha recibido era en mala fe, o bien si este era en buena fe, desde el día de la demanda".

TITULO IX DE LOS HECHOS ILICITOS

Art. 2043. Resarcimiento por hecho ilícito.
"Cualquier hecho doloso o culposo, que ocasione a otros un daño injusto (c.p. 635-640) obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño (2947 c.p. 1852-198).

Art. 2049. Responsabilidad de los patrones y de los comitentes.
"Los patrones y los comitentes son responsables por los daños (2056 ss.) causado por hecho ilícito de sus criados y dependientes en el ejercicio de las tareas que tienen a su cargo".

Art. 2050. Responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas.
"Cualquiera que ocasione un daño a otros en el desenvolvimiento de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios usados, está obligado al resarcimiento (2056 ss.) si no prueba de haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño (2054)".

Art. 2051. Daño ocasionado por cosas en custodia.
"Cada quien es responsable del daño (2056 ss.) ocasionado por las cosas que tiene en custodia, salvo que pruebe el caso fortuito (1218, 1256)".

Art. 2053. Ruina de un edificio.
"El propietario de un edificio o de otra construcción es responsable de los daños (2056 ss.) ocasionados por su ruina salvo que pruebe que esta no es debida a defecto de mantenimiento o a vicio de construcción (1669)".

Art. 2054. Circulación de vehículos.
"El conductor de un vehículo motorizado, está obligado a resarcir el daño (2056 ss.) producido a personas o a cosas por la circulación del vehículo, si no prueba de haber hecho todo lo posible para evitar el daño (2947[2]).
En el caso de choque entre vehículos se presume, salvo prueba en contrario, que cada uno de los conductores haya concurrido igualmente a producir el daño sufrido por cada vehículo.
El propietario del vehículo, o, en su lugar, el usufructuario, o el adquirente con pacto de reservado cominio, es responsable solidalmente (1292) con el conductor, si no prueba que la circulación se produjo contra su voluntad.

En todos los casos las personas indicadas en los párrafos precedentes son responsables de los daños derivados de vicios de construcción o de defectos de mantenimiento del vehículo (2053)".

Art. 2055. Responsabilidad solidaria.

"Si el hecho dañoso es imputable a varias personas, todas están obligadas solidariamente (1292) al resarcimiento del daño.

Aquel que ha resarcido el daño podrá repetir lo pagado de parte de cada uno de los otros, en la medida determinada por la gravedad de la respectiva culpa y por la entidad de las consecuencias que se han derivado (1299).

En la duda, las singulares culpas se presumen iguales".

Art. 2056. Valoración de los daños.

"El resarcimiento debido al perjudicado se debe determinar según las disposiciones de los artículos 1223, 1226 y 127. El lucro cesante es valorado por el juez con ecua apreciación de las circunstancias del caso".

LIBRO VI

DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS

TITULO III. DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, DE LAS CAUSAS DE PRELACION Y DE LA CONSERVACION DE LA GARANTIÀ PATRIMONIAL

Capítulo I. Disposiciones Generales

Art. 2740. Responsabilidad patrimonial.

"El deudor responde del cumplimiento de las obligaciones (1218 ss.) con todos sus bienes presentes y futuros (2901, 2910). Las limitaciones de la responsabilidad no son admitidas si no en los casos establecidos por la ley".

Capítulo V. De los medios de conservación de la garantía patrimonial
Sección II. De la acción revocatoria.

Art. 2901. Condiciones.

"El acreedor, aunque si el crédito está sujeto a condición o a término, puede demandar que sean declarados ineficaces a su respecto los actos de disposición del patrimonio con los cuales el deudor ocasione perjuicios a sus razones, cuando concurran las siguientes condiciones:

1) que el deudor conociera el perjuicio que el otro ocasionaba a las razones del acreedor, o tratándose de actor anterior al surgir del crédito, el acto fuera dolosamente preordenado con el fin de perjudicar su satisfacción.

2) que, además, tratándose de acto a título oneroso, el tercero fuera conocedor del perjuicio, y en el caso de acto anterior al surgir del crédito fuera partícipe de la dolosa predisposición.

A los efectos de la presente norma, las prestaciones de garantía, aunque por deudas ajenas, son consideradas actos a título oneroso, cuando son contextuales al crédito garantizado.

No es sujeto a revoca el cumplimiento de un débito vencido.

La ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros de buena fe, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de revocación".

TITULO IV. DE LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS

Capítulo II. De la ejecución forzada.
Sección I. De la expropiación.
Parte I. Disposiciones Generales

Art. 2910. Objeto de la expropiación.

"El acreedor, para conseguir cuanto le es debido, puede hacer expropiar los bienes del deudor, según las reglas establecidas por el Código de Procedimientos Civiles (c.p.c. 483 ss.).

Pueden ser expropiados también los bienes de un tercero, cuando son vinculados a garantía del crédito, o cuando son objeto de un acto que ha sido revocado porque cumplido en perjuicio del acreedor (2901)".

Parte III. Efectos de la venta forzada y de la asignación

Art. 2922. Vicios de la cosa. Lesión.

"En la venta forzada no tiene lugar la garantía por vicios de la cosa (1490).

Esa no puede ser impugnada por causa de lesión (1448)".

TITULO V. DE LA PRESCRIPCION Y DE LA DECADENCIA

Capítulo I. De la prescripción
Sección IV. Del término de la prescripción
Parte II. De la prescripción breve

Art. 2947. Prescripción del derecho al resarcimiento del daño.

"El derecho al resarcimiento del daño derivante de hecho ilícito, prescribe en cinco años contados a partir del día en que el hecho ha sido verificado (2043 ss.).

Para el resarcimiento del daño producido por

la circulación de vehículos de toda especie el derecho prescribe en dos años (2054).
En todo caso, si el hecho es considerado por la ley como delito y para el delito está establecida una prescripción más larga, ésta se aplica también a la acción civil. Sin embargo, si el delito se extingue por causa diversa a la prescripción o interviene sentencia irrovocable en el juicio penal, el derecho al resarcimiento del daño prescribe en los términos indicados por los dos primeros párrafos con transcurso a partir de la fecha de extinción del delito o de la fecha en que la sentencia ha llegado a ser irrevocable".

* * *

Sección II: La Ciencia al servicio de la Justicia.
Coordinador: Carlos Matías González Lizano, M.Q.C., M.Sc.

ASPECTOS MEDICO-LEGALES DE LA VIOLACION*

(Continuación)

Dr. Fernando Garzona Meseguer.
Especialista en Medicinal Legal.
Miembro del Comité del Niño Agredido HNN. Asistente de la Clínica Médico-Forense. Departamento de Medicina Legal, Organismo de Investigación Judicial.

INDICE

EXAMEN PSIQUIATRICO DE LA VICTIMA DE VIOLACION. 100
Datos que deben tomarse 100

LAS PRUEBAS DE LABORATORIO EN LA INVESTIGACION DE UNA VIOLACION. INVESTIGACION POR SEMEN 100
I. El Frotis Vaginal y el Examen de Manchas Sospechosas 100
A. Examen Directo con o sin Tinción 100
B. Pruebas Bioquímicas 100
C. Determinación de Sustancias Solubles de Grupo Sanguíneo 101
D. Otras Sustancias Individualizadoras. 102
E. El Examen con Luz Ultravioleta. 102

II. Otras Muestras que deben ser Tomadas a los Pacientes 102
A. Muestra de Sangre 102
B. Muestra de Saliva. 102
C. Muestras para Investigación de Enfermedad Venérea 102
D. Muestra de Orina para Prueba Inmunológica por Embarazo 103
E. Otros Exámenes 103

ESTUDIO EXPLORATORIO SOBRE EL PROBLEMA A NIVEL NACIONAL. 103
Nuestra Experiencia. 103
Cuadros estudios Clínicos 104
Comentario para el Estudio Clínico. 111

BIBLIOGRAFIA. 112

EXAMEN PSIQUIATRICO DE LA VICTIMA DE VIOLACION

DATOS QUE DEBEN TOMARSE:

En la sistematización que se llevó a cabo para el estudio psiquiátrico de las víctimas de violación, referidas a la Sección de Psiquiatría Forense del Departamento de Medicina Lègal, se deben tomar en cuenta los siguientes datos que han sido de mucha utilidad en el desarrollo del presente estudio:

En primer lugar se tomó en cuenta la Causa Penal por la que fueron enviados, la Localidad donde ocurrió el delito, la Edad de la víctima, la Escolaridad, su Ocupación, los Antecedentes Delictivos, si tenía Antecedentes de Drogadicción, los Antecedentes Psiquiátricos Familiares, los Antecedentes de Retardo-psicomotor en la infancia, Antecedentes de Sordomudez o no, los Antecedentes Psiquiátricos Personales, el número de internamientos en los hospitales psiquiátricos, el Cociente intelectual en base al examen mental, el Estado Mental, el Tipo de relato en cuanto a si era un relato consistente o inconsistente, determinar hasta donde sea posible el estado mental durante los hechos, determinar si se produjo algún tipo de conflicto emocional derivado de los hechos, determinar si se produjo algún estado psicótico posterior a los hechos. Revisar el expediente clínico de la paciente o enviar un electroencefalograma para tratar de mostrar organicidad, además de esto anotar el diagnóstico psiquiátrico.

En cuanto al **examen psiquiátrico del presunto violador** los datos que deben ser tomados son los mismos que se anotan anteriormente pero además debe anotarse, debe hacerse énfasis en determinar si existió estado psicótico durante los hechos, el estudio electroencefalográfico, el diagnóstico psiquiátrico, si existió un estado de ebriedad en el momento de los hechos o no, y si el individuo reconoce los cargos o no.

LAS PRUEBAS DE LABORATORIO EN LA INVESTIGACION DE UNA VIOLACION. INVESTIGACION POR SEMEN.

I. EL FROTIS VAGINAL Y EL EXAMEN DE MANCHAS SOSPECHOSAS.

A. Examen Directo con o sin Tinción.

Esta es una prueba bastante sencilla. Se prepara un estracto del frotis y al observarlo al microscopio la presencia de espermatozoides o cabezas de los mismos dan certeza absoluta de que hay semen. En las manchas de ropa se trata de ver espermatozoides completos dentro de las primeras 12 horas de producidas las manchas, o se puede tratar de ver cabezas solamente dentro de las 48 horas posteriores a que se produzca la mancha.

B. Pruebas Bioquímicas.

i. Prueba de Florence.

La Prueba de Florence consiste en la formación de los cristales de yoduro de colina. La colina como un constituyente del semen nos da una alta probabilidad de que la sustancia examinada sea semen, tomando ciertas precauciones. Esta prueba ha sido muy discutida y se le han achacado muchos falsos positivos y falsos negativos, pero en la experiencia del Laboratorio de Ciencias Forenses se ha encontrado que cuando los cristales están bien formados y éstos se encuentran en una gran cantidad, la certeza es muy alta. Una prueba negativa por Florence no indica que no haya semen, y una prueba débil positiva por Florence deja duda de si se trata o no de semen. Esta prueba es la primera que se realiza en el Laboratorio de Ciencias Forenses a manera de rutina y sustituyó una prueba también para la determinación de colina que consistía en una cromatografía en papel para determinar tanto colina como espermina, otra proteína del semen. Con la experiencia desarrollada en este laboratorio, se llegó a la conclusión de que esta técnica era poco confiable. La mayoría de los casos daban resultados negativos y nunca se pudo visualizar la presencia de espermina, aún en aquellos casos en que se trabajó con semen puro.

En caso de que la prueba de colina sea negativa, se considera que esto no es indicación de que en la muestra no haya semen; existe la posibilidad

de que la colina esté en una concentración baja o de que la colina se haya desnaturalizado.

En vista de las críticas a la prueba, en casos en que sí se hallaban espermatozoides en las manchas o frotis vaginales, se mejoró la técnica de examen en algo, haciendo una incubación del frotis vaginal o de la mancha a 37 grados centígrados durante 30 minutos, para luego hacer la determinación. Este procedimiento hace que la fosfata ácida no pueda actuar sobre la fosforinil colina y liberar la colina, pues seca la mancha.

La cristalería sucia también puede inhibir la formación de cristales de colina.

En la experiencia del Laboratorio de Ciencias Forenses la incubación de la muestra se hace entre 30 a 60 minutos, se controla la limpieza de la cristalería y se han tenido buenos resultados, y nunca se ha dado un caso que tenga un Florence negativo y una prueba por espermatozoides positiva. Dentro de esa experiencia, aunque después de 12 horas no se encuentren espermatozoides, en el noventa por ciento de los casos la colina está presente.

ii. La Prueba de Barberio.

Consiste en la formación de cristales de picrato de espermina por la acción directa del ácido pícrico sobre una muestra que contenga semen. Dicha prueba actualmente no se efectúa en el Laboratorio de Ciencias Forenses.

iii. Fosfatasas Acidas.

Cuando la prueba de Florence es positiva débil o negativa, y existe un alto grado de probabilidad de la presencia de semen en vagina por la historia relatada, se monta la prueba de Fosfatasa Acida Prostática.

En este momento se presenta un problema interesante, puesto que el fluido vaginal presenta una fosfatasa ácida propia, y además, en el caso de la determinación de semen, en la secreción vaginal vamos a encontrar que está mezclada con fosfatasa ácida prostática. Existen métodos para diferenciar ambas fosfatasas, uno de ellos es la Electroforesis en Almidón, pero debido a falta de presupuesto, el Laboratorio de Ciencias Forenses no ha podido ponerla a funcionar.

Lo que se hace actualmente es una cuantificación de la actividad de fosfatasa ácida.

Cuando las unidades en el reporte están en el alto rango (se habla de un determinado número de unidades según el método utilizado y que se establece previamente), por ejemplo: Unidades Internacionales por milímetro; (UT/ml). La manera de efectuar esta prueba es pedirle a los médicos que tomen la muestra, que humedezcan la torunda dentro de la solución salina que viene en el tubo y luego desechen el resto. Esto estandariza la cantidad de solución salina que tiene el tubo más o menos medio milímetro. Entonces si las concentraciones son de 10 unidades internacionales o más en la muestra examinada, tenemos la certeza absoluta de que sí estamos ante la presencia de semen. Cuando las unidades están en el rango de 2 a 9, este resultado hay que tomarlo con cierta reserva y solo podrá ser plenamente confiable en caso de que existan espermatozoides presentes. Cuando el resultado da menos de 2 unidades internacionales el resultado se reporta como negativo por semen.

La actividad de la fosfatasa ácida prostática en secreción vaginal es extremadamente baja y es necesario montar nuevas técnicas de análisis para poder efectuar valoraciones con pruebas que den mayor certeza en los casos de duda o cuando se trate de manchas.

C. Determinación de Sustancias Solubles de Grupo Sanguíneo.

Una vez que se ha demostrado que la muestra está positiva por semen se procede a analizar la segunda muestra y a determinar las sustancias de grupo sanguíneo A, B o H de la muestra de secreción vaginal. Las probabilidades de obtener una prueba positiva son de un cincuenta por ciento. En la mayoría de los casos la muestra es escasa porque la mayor parte de semen se ha escapado por la vagina, y lo ideal sería tomar varias muestras con torundas.

En ocasiones el médico se encuentra ante la dificultad de examinar a una paciente con un estado de ánimo inapropiado, que no coopera lo suficiente, y entonces las probabilidades de encontrar una muestra positiva por factor secretor son tal vez menores del cincuenta por ciento.

La determinación de antígenos A, B y H por medio de la técnica de Inhibición de la Hemaglutinación se hizo por primera vez a solicitud de la Juez de Instrucción de Desamparados, cuando se quería aclarar la duda de si el semen que se encontró en una muestra enviada pertenecía al imputado. A partir de ese momento se decidió tomarles a todas las pacientes una muestra de saliva con el fin de determinar su capacidad como secretora de grupos sanguíneos; o sea determinar si presentan en su

saliva o en la secreción vaginal los antígenos o sustancias de los grupos A, B o H. En el caso expuesto anteriormente, la muestra de semen enviada resultó positiva por la sustancia A; de esta manera la paciente era secretora del grupo A y necesariamente el semen debería provenir de un individuo secretor grupo A, o de un no secretor. Posteriormente fue enviado al Laboratorio de Ciencias Forenses el imputado, y se pudo determinar que su grupo sanguíneo era A y que él también era secretor, por lo que a la hora de ampliar el dictamen inicial se pudo decir que el semen correspondía a ese individuo.

Otro caso complicado que se presentó a los microbiólogos del Laboratorio de Ciencias Forenses, fue el de un homosexual que se quejó de haber sido violado por tres individuos dentro de la detención general, el ofendido indicó que los agresores le habían quitado un pañuelo de su propiedad y con este se habían limpiado los genitales después de haber abusado de él. A la hora de analizar la mancha en el pañuelo, se determinó la presencia de sustancia soluble del grupo sanguíneo B. El ofendido era del grupo B y no secretor. De los tres imputados, dos eran secretores del grupo H y uno era del grupo B. No se les hizo grupo sanguíneo porque no se les pudo extraer la muestra de sangre. Al hacer la correlación de datos se dedujo, que la mancha provenía de uno de los imputados, (el B), aunque no se descartaba la posibilidad de que existiera una mezcla de sustancia soluble del grupo sanguíneo B con sustancia soluble del grupo sanguíneo H.

D. Otras Sustancias Individualizadoras. La Fosfoglucomutasa.

Dentro de los planes de expansión en el ámbito de la investigación de la violación, el Laboratorio de Ciencias Forenses montará una prueba de Fosfoglucomutasa, una enzima que se caracteriza por presentar los subgrupos PGM1, PGM2-1, y PGM2-2, y que al igual que las sustancias solubles de grupo sanguíneo nos pueden permitir diferenciar el semen o las secreciones de dos individuos. Esta prueba tiene más importancia en el examen de manchas.

Hasta que no sea montada no podrá decirse a ciencia cierta el grado de confiabilidad que tiene y los errores que pueden cometerse en su interpretación.

E. El Examen con Luz Ultravioleta.

Anteriormente se recomendaba que el médico forense, o el microbiólogo forense iniciara el examen por manchas de semen en ropas, sometiendo éstas a la luz ultravioleta.

La experiencia del Laboratorio de Ciencias Forenses es la de que esta prueba no da una certeza absoluta de la presencia o no de semen, y además, de que con el advenimiento de los detergentes modernos, diseñados para dejar complacida al ama de casa, a los cuales se les han agregado sustancias que dan la apariencia de "blancura" o "limpieza" a la ropa, éstas sustancias dejan residuos en la ropa que darían indefectiblemente una falsa prueba positiva por semen.

II. OTRAS MUESTRAS QUE DEBEN SER TOMADAS A LOS PACIENTES.

A. Muestra de Sangre:

Tiene gran utilidad para determinar el Grupo Sanguíneo y poder compararlo con la sustancia soluble de grupo sanguíneo encontrada en secreciones del paciente.

B. Muestra de Saliva:

Se utiliza para determinar sustancias solubles de grupo sanguíneo en correlación con la muestra de frotis vaginal tomada y la muestra de sangre para Grupo Sanguíneo. Permite determinar el grupo sanguíneo del paciente por medio de su factor secretor.

C. Muestras para Investigación de Enfermedad Venérea:

Tomando en cuenta que las enfermedades venéreas más comunes en nuestro país son la Sífilis o Lues y la Blenorragia o Gonorrea, sin descartar la posibilidad de que aparezca cualquier otra (Chancroide, etc.), las muestras a tomar en estos casos serán:

i. En el caso de Sífilis o Lues:
   1. Frotis Directo para campo oscuro. El cual deberá ser hecho directamente en el Laboratorio de Ciencias Forenses.
   2. Muestra de sangre para prueba de V.D.R.L. (Venereal Disease Research Laboratory) y F.T.A. - A.B.S. (Anticuerpos Inmunofluorescentes por Treponema pallidum).

ii. En el Caso de Blenorragia o Gonorrea:
   Frotis de la secreción uretal por gonococos.

D. Muestra de Orina para Prueba Inmunológica por embarazo:

En caso de que se sospeche un embarazo posterior a una violación, debe enviarse una determinación de Gonadotropina Coreónica en orina, además de correlacionar este examen con el examen clínico.

E. Otros Exámenes:

Debe incluirse cualquier otro examen que el médico a cargo del caso considere necesario para aumentar la certeza de su diagnóstico.

El examen del peinado pubiano, de muestras de cabellos, piel encontrada en las partes inferiores de las uñas de la víctima o cualquier otro material, debe ser rotulado y envasado apropiadamente antes de su envío al Laboratorio de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial.

ESTUDIO EXPLORATORIO SOBRE EL PROBLEMA A NIVEL NACIONAL

NUESTRA EXPERIENCIA.

Se revisó el material de Examen Clínico efectuado tanto en la Sección de Clínica Médico Forense como en la Sección de Psiquiatría Forense, de la siguiente manera: se hizo un análisis de cincuenta solicitudes consecutivas de Dictamen Médico Legal en casos de Delitos Sexuales que iban desde la fecha 2 de enero de 1978 a la fecha 7 de febrero de 1979 y lo fundamental del estudio se basó en determinar algunos parámetros de comportamiento tanto de las víctimas como de los agresores en los casos de violación. Tomando en cuenta las edades, el Estado Civil, la Ocupación, la Hora de los Hechos, el Tiempo transcurrido entre los hechos y el examen médico, el Lugar del Hecho, el Número de supuestos agresores, el Parentesco que pudiese existir con el agresor, la Capacidad de Describir a este Agresor, la Resistencia que opuso al agresor la víctima, y también detalles de tipo descriptivo sobre las lesiones encontradas en la víctima tales como el Trauma Genital que pudiera presentar el Tipo de Himen que presentaba la víctima, desgarros que tuviera éste, lesiones más importantes como desgarro de la vulva vaginal y Trauma Extragenital.

En el estudio de tipo psiquiátrico que se llevó a cabo se estudiaron 40 supuestas víctimas femeninas de delitos sexuales, 6 supuestas víctimas masculinas, y 45 imputados, en un período que va desde el 27 de enero de 1978 hasta el 21 de enero de 1980. En este estudio se pretende hacer un análisis complementario de tipo psiquiátrico sobre el comportamiento tanto de las víctimas masculinas como femeninas y los imputados, tratando de comparar esos diversos comportamientos y establecer el grado de indefensión en que se encuentran las víctimas y el grado de comportamiento agresivo que pudieran desarrollar los supuestos imputados. Con este fin se tomó para el análisis la Causa Penal por la cual era enviado el estudio, el Tipo de Localidad en que se habían realizado los hechos, las Edades, tanto de las víctimas como de los imputados, la Escolaridad tanto de las víctimas como de los imputados, El Estudio de tipo Electroencefalográfico que se les hubiese efectuado, el Grado de Confiabilidad de su relato, la Ocupación de los examinados, los Antecedentes Delictivos, los Antecedentes de Drogadicción, los Antecedentes Psiquiátricos Personales y Familiares, la Historia de Retardo Psicomotor en su Infancia, el Cociente Intelectual con base en el examen mental, el Diagnóstico Psiquiátrico y la Causa Penal con la que en algún momento hubieran sido procesados.

CUADROS ESTUDIOS CLINICOS

CUADRO No. 1

Estudio clínico. Lugar donde se cometió el hecho en porcentajes. Víctimas masculinas y femeninas.

CASA DE HABITACION	15	30*
CASA FAMILIAR	1	2*
POTRERO O LOTE VACIO	18	36*
OTRO	16	32*
	50	

CUADRO No. 2

Estudio clínico. Número de presuntos violadores según el relato de la víctima en porcentajes. Víctimas masculinas y femeninas.

UNO	46	92*
DOS	2	4*
TRES	1	2*
CUATRO	1	2*
	50	

CUADRO No. 3

Estudio clínico. Ocupación de la víctima en porcentajes. Víctimas masculinas y femeninas.

OFICIOS DEL HOGAR	15	30*
ESTUD. DE PRIMARIA	17	34*
ESTUD. DE SECUNDARIA	4	8*
PROFESORA	1	2*
OPERARIA INDUSTRIAL	2	4*
PELUQUERA	1	2*
CONTABILISTA	1	2*
PREGONERO	1	2*
NO TRABAJA	8	16*
	50	

*** Porcentaje**

CUADRO No. 4

Estudio clínico. Capacidad de describir al Violador en porcentajes. Víctimas masculinas y femeninas.

SI	43	86*
NO	7	14*

CUADRO No. 5

Estudio clínico. Parentesco con el violador en porcentajes. Víctimas masculinas y femeninas.

NINGUNO	41	82*
PADRE	5	10*
HERMANO	0	0*
TIO	2	4*
PRIMO	1	2*
OTRO	1	2*
	50	

CUADRO No. 6

Estudio clínico. Resistencia al asalto de parte de la víctima en porcentajes. Víctimas masculinas y femeninas.

SI	20	40*
NO	30	60*

CUADRO No. 7

Estudio clínico. Trauma extragenital de las víctimas en porcentajes. Víctimas masculinas y femeninas.

SI	Leve	14	28*
	Grave	0	0*
NO		36	72*
		50	

CUADRO No. 8

Estudio clínico. Trauma genital de las víctimas en porcentajes. Víctimas masculinas y femeninas.

SI	**Leve**	15 (3 anal)	30*
	Grave	0	0*
NO		35	70*

CUADRO No. 9

Estudio clínico. Presencia de desgarro del himen en porcentajes. Víctimas femeninas.

SI	**Reciente**	4	9*
	Antiguo	13	30*
NO		26	61*

CUADRO No. 10

Estudio clínico. Presencia de desgarro vulvo-vaginal en porcentajes. Víctimas femeninas.

SI	2	5*
NO	41	95*
	43	

CUADRO No. 11

Estudio clínico. La hora de los hechos en porcentajes. Víctimas masculinas y femeninas.

0 - 5 horas 59 minutos	4	8*
6 - 11 horas 59 minutos	7	14*
12 - 17 horas 59 minutos	13	26*
18 - 24 horas	14	28*
HORAS IGNORADAS 12 casos		24*
		100*

CUADRO No. 12

Estudio clínico. Tiempo transcurrido entre la violación y el examen médico en porcentajes. Víctimas masculinas y femeninas.

2 horas	2	4*
2 - 6 horas	2	4*
6 - 12 horas	1	2*
12 - 24 horas	6	12*
24 - 48 horas	5	10*
48 - 72 horas	4	8*
3 - 8 días	8	16*
8d - 1 mes	3	6*
1 mes	19	39*
	50	

CUADRO No. 13

Estudio estadístico para la Hora de los Hechos. Víctimas femeninas de delitos sexuales. (Estudio clínico)

	HORAS
SD	6.65
SPD	6.56
Media aritmética	14.36
Número	37
Sumatoria	531.58
Sumatoria al cuadrado	9231.86

CUADRO No. 14

Estudio estadístico para el Tiempo Transcurrido entre los Hechos y la presentación al Examen. Víctimas masculinas y femeninas de delitos sexuales. (Estudio clínico)

	HORAS	DIAS
SD	2078.18	86.59
SPD	2054.43	85.60
Media aritmética	770.54	32.10
Número	44	44
Sumatoria	33204	
Sumatoria al cuadrado	$2{,}118 \times 10^8$	

CLASIFICACION DE 50 PERSONAS EXAMINADAS POR VIOLACION: GRUPOS DE EDAD.

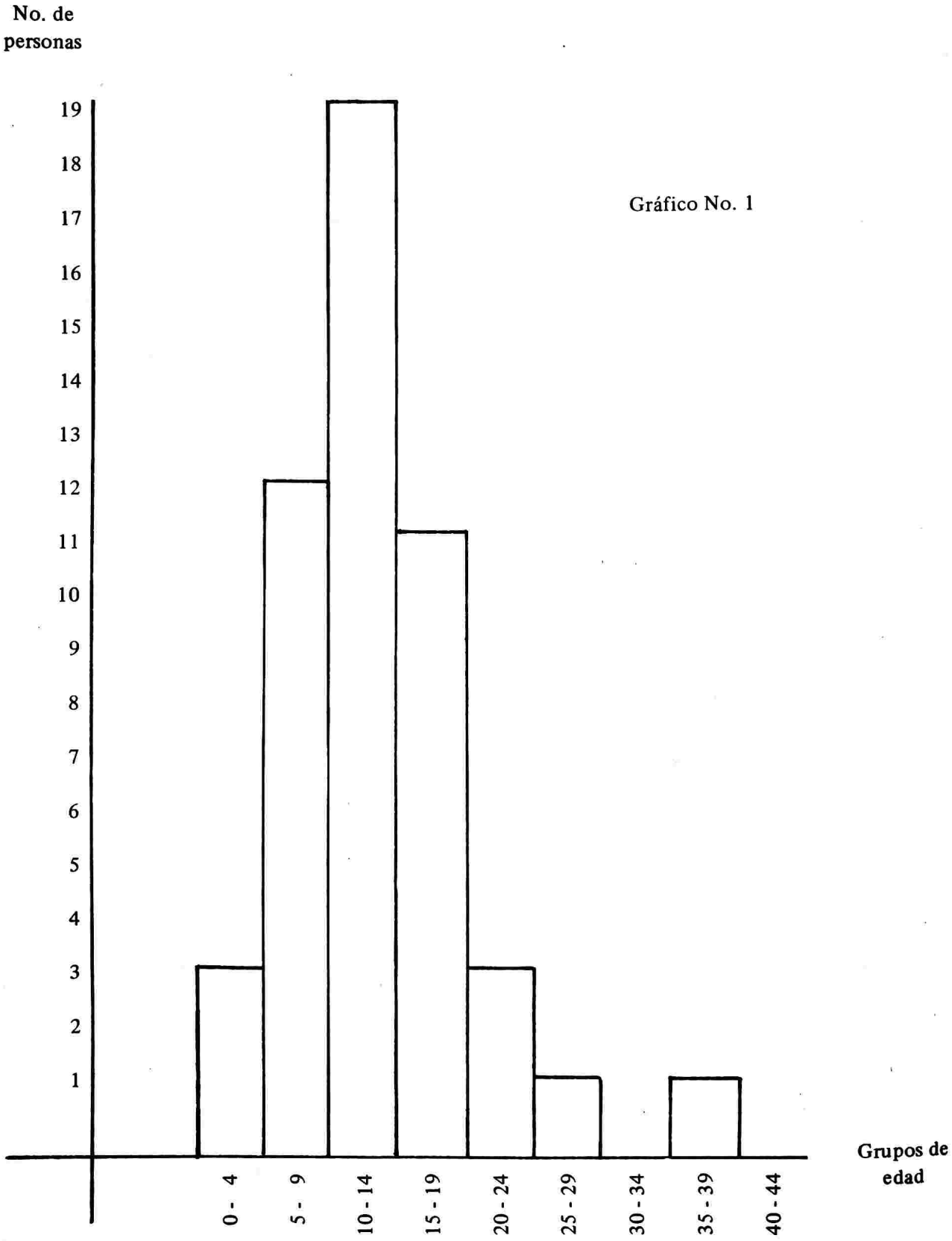
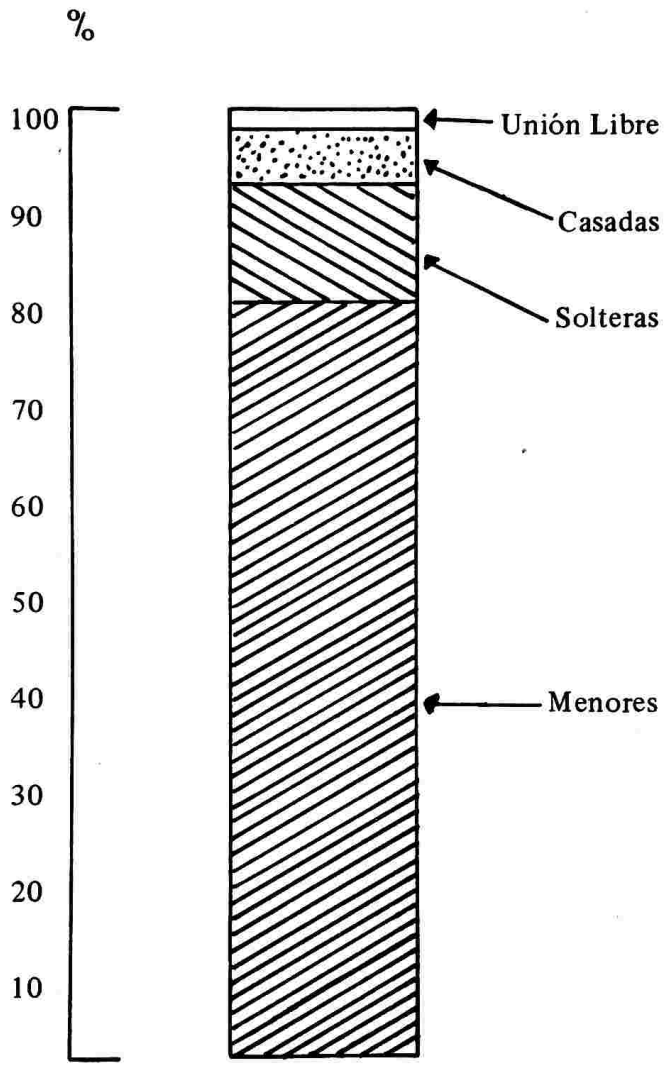


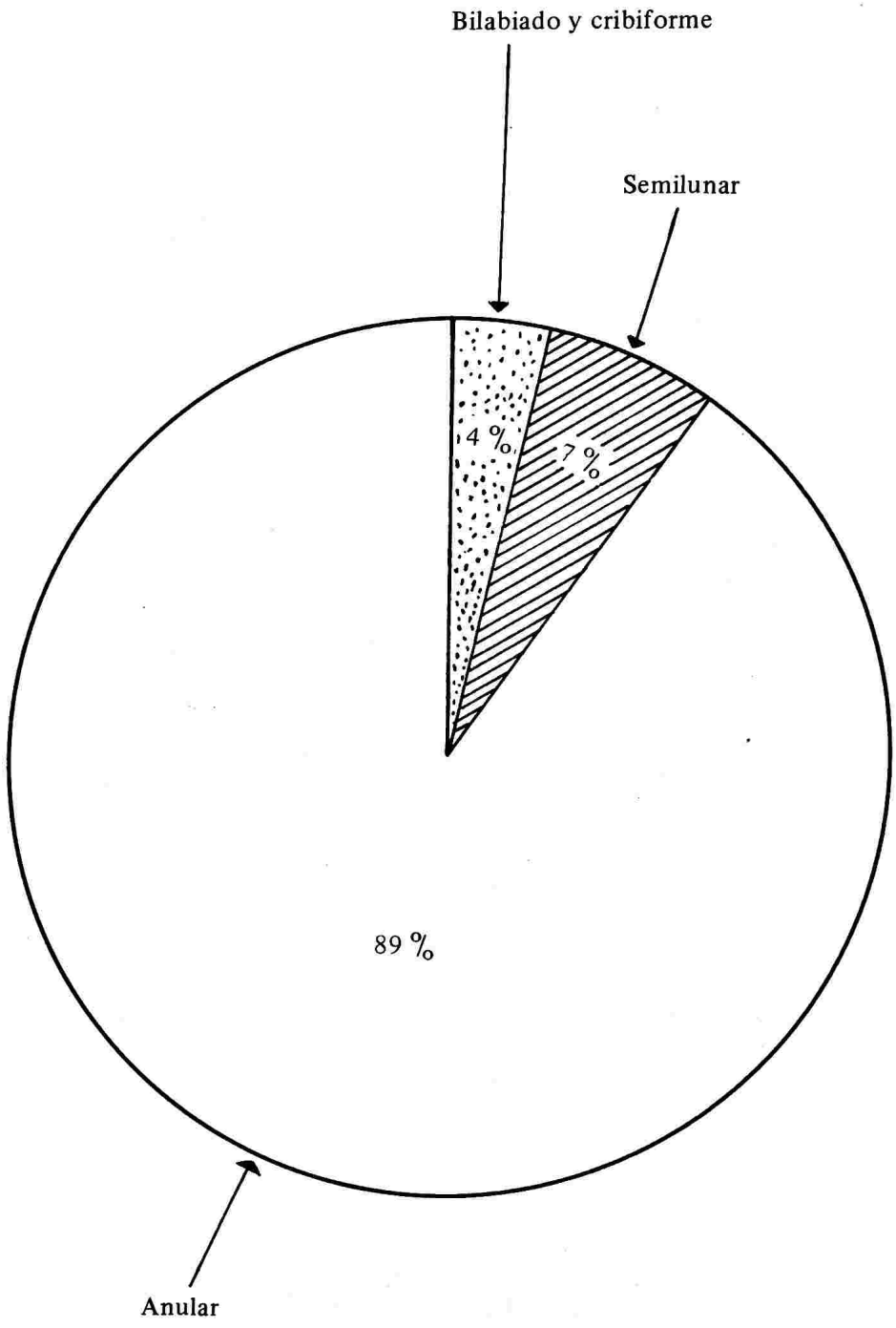
Gráfico No. 1

GRAFICO No. 2



Clasificación de 50 personas examinadas
por violación: Estado Civil.

GRAFICO No. 3



Clasificación de 43 personas examinadas
por violación: Tipo de himen.

Comentario para el Estudio Clínico:

Es de hacer notar que a diferencia con el estudio psiquiátrico, en el estudio clínico lo que se pretende con la Solicitud de Dictamen Médico Legal es establecer si existe o no evidencia física de violación, para así iniciar el proceso judicial; en el caso de estudio psiquiátrico, ya habiendo sido aprobada esa evidencia física, se envía la paciente o el paciente para estudio complementario sobre su comportamiento. Por supuesto, esta diferencia hace que en el estudio clínico el número de solicitudes enviadas, dé un porcentaje muy alto de casos con evidencia negativa por acceso carnal reciente, debido a errores en la tipificación del delito a la hora de ser enviado este para examen como a errores en la historia que se ha dado tanto de parte de la víctima como de parte de los familiares y que inducen a creer en la existencia de un problema que en realidad no se presentó.

Del estudio clínico se desprende que existe una incidencia muy semejante en las edades comprendidas, entre 5 y 20 años, y en un estudio llevado a cabo en Singapour por NG.A.Y.H. nos da una incidencia mayor en menores de veinte años también (3).

Dentro del cuadro de Estado Civil predominan las menores de 18 años (82 por ciento) seguidas por las solteras mayores de 18 años (10 por ciento) y las casadas (6 por ciento).

La ocupación predominante es la de "estudiantes de primaria" casi con la misma incidencia de "oficios domésticos", los "estudiantes de secundaria" alcanza un 8 por ciento y los "desocupados" un 16 por ciento junto con "oficios varios" que tiene un 12 por ciento.

El Lugar del Hecho nos da un porcentaje semejante para la Casa de Habitación de la Víctima (30 por ciento) y el Potrero o Lote Vacío un 26 por ciento. La Casa de un Familiar y otros lugares como un automóvil, etc., suman un 34 por ciento.

En el número de violadores se destaca definitivamente un 92 por ciento para el grupo de **agresores,** coincidiendo con el informe de Everet (1), y se anotan porcentajes bajos y semejantes para las violaciones efectuadas por varios individuos (de 2 a 4 individuos). El Parentesco con el Agresor está ausente en la gran mayoría de los casos (82 por ciento) pero en los casos en que sí existe este vínculo entre la víctima y el violador, el Padre es el que alcanza el porcentaje más alto (10 por ciento), lo que coincide con el informe de NG.A.Y.H. de Singapour (3) donde el Padre aparece en el 8,3 por ciento de los casos como agresor y los familiares o un familiar aparece como agresor en el 12.87 por ciento de los casos. El **tío** en nuestra estadística alcanza un 4 por ciento de los casos de agresión.

El mayor porcentaje de las víctimas no oponen resistencia al agresor (60 por ciento) lo que coincide con el informe de NG.A.Y.H. en Singapour (3) pero que nosotros también atribuimos que se deba a que como se trata de una denuncia del hecho, este no era algo consumado sino una suposición del mismo, y eso lo llevaría a que los porcentajes tan altos de ausencia o trauma extragenital, desgarro vulvo-vaginal o trauma genital que se denotan en este estudio coincidan con el porcentaje de víctimas que no oponen resistencia.

La Capacidad de Describir al Violador de labor es muy alta (86 por ciento) en este estudio, lo que podría hacer pensar que aunque en la mayoría de los casos el agresor no tenga ningún parentesco con la víctima, probablemente es alguien que vive cerca de ésta, por lo que la víctima es capaz de reconocerlo fácilmente.

El estudio estadístico de la Hora de los Hechos nos da una medida aritmética de las 14.36 horas con una desviación estándar de 6.65 horas. Este lapso abarca las horas normales de actividades de los humanos (7 horas a las 21 horas) y no da ninguna pauta especial sobre el comportamiento diferente de los violadores en este aspecto al resto de la población. En el reporte de Everet y colaboradores, el número de ataques fue menor en el día y fue más alto entre la medianoche y las seis de la mañana, lo que constituye un tipo de comportamiento diferente al que hemos encontrado por lo menos en este estudio.

En cuanto al Tiempo Transcurrido entre los hechos y el examen, el estudio estadístico mostró una media aritmética de 32.1 días, lapso de tiempo demasiado grande para poder permitir un examen minucioso de la víctima principalmente en lo que se refiere a material para el laboratorio, y que también permite que la evidencia clínica se borre en los casos de un trauma (genital o extragenital). Este detalle sobre el tiempo transcurrido entre los hechos y el examen nos podría indicar también que no existió interés de parte de la víctima de denunciar el hecho, o también que la víctima se encontraba renuente a denunciarlo por las consecuencias que esto podría traer. Luego en el estudio psiquiátrico se verá que un porcentaje bastante alto de las víctimas tienen algún grado de transtorno de tipo psiquiátrico con retardo mental, por lo que en par-

te podría deberse la denuncia extemporánea también, que los familiares de la víctima descubran esto en forma tardía y es hasta muchos días después de haber sucedido el hecho que se presenta la denuncia a los Tribunales.

En cuanto a la presencia o no de Trauma Genital, en el estudio se nota un 70 por ciento para la ausencia de trauma genital, y un 30 por ciento para la presencia de trauma genital leve, sin tomarse en cuenta que aparezcan datos sobre trauma genital grave, y esto lo podemos explicar si sabemos que los casos en los cuales se produce un daño severo a los genitales de las víctimas, son referidos inmediatamente al Hospital Nacional de Niños, o al Hospital San Juan de Dios para el tratamiento de emergencias. En la estadística de Everet (1) se documenta un 12.8 por ciento de pacientes con lesiones graves y un 51.28 por ciento de pacientes con lesiones leves, además de un 5.1 por ciento de pacientes que requieren hospitalización. Personalmente creo, que si se hubiera tomado en cuenta la estadística que se lleva a cabo en el Hospital Nacional de Niños tal vez hubiéramos alcanzado unos porcentajes semejantes a los porcentajes presentados por Everet, pero con nuestra estadística podemos compararnos con el estudio llevado a cabo en Singapour por NG.A.Y.H. en el cual solamente aparecen 25.75 por ciento de víctimas con daño corporal con 13.63 por ciento de víctimas con lesiones vaginales y 3 por ciento con lesiones graves. En cuanto al desgarro del himen reciente solamente se presentó un 9 por ciento de los casos, y antiguo un 30 por ciento de los casos, sin que se pueda documentar desgarro del himen en un 61 por ciento de los casos. El desgarro vulvo-vaginal solamente se presentó en el 5 por ciento de los casos, y en el 95 por ciento de los casos no existía evidencia de desgarro vulvo-vaginal; por las razones anotadas anteriormente.

En cuanto al trauma extragenital se documenta un 28 por ciento de lesiones leves no se documenta ninguna lesión grave y no se documenta lesiones del todo en el 72 por ciento de los casos, lo que nos compara con el estudio hecho en Singapour (3).

En el estudio efectuado por Groth (2), en 69 casos de mujeres examinadas por una supuesta violación, el 75 por ciento tenían evidencia objetiva de trauma que involucraba genitales o alguna otra parte del cuerpo, y de éstas solamente en 32 casos se pudo encontrar semen en vagina.

En nuestro estudio no se hizo análisis de los resultados de las muestras enviadas al laboratorio debido a que no existía al momento de iniciado el mismo una sistematización al respecto y esto podría traer confusiones. Puedo decir que al momento actual los exámenes se envían como una rutina, por lo menos, dentro del Departamento de Medicina Legal, y esto permitirá en el futuro hacer un análisis comparativo sobre los datos que brinda Groth.

BIBLIOGRAFIA

1. EUNGPRABHAUTH, V. *"Finding of the Spermatozoa in the Vagina Related to Elapsed Time of Coitus"*. Z. Rechtsued, 1974, 74/4 (301-304).

2. GROTH, A.N. and BURGESS, A. W. *"Sexual Disfunction During Rape"*. N. Fang. J. Med., 1977, 297/14 (764-766).

3. MILLON, T. *"Psicopatología y Personalidad"*. Ed. Interamericana 2da. Ed., 1974, 1era. Ed. Español, (93-101).

* * *

Sección III: Reseña legislativa extranjera.

REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO PUERTORRIQUEÑO*

*Dr. Pedro F. Silva-Ruiz***

SUMARIO:

I. Generalidades. El sistema de comunidad de adquisiciones a título oneroso durante el matrimonio, denominado sociedad de gananciales. 114

II. Naturaleza jurídica del régimen patrimonial matrimonial. 114

III. Las capitulaciones matrimoniales 115

IV. Donación por razón de matrimonio. 117

V. Donación entre cónyuges 118

VI. La dote 118

VII. La sociedad de gananciales: concepto, naturaleza jurídica, bienes privativos de los cónyuges, bienes gananciales, cargas de la sociedad conyugal, el derecho judicial o jurisprudencial, la coadministración a partir de 1976, los actos de disposición de bienes, la extinción y liquidación de la sociedad conyugal. 119

VIII. El concubinato 121

IX. Conclusión y recomendación. 128

Resumen 128

* *Trabajo preparado por el Congreso Hispano Americano de Profesores de Derecho de Familia, convocado por la Universidad Católica de Salta, Argentina, y organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas. Marzo de 1983.*

** *Profesor, Escuela de Derecho, Universidad de Puerto Rico, Río Piedras, Puerto Rico.*

I. GENERALIDADES. EL SISTEMA DE COMUNIDAD DE ADQUISICIONES A TITULO ONEROSO DURANTE EL MATRIMONIO, DENOMINADO SOCIEDAD DE GANANCIALES.

1. El Matrimonio influye en las relaciones patrimoniales de cada uno de los cónyuges. En Puerto Rico existe lo que la doctrina denomina "sistema de comunidad de adquisiciones a título oneroso" que, como indica su nombre, "es una comunidad limitada a las adquisiciones que los cónyuges realicen **a título oneroso durante el matrimonio,** permaneciendo, en cambio, en la propiedad separada de cada uno los bienes que tuviesen con anterioridad al matrimonio y los adquiridos con posterioridad a título gratuito. Pertenecen también a la comunidad las rentas o productos de los bienes propios de los esposos. Es el régimen legal propio de nuestro Código, denominado en el mismo sociedad de **gananciales**" (1). En efecto, nuestro Código Civil dispone: "(A) falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales"(2).

II. NATURALEZA JURIDICA DEL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO.

2. En el Código Civil de Puerto Rico se **destaca** el **aspecto contractual** del régimen patrimonial del matrimonio. Así, como parte del Libro Cuarto (De las obligaciones y contratos), el Título III regula el "contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio" (3).

3. Pero esta configuración legal ha sido **criticada** por nuestra doctrina que atribuye un carácter preferentemente institucional a dicho régimen (4). Pueden aducirse las siguientes razones para fundamentar esa censura: (i) rompe la unidad de la doctrina al disgregarse las instituciones relativas al

---

(1) ESPIN, Diego. *Manual de Derecho Civil español*, el Vol. IV: familia, pág. 192 (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, cuarta edición, 1975). El subrayado destaca un tipo de imprenta distinto en el original.
El lector se habrá percatado de que nos estamos limitando a la exposición del tema en el derecho puertorriqueño. La discusión de las posibles soluciones que pueden configurar las relaciones patrimoniales, esto es, los "sistemas económicos matrimoniales" o "régimen patrimonial del matrimonio" no tienen porqué reproducirse en este trabajo. La literatura jurídica es abundante. Por todos, véase Castán, el Tomo Quinto (Derecho de Familia), Volumen primero (Relaciones conyugales) de su obra *Derecho civil español, común y foral* (Reus, Madrid, novena edición, 1976), pág. 266 y siguientes y la extensa bibliografía allí citada. También puede verse a Albaladejo, *Compendio de Derecho de Familia y Sucesiones* (Bosch, Barcelona, 1965), el capítulo III: "Efectos y economía del matrimonio", pág. 41 y siguientes.
En Puerto Rico la sociedad de gananciales aparece regulada en el Código Civil como uno de los capítulos del denominado "Contrato sobre bienes en ocasión del matrimonio", 31 LPRA 3551 et. seq.

(2) Artículo 1267, segundo párrafo del Código Civil de Puerto Rico; 31 LPRA 3551 (2).
El Código Civil Español, que estaba vigente en Puerto Rico cuando ocurrió el cambio de soberanía (española a norteamericana), fue editado en virtud del mandato contenido en la Ley del 11 de mayo de 1888, y aprobado por Real Decreto del 24 de julio de 1889. Fue hecho extensivo a las islas de Puerto Rico, Cuba y Filipinas por Real Decreto del 31 de julio de 1889. Su vigencia en Puerto Rico comienza desde el 1 de enero de 1890. Ver Rodríguez v. San Miguel, 4 DPR 105, 114 (1903) y Torres v. Rubianes, 20 DPR 337 (1914).
En la Orden General núm. 1, del 18 de octubre de 1898, el Gobernador Militar de Puerto Rico dispuso que las leyes existentes, hasta donde afectaren la determinación de derechos privados correspondientes a individuos o propiedades y la sanción por la comisión de delitos criminales, serían mantenidas en todo su vigor, a menos que resultasen incompatibles con el cambio de condiciones realizado en Puerto Rico, caso en el cual podrían ser suspendidas por el Jefe del Departamento. Dichas leyes serían administradas sustancialmente tal como existían antes de la cesión a los Estados Unidos.
El Código Civil fue revisado y editado en varias ocasiones. La edición vigentes es la del 1930, subsiguientemente enmendada.

(3) En la codificación *Leyes de Puerto Rico Anotadas* corresponde al subtítulo 4 (Obligaciones y contratos), parte III: Contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio. Abarca los artículos 1267—1333, incls. (31 LPRA 3551—3717), que proceden de los arts. 1315—1441 del Código Civil Español, pero con enmiendas.

(4) MENENDEZ, Emilio. *Lecciones de Derecho de Familia*, (Editorial Universitaria, Universidad de Puerto Rico, 1976), pág. 220.

derecho matrimonial; (ii) las relaciones económicas del matrimonio pueden existir sin necesidad de contrato y (iii) aún las capitulaciones matrimoniales tienen un aspecto contractual muy limitado, ya que aún las obligaciones que pueden contener son consecuencia de un orden general de derecho que se ha preestablecido para el régimen matrimonial.

4. En análogo sentido se ha manifestado la doctrina española. Para Castán, la naturaleza del régimen económico matrimonial "es más que **contractual, institucional.** Se trata de un complejo que puede recibir sus reglas, según los casos, de la voluntad de los esposos o puramente de la ley, pero que siempre está vinculado a la institución del matrimonio, constituyendo un accesorio de ella" (5).

5. El Código Civil consagra el sistema de libertad de pacto. Pero de modo supletorio, para el caso de falta de pacto, establece el de comunidad de adquisición a título oneroso que, como señalamos anteriormente, denomina sociedad legal de gananciales. Dispone la ley:

> "Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este título" (6).

Y el régimen legal supletorio se establece inmediatamente en el apartado o párrafo que sigue al anterior:

> "A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales" (7).

III. CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

6. De las precitadas disposiciones surge que **las capitulaciones matrimoniales son** el contrato en el que los futuros cónyuges estipulan las condiciones de la sociedad conyugal con relación a los bienes presentes y futuros (8).

7. No se trata, investigando ya la naturaleza jurídica del instituto, de una verdadera condición (condición de hecho), sino de una "conditio iuris" **(condición de derecho)** (9).

La propia ley ordena, además, que el contrato de capitulación(es) matrimonial(es) "quedará nulo y sin efecto alguno en el caso de no contraerse" el matrimonio (10).

8. En cuanto a la **variabilidad** o **alteración** en las capitulaciones, la legislación puertorriqueña provee lo siguiente:

> "Para que sea válida cualquier alteración que se haga en las capitulaciones matrimoniales, deberá tener lugar antes de celebrarse el matrimonio y con la asistencia y concurso de las personas que en aquéllas intervinieron como otorgantes . . ." (11).

La anterior disposición es complementada con aquella otra que ordena que "(D)espués de celebrado el matrimonio no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas antes, ya se trate de bienes presentes, ya de bienes futuros" (12).

---

(5) Según citado en Espín, *ob. cit.*, nota 1, pág. 203.

(6) Art. 1267 (1) del Código Civil, 31 LPRA 3551.

(7) Art. 1267 (2) del Código Civil, 31 LPRA 3551.

(8) Nótese la diferencia con el vigente artículo 1315 español (del cual procede el artículo 1267 de Puerto Rico), conformado por la ley de 1975 que se refiere no tan sólo a los futuros cónyuges (como en Puerto Rico) sino a los cónyuges actuales.

(9) PUIG, Brutau. Tomo I, vol., II: *Derecho general de las obligaciones de los fundamentos de Derecho Civil*, (Bosch, Barcelona, segunda edición, 1976), pág. 94.

(10) Artículo 1278 del Código Civil, 31 LPRA 3562.

(11) Artículo 1271 (1) del Código Civil, 31 LPRA 3555.

(12) Artículo 1272 del Código Civil, 31 LPRA 3556. Nótese la diferencia con el correspondiente artículo del Código Civil español (ley de 1975) que ha implantado el sistema de variabilidad, pues aún después de celebrado el matrimonio, los cónyuges podrán otorgar sus capitulaciones, "estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros . . ." (art. 1315, primer apartado, del Código Civil español, conforme la ley de 1975).

9. En el caso **Vilariño Martínez v. Registrador,** una vez contraído el matrimonio, los cónyuges otorgaron una escritura aclaratoria de las capitulaciones matrimoniales con el propósito de esclarecer que la facultad concedida al marido para administrar y disponer, sin la intervención de su esposa, de los bienes y derechos que dicho marido aportó al matrimonio —facultad incluida en la escritura original de capitulaciones— comprende también la facultad de administrar y disponer, sin la intervención de su esposa, de bienes y derechos por él adquiridos "después del matrimonio". El Tribunal Supremo resolvió que la escritura aclaratoria de capitulaciones matrimoniales constituían una alteración (cambio o modificación) de las disposiciones del régimen previamente establecido y, por lo tanto, improcedente. No resolvió, pues no estaba planteado para su dilucidación, si unas capitulaciones matrimoniales son susceptibles de aclaración o interpretación después del matrimonio de sus otorgantes (13).

10. En cuanto a la **capacidad para otorgar capitulaciones** se le reconoce a las mismas personas capaces de contraer matrimonio *(habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia).* No obstante, al menor de edad y demás incapaces que puedan contraer matrimonio, la ley requiere la asistencia de sus representantes legales.

(i) menores de edad - el Código ordena:

"El menor, que con arreglo a la ley pueda casarse, podrá también otorgar sus capitulaciones matrimoniales; pero únicamente serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor a fin de contraer matrimonio".

"El el caso de que las capitulaciones fuesen nulas por carecer del concurso y firma de las personas referidas y de ser válido el matrimonio con arreglo a la ley, se entenderá que el menor lo ha contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales" (14).

(ii) incapacitados:

"Para la validez de las capitulaciones otorgadas por aquel contra quien se ha pronunciado sentencia o se haya promovido juicio de interdicción civil o inhabilitación, será indispensable la asistencia y concurso del tutor, que a este efecto se le designará por quien corresponda, según las disposiciones (de la ley)" (15).

11. No cabe duda de la trascendencia de las capitulaciones nupciales, razón por la cual el legislador puertorriqueño exige el **requisito de forma,** especialmente la (forma) **notarial.** Así:

> "Las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan en ellas habrán de constar por escritura pública, otorgada antes de la celebración del matrimonio" (16).

---

(13) Las decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico tienen valor de precedente. Tienen fuerza vinculante prospectiva en el ordenamiento y, por consiguiente, han de ser seguidas en la solución de casos posteriores.
Vázquez Bote ha escrito al respecto: ". . . es de conocimiento general, que las sentencias del Tribunal Supremo son importantes, llegándose incluso a decir de ellas que tienen fuerza de ley, fuerza que la clase profesional que vive del Derecho en Puerto Rico le reconoce: prefieren invocar resoluciones jurisprudenciales antes que hacer indicación de la norma legal correspondiente. Lo cual parece estar en contradicción con el Código Civil, que, junto a negar a la jurisprudencia el carácter de fuente del Derecho, cuando le da intervención especial, la limita a funciones que ninguna relación guardan con dicha actividad creadora". Tomo I, Vol., I: *Introducción — Parte General del Derecho Civil de Puerto Rico.* (Fas, San Juan, Puerto Rico, 1972), pág. 254.
Rodríguez Ramos ha manifestado: "Coinciden en Puerto Rico los dos grandes sistemas de Derecho del mundo moderno, y aunque nuestro Derecho Privado es Derecho Civil, en ciertos respectos, tales como el de la obligatoriedad del precedente judicial, se entremezclan la técnica continental europea y la angloamericana. Por ejemplo, nuestro Derecho no tiene como fuente de origen las decisiones judiciales, sino la expresión del legislador; pero, de otra parte, la interpretación de una ley por nuestra Suprema Corte pasa a formar parte de la formulación legislativa, tal y como si en ella estuviera incierta, con fuerza de obligatoriedad para los demás tribunales. En este sentido, priva en Puerto Rico la doctrina de *stare decisis,* según se la observa en los Estados Unidos de América, es decir, con algo menos del tradicional rigor del Derecho común inglés". *Casos para el estudio de los derechos reales* (Ediciones de la Universidad de Puerto Rico, San Juan, Puerto Rico, 1956), pág. 16.

(14) Artículo 1270 del Código Civil, 31 LPRA 3554.

(15) Artículo 1275 del Código Civil, 31 LPRA 3559.
Tengo dudas de que la pena de "interdicción civil" exista en Puerto Rico debido a que las normas, recogidas en el anterior (hoy día derogado) Código Penal, que servían de base legal para dicha pena de interdicción civil, no están recogidas en el vigente Código Penal.

(16) Artículo 1273, primer apartado, del Código Civil; 31 LPRA 3557. El segundo apartado ordena que "se exceptúan de esta regla los bienes que se hallen en las condiciones a que se refiere el art. 1276 (sec. 3560).
Dicho artículo 1276 manda: "Siempre que los bienes aportados por los cónyuges no sean inmuebles y asciendan a un total, los de marido y mujer, que no exceda de quinientos dólares, y en el pueblo de su residencia no hubiese notario, las capitulaciones se podrán otorgar ante el secretario del ayuntamiento y dos testigos, con la declaración

12. El contenido de las capitulaciones matrimoniales es, evidentemente, el régimen económico del futuro matrimonio. Pero si el futuro matrimonio no se contrajese, o el mismo fuera nulo, las capitulaciones no surtirán efecto (17).

IV. DONACION POR RAZON DE MATRIMONIO.

13. Su concepto aparece recogido en la misma ley al rezar el precepto legislativo que "(S)on donaciones por razón de matrimonio las que se hacen antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos" (18).

14. Las mismas reciben un singular tratamiento por el legislador. Se rigen por las reglas establecidas en el capítulo que las regula (19) y en lo que no resulte modificado por las mismas, por las reglas generales de las donaciones (20).

15. Merece la pena destacar que en relación con la capacidad, se facilita su otorgamiento ya que se permite hacerlas a los menores de edad, "en su contrato antenupcial, siempre que las autoricen las personas que han de dar su consentimiento para contraer matrimonio" (21). Por el contrario, el Código dispone que "(P)odrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes" (22). Esto es, para hacer donaciones ordinarias se exige la capacidad para contratar y disponer de los bienes, pero distinta es la norma, como se ha dicho, para hacer o recibir donaciones por razón de matrimonio.

16. En cuanto a la forma, deberá observarse la prescrita para la donación ordinaria (23).

17. Respecto a la cuantía de estas donaciones nupciales, si son hechas por terceras personas a alguno de los futuros cónyuges, no tienen más limitaciones que las ordinarias (24).

Pero las donaciones hechas entre los propios novios están restringidas respecto a los bienes presentes. Las mismas no pueden pasar de la décima parte de dichos bienes (25).

18. La celebración del matrimonio son un presupuesto necesario para que estas donaciones produzcan su efecto. La falta de la celebración del matrimonio *(condicio iuris)* provocaría que sus efectos no se produjesen (26).

---

bajo su responsabilidad, de constarles la entrega, o aportación, en su caso, de los expresados bienes" (primer apartado).

(17) Artículo 1278 del Código Civil, 31 LPRA 3562.

(18) Artículo 1279 del Código Civil, 31 LPRA 3581.

(19) Artículo 1280 del Código Civil, 31 LPRA 3582. El capítulo comprende los 1279 a 1287 del Código Civil, 31 LPRA 3581 a 3589.

(20) Artículo 558 y siguientes del Código Civil, 31 LPRA 1981 et. seq.

(21) Artículo 1281 del Código Civil, 31 LPRA 3583.

(22) Artículo 566 del Código Civil, 31 LPRA 2001.

(23) Artículo 574: "La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente o por escrito". "La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada . . .". 31 LPRA 2009.
Artículo 575: "Para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario". 31 LPRA 2010 (1).

(24) Artículos 576, 577 y 578 del Código Civil, que disponen:
(i) Artículo 576: "La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias".
(ii) Artículo 577: "La donación no podrá comprender los bienes futuros". (Que son aquellos que el donante no puede disponer al tiempo de la donación).
(iii) Artículo 578: "No obstante lo dispuesto (en el artículo 576), ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento".

(25) Artículo 1283 del Código Civil, 31 LPRA 3585.

(26) Castán, *ob. cit.*, pág. 480. Igual posición asume Puig Peña. Pero hay otras opiniones.

19. Estas donaciones se ven favorecidas por reglas especiales como la siguiente:

> "El donante por razón de matrimonio deberá liberar los bienes donados de las hipotecas y cualesquiera otros gravámenes que pesen sobre ellos, con excepción de los censos y servidumbres, a menos que en las capitulaciones matrimoniales o en los contratos se hubiese expresado lo contrario" (27).

V. DONACION ENTRE CONYUGES.

20. La histórica prohibición de donación entre cónyuges tiene como fundamento el temor de la excesiva influencia que durante el matrimonio pueda alcanzar uno de los cónyuges sobre el otro y las consecuencias patrimoniales para ellos.

21. El Código Civil dispone que "(S)erá nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio" (28). Igualmente ordena que "(S)erá nula toda donación hecha durante el matrimonio por uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, o a las personas de quienes sea heredero presunto al tiempo de la donación" (29).

22. Una excepción a dichas prohibiciones la constituyen "los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia" (30).

VI. LA DOTE.

23. La ley Núm. 106, aprobada el 2 de junio de 1976, derogó todas las disposiciones, hasta entonces vigentes, que se referían a la dote, y que formaban parte del Código Civil (31).

La Exposición de Motivos de la referida pieza legislativa reza:

> "La mujer puertorriqueña contribuye con su esfuerzo, talento y capacidad en todos los órdenes de la vida puertorriqueña, y disfruta, por virtud de mandato constitucional de los mismos derechos del hombre.
>
> La arcaica institución de la dote, predicada en tiempos antiguos a base de que la mujer para obtener un buen marido tenía que aportar bienes económicos al matrimonio, resulta anticuada en nuestros tiempos, ya que engendra un discrimen contra la dignidad y capacidad intelectual de la mujer.
>
> Por tal motivo creemos necesario eliminar de nuestro orden jurídico la institución de la dote, ya que ésta resulta arcaica y contraria al progreso obtenido por la mujer puertorriqueña en las últimas décadas". (Leyes y Resoluciones de Puerto Rico, 1976, pág. 324).

---

(27) Artículo 1284 del Código Civil, 31 LPRA 3586.

(28) Artículo 1286, 31 LPRA 3588 (1).

(29) Artículo 1287 del Código Civil, 31 LPRA 3589.

(30) Artículo 1286 (2) del Código Civil, 31 LPRA 3588 (2).

(31) Artículos 1289 a 1294, 31 LPRA 3601 a 3607.

VII. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

24. Como quedara dicho desde el inicio de este ensayo, la sociedad de gananciales en derecho puertorriqueño no es otra cosa que una **comunidad de adquisiciones** entre los cónyuges. Sus principios fundamentales han sido descritos por Rogin de la manera siguiente:

> "La idea matriz de esta variedad de comunidad es la de que la partición se limita a los bienes o valores que provienen de lo que los esposos han llegado a economizar con el producto de su trabajo y los rendimientos de sus fortunas personales, después de haber hecho frente a los gastos de la familia, o, en otros términos, el principio de esta combinación matrimonial es la reserva a favor de cada cónyuge de los bienes que fueran de su propiedad al tiempo del matrimonio, así como los que haya adquirido durante la unión a título gratuito, por sucesión o donación. Ninguno de estos elementos patrimoniales guarda, en cuanto a su adquisición, relación directa con el matrimonio; los bienes presentes han sido ganados o recibidos a título lucrativo antes de la unión; los bienes obtenidos a este último título durante la unión lo son en virtud de causas que, jurídicamente al menos, no dependen en nada de la existencia de ésta" (32).

25. Castán nos ofrece el siguiente **concepto** legal: "es la sociedad que la ley declara existente entre los cónyuges, a falta de estipulación en contrario (. . .), y por virtud de la cual se hacen comunes y divisibles por mitad, a la disolución del matrimonio, las ganancias y beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos durante el matrimonio" (33).

26. En cuanto a la **naturaleza jurídica** de dicha sociedad, nuestro Tribunal Supremo tiene resuelto que:

> "La sociedad conyugal tiene personalidad jurídica, ya que posee los requisitos necesarios para tener propia personalidad: existencia de un interés común, conciencia del mismo y organización de la colectividad. Pero es una entidad económica familiar *sui generis* de características especiales, que no tiene el mismo grado de personalidad jurídica de las sociedades ordinarias o entidades corporativas, sino, como dice Alfonso de Cossio y Corral . . . "otro menor adaptado a su razón de ser y a la interpenetración entre los patrimonios personales y el social que hay en ella; una personalidad atenuada . . . siendo el marido el órgano del interés común".
>
> "Es una sociedad legal y necesaria, contraída con el fin de mantener y ayudar a sufrir las cargas del matrimonio, no formada con una idea de especulación, sino fortalecida por el cariño de los cónyuges . . ." (34).

Y en **International Charter Mortgage Corporation** v. **Registrador** dicha superioridad ha manifestado que "Castán Tobeñas la configura como una comunidad germánica o en mano común, ya que marido y mujer son, indistintamente, titulares de un patrimonio, sin que ninguno de ellos tenga un derecho actual a una cuota que pueda ser objeto de enajenación, ni pueda dar lugar a la causa de división y sin que sea posible determinar concretamente la participación de los cónyuges en ese patrimonio, sin una previa liquidación" (35).

27. En materia patrimonial, "(E)l marido y la mujer tendrán el derecho de administrar y disponer libremente de sus respectivas propiedades particulares" (36). Así, resuelto está que subsidios de jornales agrícolas pagados por una agencia gubernamental a un excónyuge agricultor posteriores a una sentencia de divorcio no constituyen bienes gananciales (37). Y en **Baldrich** v. **Registrador** (38)

---

(32) Según citado en Castán, *ob. cit.*, págs. 336—337.

(33) Castán, pág. 340.

(34) Torres v. Autoridad de las fuentes fluviales de Puerto Rico, 96 DPR 648 (1968).

(35) 34 Col. Abog. 1981.

(36) Artículo 92 del Código Civil, 31 LPRA 285. Para una regulación más detallada sobre el particular, ver los artículos 1299 y 1300 del Código Civil, 31 LPRA 3631—3632. El artículo 1299 dispone:
"Son bienes propios de cada uno de los cónyuges:
1) Los que aporte al matrimonio como de su pertenencia.
2) Los que adquiera durante él por título lucrativo, sea por donación, legado o herencia.
3) Los adquiridos por derecho de retracto o por permuta con otros bienes, pertenecientes a uno solo de los cónyuges.
4) Los comprados con dinero exclusivo de la mujer o del marido".

(37) García v. Montero Saldaña, 107 DPR 319 (1978).

(38) 86 DPR 42 (1962).

se dispuso que la participación eventual que pueda corresponder a la sociedad conyugal en los frutos, rentas o intereses devengados privativos de sus miembros, no opera como limitación de la capacidad jurídica de éstos para disponer libremente de sus respectivas propiedades particulares ni para que la mujer pueda por sí contratar para lo que refiera a sus bienes propios o administración de éstos que le confiere la ley.

28. Existe una **presunción legal** favorable a la sociedad legal de gananciales. "Se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer" (39).

29. Los **bienes gananciales** pueden clasificarse en las categorías siguientes:

(i) **Por modo directo.** Tienen esta consideración:

(a) Los bienes obtenidos por la industria, sueldo o trabajo de los cónyuges o de cualquiera de ellos (40).

(b) Los frutos, rentas o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes o de los peculiares de cada uno de los cónyuges (41).

(c) Las cabezas de ganado que excedan, al disolverse la sociedad, de las que fueron aportadas al matrimonio en concepto de capital de marido o de bienes privativos de la mujer (42).

(d) Los lucros o ganancias obtenidos por la suerte o sin esfuerzo alguno, a que alude por el Código ordenar "(L)as ganancias obtenidas por el marido o la mujer en el juego, o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución, pertenecerán a la sociedad de gananciales . . ." (43).

(ii) **Por subrogación,** son gananciales:

(a) Los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos (44).

(b) El capital o industria social que se emplea en interés de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges se transforma en un crédito también ganancial contra el cónyuge de que se trate. Así lo considera el Código cuando dispone que "(L)as expensas útiles, hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges mediante anticipaciones de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer, son gananciales" (45).

(c) Los edificios construidos a expensas de la sociedad en terreno propio de uno de los cónyuges. La ley ordena que "(L)o serán también —refiriéndose a gananciales— los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca" (46).

30. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en el aspecto de cuáles bienes son privativos y cuáles gananciales, ha resuelto que:

(i) Cuando la plusvalía es el mero resultado del transcurso del tiempo, o de otras causas que no sea el esfuerzo de uno de los cónyuges o a costa

---

(39) Artículo 1307 del Código Civil, 31 LPRA 3647. En Espéndez v. Vda. de Espéndez, 85 DPR 437 (1962) se señaló que esta presunción responde al deseo de resolver las dudas que con facilidad y frecuencia se suscitan acerca de la procedencia y carácter de determinados bienes, y "al mismo tiempo evitar que las simples manifestaciones de los interesados puedan encubrir verdaderas donaciones entre cónyuges" (Castán) y, además, del deseo de "prevenir posibles actuaciones fraudulentas por parte de los cónyuges frente a terceros". (Espín). Se resolvió que la prueba para desvirtuar el presunto carácter ganancial de bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio incumbe a quien sustenta su naturaleza privativa; que dicha prueba debe ser completa y suficiente para desvanecerla, y por eso la jurisprudencia ha sido exigente, de modo riguroso, en cuanto a la calidad y cantidad de prueba que se requiere para ello. Así, cuando la controversia es entre marido y mujer los tribunales no deben ser tan exigentes en cuanto a la suficiencia de la prueba (Blanes v. González, 60 DPR 566, 573 (1942). Pero en el orden registral, para evitar perjuicio a terceros, se ha sido exigente, requiriéndose para la inscripción como privativos de los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio que ello se demuestre cumplidamente y a satisfacción del Registrador mediante la documentación que en forma suficiente establezca la procedencia privativa de los fondos invertidos. (González v. Registrador, 73 DPR 484 (1952).

(40) Artículo 1301 (2) del Código Civil, 31 LPRA 3641 (2).

(41) Artículo 1301 (3) del Código Civil, 31 LPRA 3641 (3).

(42) Artículo 1305 del Código Civil, 31 LPRA 3645.

(43) Artículo 1306 del Código Civil, 31 LPRA 3646.

(44) Artículo 1301 (1) del Código Civil, 31 LPRA 3641 (1).

(45) Artículo 1304 (1) del Código Civil, 31 LPRA 3644.

(46) Artículo 1304 (2) del Código Civil, 21 LPRA 3644 (2).

del caudal común, ella beneficia únicamente al propietario respectivo. El esfuerzo del cónyuge o la inversión del caudal común tiene que ser objeto de prueba por el que alegue el carácter ganancial de la plusvalía (47).

(ii) Es privativa la compensación que recibe un cónyuge por concepto de daños y perjuicios ocasionados a su persona. La indemnización es esencialmente reparadora y se da por haberse violado el derecho a la persona (48).

(iii) Los pagos periódicos recibidos por un veterano con motivo de una incapacidad sobrevenídale mientras era casado constituyen activos de la sociedad legal de gananciales. En efecto sustituyen los ingresos que pudieron haberse percibido de no haber ocurrido la incapacidad (49).

(iv) Tratándose de una pensión de retiro o anualidad de retiro por años de servicios ¿es su carácter privativo o ganancial? Se resuelve que el derecho a anualidad por retiro es una personalísima que nunca acrece al haber común (50).

(v) Las aportaciones que, constante matrimonio, haga uno de los cónyuges a un sistema de retiro, tienen la naturaleza de bien ganacial, pues las obtuvo por su trabajo (51).

(vi) El producto de una póliza de seguro de vida que un empleado gubernamental sufraga con cuotas descontadas de su salario mensual tiene naturaleza ganancial. "Si las primas se pagan con el capital privativo del marido o de la mujer, el capital de seguro le pertenece privativamente. Si se paga a costa del caudal común o no puede justificarse la procedencia del dinero, la adquisición es ganancial" (52).

31. Se consideran **cargas** de la sociedad de gananciales todas aquellas obligaciones de la familia que, bien por su orígen, carácter y fines, no debieran ser imputadas como de la responsabilidad personal de los cónyuges conjuntamente o de cada uno de ellos particularmente.

32. Dichas cargas pueden dividirse conforme pesen directamente sobre la mencionada sociedad o bien le afecten con ciertas restricciones.

(i) **Cargas directas:**

(a) El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y de los cónyuges (53).

(b) Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges (54).

(c) Las reparaciones menores o de mera conservación luchas durante el matrimonio en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges (por considerarse tales gastos como una disminución de frutos), y las reparaciones mayores o menores de los bienes gananciales (55).

(d) Lo perdido y pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego, y lo perdido y no pagado por alguno de ellos en juego lícito (56).

(e) El importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por el marido, solamente para su

---

(47) Sucesión Santaella v. Secretario de Hacienda, 96 DPR 442 (1968).

(48) Robles Ostolaza v. Universidad de Puerto Rico, 96 DPR 584 (1968).

(49) Rivera v. Rodríguez, 93 DPR 21 (1966).

(50) Maldonado v. Tribunal Superior, 100 DPR 370 (1972).

(51) Rosa Resto v. Rodríguez Solís, 43 Colegio de Abogados 1981.

(52) Vda. de Méndez v. Tribunal Superior, 102 DPR 553 (1974). Es relevante indicar que el asegurado no había designado beneficiario(s). Queda por resolverse: de designarse beneficiario, la naturaleza, privativa o ganancial, del capital del seguro. ¿Qué de las primas?

(53) Artículo 1308 (5) del Código Civil, 31 LPRA 3551 (5), según enmendada en mayo de 1976.
En Ocasio v. Díaz, 88 DPR 676, 749 (1963), el Tribunal Supremo resolvió:
"1. Todos los hijos pueden pedir que se declare judicialmente su status de hijos de sus padres, con igualdad de trato jurídico;
3. Ninguna declaración judicial del status de hijo hará pronunciamiento sobre la legitimidad o ilegitimidad del nacimiento del reclamante ni sobre el estado civil de sus padres. Al reclamante se le denominará simplemente 'hijo' y a sus progenitores 'padre' o 'madre', según fuere el caso;
5. Toda declaración judicial de status de hijo reconocerá y decretará que el declarado hijo tiene respecto a sus padres y a los bienes relictos por éstos, los mismos derechos que corresponden a los hijos legítimos, sin importar la fecha ni demás circunstancias de su nacimiento . . .".

(54) Artículo 1308 (1) del Código Civil, 31 LPR 3661 (1), según enmendado en mayo de 1976.

(55) Artículo 1308 (3 y 4) del Código Civil, 31 LPRA 3661 (3 y 4), conforme enmendada en mayo de 1976 (la enmienda sustituyó la frase "del marido o de la mujer" por la "de cualquiera de los cónyuges".

(56) Artículo 1311 del Código Civil, 31 LPRA 3664.

colocación o carrera, o por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que haya de satisfacerse con los bienes de la propiedad de uno de ellos, en todo o en parte (57a).

(f) Los préstamos personales en que incurra cualquiera de los cónyuges (57b).

(ii) Cargas que pesan sobre la sociedad con ciertas restricciones:

(a) El pago de las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges con anterioridad al matrimonio (57c).

(b) El pago de las multas o condenas pecuniarias que les impusieren a cualquiera de los cónyuges (58).

33. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha resuelto que:

(i) Cuando la multa o condena es motivada por la comisión de un delito, la responsabilidad —como regla general— es personal del cónyuge que lo cometió; pero en casos de responsabilidad civil extracontractual, la responsabilidad será personal o de la sociedad de gananciales según los hechos que la produjeron. Generalmente se reconoce que si la acción o gestión del marido aprovecha económicamente la masa ganancial, la responsabilidad también será de cargo de dichos bienes.

Así, cuando un médico es demandado por alegada mala práctica o impericia profesional *(malpractice),* la sociedad de gananciales debe responder, pues la gestión económica del demandado beneficiaba a la masa ganancial, por lo que debe también responder a la hora del débito.

"Multas" se refiere a penalidades económicas impuestas por la comisión de delitos públicos. Son penalidades por crímenes. Dichas multas son de crácter personal y debe pagarlas el cónyuge convicto y multado y no la sociedad de gananciales (59).

(ii) Cuando la condena en daños y perjuicios surge de un acto ilegal, de un crimen, cometido únicamente por el marido, la sociedad ganancial no viene obligada a responder, en primer lugar, económicamente por ese daño. Por consiguiente, si el demandado, en este caso el marido, tiene bienes propios con los cuales satisfacer la sentencia civil impuéstale, deberá así hacerlo. En su defecto, la misma debe ser sufragada de bienes pertenecientes a la sociedad, con el correspondiente crédito al liquidarse la misma en favor de la esposa (60).

(iii) Constante matrimonio, los alimentos de los hijos menores de edad se satisfacen de los bienes de la sociedad ganancial. Es una carga directa que recae sobre los mismos. Decretado un divorcio, y durante un extendido período, solamente el padre paga por los alimentos de sus hijos. Se dispone que en la liquidación de dicha sociedad ha de reconocerse al marido un crédito por la parte proporcional que en dichos alimentos corresponde pagar a la madre de los alimentistas (61).

(iv) Son de cargo de la sociedad de gananciales los préstamos personales incurridos durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges, mas no los tomados para el propio beneficio del prestatario, los no encaminados a servir el interés de la familia o los efectuados con el ánimo de perjudicar o defraudar al otro cónyuge. La carga de la prueba reposa inicialmente en el cónyuge que niega su responsabilidad o la de la sociedad de gananciales. Pero la carga de la prueba puede invertirse con facilidad. Si la porción correspondiente de los bienes consorciales del cónyuge objetor, por ejemplo, queda afectada o si tal cónyuge demuestra *prima facie* no haber recibido beneficio alguno de la obligación contraída, entre otros casos, se invierte la prueba (62).

(v) Cualquier deuda contraída por el marido, o por la mujer en los casos apropiados, entre la

---

(57a) Artículo 1309 del Código Civil, 31 LPRA 3662.
Adelantando un criterio personal, considero que la primera parte que restringe la facultad tan sólo al marido y no concede la misma facultad de la mujer, es de dudosa constitucionalidad por discrimen por razón de sexo.

(57b) Artículo 1308 (6) del Código Civil, 31 LPRA 3661 (6), adicionado en mayo de 1976.

(57c) Artículo 1310 del Código Civil, 31 LPRA 3663.

(58) *Idem.*

(59) Lugo Montalvo v. González Mañón, 104 DPR 372 (1975).

(60) Sepúlveda v. Maldonado, 27 Colegio de Abogados 1979.

(61) López Martínez v. Yordán, 104 DPR 594 (1976).

(62) Banco de Ahorro del Oeste v. Santos Cintrón, 82 JTS 11 (2 de febrero de 1982).

fecha en que se celebre el matrimonio hasta la fecha en que se inicie judicialmente el procedimiento de divorcio, o sea, hasta la radicación de la demanda de divorcio, afecta directamente todos los bienes de la sociedad de gananciales, independientemente de la separación de bienes que entre los cónyuges divorciados produce el divorcio (63).

(vi) La sociedad conyugal es responsable de los daños causados en un accidente de automóvil, cuando el conductor del vehículo que causó dicho accidente es una persona casada que conduce dicho vehículo en gestiones de su empleo (64).

34. En cuanto a la **administración** de la sociedad conyugal, la misma es compartida por ambos cónyuges (65), a partir de la aprobación de la Ley Núm. 51 el 21 de mayo de 1976. Además, "(C)ualquier acto de administración unilateral de uno de los cónyuges obligará a la sociedad legal de gananciales y se presumirá válido a todos los efectos legales" (66).

De conformidad con esa coadministración, la jurisprudencia ha resuelto que "(E)n acciones que afectan el patrimonio de la sociedad de gananciales, ambos cónyuges deben ser incluidos como partes (codemandados) y servidos con emplazamientos individuales, para eliminar el riesgo de nulidad ante la posibilidad de que la defensa del interés social por uno solo de los cónyuges no se ejercite con la debida eficacia, o la existencia de incompatibilidad entre los cónyuges respecto a la defensa de su interés dentro de una sociedad que ambos gobiernan con igual autoridad" (67).

35. En Puerto Rico se han equiparado tanto las facultades administrativas (actos de administración) como las facultades dispositivas (actos de disposición) que sobre los bienes de la sociedad de gananciales tienen los cónyuges (68).

Además, se requiere el consentimiento por escrito de los cónyuges para donar, enajenar y obligar a título oneroso los bienes muebles e inmuebles de la sociedad de gananciales (69).

Así, en **Aguilú** v. **Registrador,** el Tribunal Supremo manifestó:

> "La enmienda . . . al Código Civil prohibiendo la enajenación o gravamen, tanto de bienes inmuebles como muebles de la sociedad conyugal sin mediar el consentimiento escrito de ambos cónyuges tiene el propósito de impedir, cuando de comprar se trata, que uno de ellos distraiga una parte sustancial del acervo común en un mal negocio o acepte condiciones onerosas que comprometen la estabilidad económica de la sociedad; aparte del reconocido fin de enaltecer la personalidad de la mujer como partícipe a plenitud en las decisiones que afectan la sociedad de gananciales".

36. Consideración especial concede la legislación de 1976 al cónyuge que se dedicare al comercio. Dispone:

> "El cónyuge que se dedicare al comercio, industria, o profesión podrá adquirir o disponer de los bienes muebles dedicados a esos fines, por justa causa, sin el consentimiento del otro cónyuge. No obstante, será responsable por los daños y perjuicios que pudiere ocasionar por dichos actos a la sociedad legal de gananciales. Esta acción se ejercitará exclusivamente en el momento de la disolución de la sociedad legal de gananciales" (70).

A la luz de esta disposición se resolvió el caso de **Padró Collado** v. **Espada** (71). Se trataba de que los socios dueños de un supermercado modificaron el convenio de sociedad mediante el cual uno de

---

(63) García v. Montero Saldaña, 107 DPR 319 (1978).

(64) Albaladejo v. Vilella Suau, 106 DPR 331 (1977).

(65) "Ambos cónyuges serán los administradores de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario, en cuyo caso uno de los cónyuges otorgará mandato para que el otro actúe como administrador de la sociedad". Artículo 93, Aptdo. 1, del Código Civil, 31 LPRA 286 (1).
Hasta mayo de 1976, el esposo era el administrador de la sociedad conyugal.

(66) Artículo 93 del Código Civil, según enmendado por la Ley Núm. 51 de 21 de mayo de 1976, 31 LPRA 286.

(67) Alicea Alvarez v. Valle Bello, 82 JTS 3 (15 de enero de 1982), (Resumen normativo Núm. 4).

(68) Aguilú v. Sociedad de Gananciales, 106 DPR 652 (1977).

(69) Artículo 1313 del Código Civil, 31 LPRA 3672, según enmendado en 1976. Reza así: ". . . ninguno de los dos podrá donar, enajenar, ni obligar a título oneroso, los bienes muebles e inmuebles de la sociedad de gananciales, excepto las cosas destinadas al uso de la familia o personales de acuerdo con la posición social o económica de ambos cónyuges". (31 LPRA 3672, 1er. párrafo).

(70) Artículo 1313 del Código Civil. En el tercer párrafo que fue adicionado en 1976. 31 LPRA 3672. Trata de actos de disposición.

(71) Colegio de Abogados 1981 (15 de mayo de 1981).

los socios vendió al otro (ya dueño del 50 por ciento del haber social) su participación, por precio aplazado, y en el mismo acto el vendedor cedió dicho crédito a los demandantes (Padró Collado). El comprador (Espada), sin el concurso de su esposa, se obligó a pagar la deuda. El cesionario del crédito dedujo acción para el cobro del principal impagado contra Espada y esposa. El marido demandado no contestó la demanda y eventualmente se dictó contra él sentencia en rebeldía. Su esposa opuso la defensa de falta de consentimiento a la operación acordada por su marido. El tribunal inferior acogió el planteamiento, desestimando la demanda contra ella y la sociedad de gananciales. El Tribunal Supremo revocó manifestando:

> "No fue intención de la Asamblea Legislativa imponer trabas absurdas conducentes a la abolición de toda iniciativa personal de los cónyuges en el manejo y gobierno de los bienes de la sociedad . . .
>
> "Al aprobar estas enmiendas igualitarias en lo que concierne al ejercicio del comercio por cualquiera de los cónyuges, la Asamblea Legislativa ratificó la precursora jurisprudencia de este Tribunal . . .".

37. Continúa vigente la disposición recogida en el Código de Comercio (72) relativa al ejercicio del comercio por mujer casada. Reza:

> "La mujer casada podrá dedicarse libremente al comercio o a la industria sin otras formalidades que las requeridas para los comerciantes varones. Sólo estarán obligados a las resultas del comercio o industria a que se dedicase la mujer, sus bienes privativos, los frutos, rentas e intereses de dichos bienes, los beneficios que se obtengan como consecuencia inmediata y directa de la industria o tráfico a que se dedicare, y los bienes que adquiriere con dichos beneficios, pudiendo enajenar todos esos bienes sin consentimiento del marido. Los demás bienes gananciales quedarán obligados a las resultas del ejercicio del comercio o industria por la mujer cuando mediare el consentimiento expreso o tácito del marido. Si el marido quisiere expresar su voluntad de que dichos gananciales no queden obligados, lo notificará por escrito, debidamente identificado, a su mujer y al registro mercantil, en donde se hará constar por nota al margen de la inscripción del comerciante".

Los precedentes de **Quiñones** v. **Corte** y **Silva** v. **Corte** dieron vida al mandato legislativo: la mujer casada podía demandar, sin el concurso de su marido, para todo aquello que se refiere al ejercicio de su profesión, cargo u ocupación.

38. La sociedad de gananciales se origina con el matrimonio. La misma, entonces, se **extinguirá** cuando aquél se disuelva y en aquellos otros en que la vida común de los cónyuges cesa.

Así, "(L)a sociedad de gananciales concluye al disolverse el matrimonio en los casos señalados en esta ley, o al ser declarado nulo" (75).

La sociedad también concluirá en los casos enumerados en el artículo 1328 del Código Civil (76) que reza:

> "El marido y la mujer podrán solicitar la separación de bienes, y deberá decretarse, cuando el cónyuge del demandante hubiera sido condenado a una pena que lleve consigo la interdicción civil, o hubiera sido declarado ausente, o hubiese dado causa al divorcio.
>
> "Para que se decrete la separación, bastará presentar la sentencia firme que haya recaído contra el cónyuge culpable o ausente en cada uno de los tres casos expresados".

39. La liquidación de la sociedad de gananciales consiste en un conjunto de operaciones cuyo propósito es el de la separación de los bienes del matrimonio de los privativos del cónyuge, determi-

---

(72) Artículo 6 del Código de Comercio, 10 LPRA 1006. Esta disposición debe derogarse, pues después de la reforma de 1976 al Código Civil la misma no es necesaria. Véase J. Ramos de Sánchez Vilella, *La mujer y la nueva legislación sobre derecho de familia*, informe preparado para la Comisión para el mejoramiento de los derechos de la mujer (mayo, 1977), pág. 30.
El artículo 1313 del Código Civil fue enmendado en 1976. Se le adicionó el tercer párrafo siguiente: "El cónyuge que se dedicare al comercio, industria o profesión, podrá adquirir o disponer de los bienes muebles dedicados a esos fines, por justa causa, sin el consentimiento del otro cónyuge . . ." (31 LPRA 3672).

(73) 59 DPR 438 (1941).

(74) 57 DPR 725 (1940).

(75) Artículo 1315 (1) del Código Civil, 31 LPRA 3681. Las causas de divorcio aparecen enumeradas en el Artículo 96, 31 LPRA 321, excepto la de mutuo consentimiento; véase, para el mutuo consentimiento, Figueroa Ferrer v. ELA, 107 DPR 250 (1978). Las causas de nulidad matrimonial aparecen recogidas en los artículos 70 y 71 del Código Civil, 31 LPRA 232 y 233. La jurisprudencia ha distinguido entre matrimonios nulos *ab initio* o radicalmente nulos y los que tan solo son meramente anulables.

(76) 31 LPRA 3712. A ella refiere el Artículo 1315, último apartado, 31 LPRA 3681.
En cuanto a la pena de interdicción civil, remito a la anterior nota 15 en la página 8.

nando si han existido o no ganancias y, en su caso, la distribución de éstas entre los partícipes (77).

40. En el interesante caso de **Cruz Cruz** v. **Irizarry Tirado** (78), el Tribunal Supremo hizo las manifestaciones siguientes:

> "La preservación del hogar seguro familiar para beneficio del grupo formado por madre e hijos tiene primacía sobre el derecho de propiedad del cónyuge en los activos de la disuelta sociedad conyugal. Su reclamación de gananciales en la vivienda que aloja esta familia quedará paralizada por el tiempo que subsistan las circunstancias que le dan calidad de hogar seguro y mientras la recta razón de equidad ampare el derecho de sus ocupantes. Hemos reconocido que el derecho de dominio no es una atribución absoluta de su titular y que está supeditado a intereses sociales de orden superior, significativamente la protección de la vivienda . . . La equidad que gobierna el presente caso halla amplia base en la citada premisa de nuestro derecho positivo para postergar la acción civil sobre liquidación de sociedad de gananciales, en cuanto afecte el inmueble ocupado como hogar seguro, al derecho de la jefe de familia recurrente a esta vivienda.
>
> "El límite de $1.500 señalado por la sec. 1851 del título 31, Leyes de Puerto Rico, a la exención de hogar seguro opera exclusivamente contra acreedores del jefe de familia, mas no restringe ni representa el valor del hogar seguro que en caso de divorcio se conceda a uno de los cónyuges, porque en esta última eventualidad no hay transmisión de dominio sobre el inmueble ni alteración del título de propiedad, sino una autorización por el Tribunal para el uso del inmueble en satisfacción de una legítima necesidad de la familia . . .
>
> "No debe entenderse esta decisión como imponiendo el reconocimiento automático del hogar seguro en todo caso sobre liquidación de gananciales en que se reclamare tal exención . . . Las peculiares circunstancias de ser esta una familia numerosa de la que forman parte seis menores de edad, la falta de ingresos y la conocida escasez de vivienda adecuada que es uno de nuestros problemas contemporáneos, inclinan la equidad de este caso, el valor supremo de justicia, hacia la protección del hogar seguro contra su desintegración implícita en la reclamación de gananciales del recurrido (marido) . . .".

VIII. EL CONCUBINATO.

41. El concubinato a manera de matrimonio o concubinato *more uxorio,* también llamado o denominado unión libre (o barraganía) en otras jurisdicciones, es "la unión de un hombre y una mujer, ambos solteros, que han vivido como marido y mujer por un tiempo relativamente largo, sin que haya mediado entre ellos ceremonia o solemnidad matrimonial alguna" (78).

De lo indicado, resultan cuatro elementos indispensables para la existencia del concubinato:

"a. La unión marital consensual, o sea, la cohabitación que resulta del consentimiento de un hombre y una mujer;

"b. La libertad de los concubinos, es decir, la ausencia de responsabilidades y obligaciones maritales con otro que no sea el concubino;

"c. El carácter permanente (o más bien, por un tiempo relativamente largo), no una unión casual, ni caracterizada por licencia sexual, también supone fidelidad mutua;

"d. La ausencia de las solemnidades que por ley instituyen un matrimonio y de las consecuencias jurídicas que esas solemnidades generan" (79).

42. Por supuesto, que de un concubinato no puede surgir, a diferencia de lo que es usual en el

---

(77) El Código Civil le dedica varios artículos, desde el 1316 al 1326, incls., 31 LPRA 3691 al 3701. Proponemos no entrar en detalles en este aspecto.

(78) 65 Colegio de Abogados 1978 (5 octubre 1978).

(78a) B.B., Rosario. *Consideraciones en torno al concubinato, las comunas y el derecho de familia* en 42 Rev. Jur. UPR 350 (1973).

(79) CURET CUEVAS, A. *La división de los bienes concubinarios en el derecho puertorriqueño,* 34 Rev. Jur. UPR 61 (1965).
Los requisitos necesarios para contraer matrimonio válido, conforme el derecho puertorriqueño, son: (1) la capacidad de los contratantes; (2) el consentimiento de las partes y (3) la autorización y celebración de un contrato matrimonial mediante las formas y solemnidades prescritas por la ley. Artículo 69 del Código Civil, 31 LPRA 231. El tercer requisito es el que siempre estará ausente en la relación concubinaria.

matrimonio, una sociedad legal de bienes gananciales. Pero nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los efectos patrimoniales de esa relación (80).

Además, debido a una relación de queridato, que el Tribunal Supremo ha confundido con el concubinato (81), el patrimonio familiar o de la sociedad conyugal podría verse afectado. Piénsese en la hipótesis del hombre casado que mantiene relaciones extramaritales con otra mujer (querida) durante un tiempo más o menos considerable. Al concluir dicho queridato, ¿qué derecho tendría la querida vis a vis la sociedad de gananciales creada y existente por el matrimonio de él (el "querido"; también es el esposo) y su esposa? El examen de los casos resueltos nos contestará el interrogante.

43. Examinemos, pues, aunque sea brevemente, el estado del derecho judicial o derecho jurisprudencial:

(i) En **Morales** v. **Cruz Vélez** (82) las partes estuvieron haciendo vida en común por más de 40 años, acumulando bastantes bienes, muebles e inmuebles, los cuales aparecen todos a nombre (como de) él. El concubino falleció sin haber otorgado testamento. Le sobrevivió una hija natural reconocida, que no era hija de la concubina. La concubina solicitó la mitad del caudal relicto porque los bienes habían sido adquiridos mientras vivió haciendo vida común con el causante, el concubino fallecido. El Tribunal resuelve que el concubinato no puede originar una sociedad legal de gananciales y que no hubo pacto o acuerdo entre las partes para disponer de los bienes, por lo que no le puede corresponder bien alguno a la concubina reclamante. El dictamen judicial enfatiza que no es posible reclamar derechos cuando los mismos emanan de relaciones ilícitas.

(ii) En **Vásquez** v. **Camacho** (83) se resuelve que hay que determinar si existe una comunidad de bienes entre las partes, de manera tal que al cesar dicho estado de derecho cada parte reciba lo que le corresponda. Es decir, ya no se tomará en consideración si el origen de los derechos reclamados radica en el concubinato.

(iii) En **Torres** v. **Roldán** (84) se resuelve que los derechos que puedan tenerse sobre un patrimonio no pueden nacer de un concubinato porque el mismo no genera (derecho) ninguno. Se resuelve:

> "Si un hombre y una mujer mientras viven en concubinato *convienen,* expresa o implícitamente, en consolidar sus ingresos y participar por partes iguales en los bienes adquiridos con los mismos, las cortes exigirán de la parte que ha retenido más de lo que le corresponde, de acuerdo con lo convenido, que entregue dicho exceso.
>
> "Es más, aún en ausencia de un *convenio expreso* o *implícito,* con miras a *evitar un enriquecimiento injusto* por parte del demandado, el demandante tiene derecho a participar, en la proporción que sus fondos hayan contribuido a su adquisición, en los bienes acumulados conjuntamente". (Enfasis suplido).

(iv) **Pérez** v. **Cruz** (85) resuelve que la participación de la mujer ha de fundarse siempre en el contrato celebrado, y de no existir éste en la labor

---

(80) No hay legislación general que regule el concubinato. Existe alguna legislación especial que le reconoce algunos efectos para situaciones muy particulares.

(81) En el queridato una de las partes, bien sea el hombre o la mujer, por estar ligado en matrimonio a otra persona, no puede contraer matrimonio por no ser soltero. En el concubinato *more exorio* las partes no pueden tener impedimento para contraer matrimonio. En gran parte de las situaciones concubinarias lo que está ausente para constituir un matrimonio es el cumplimiento de las formas y solemnidades, de donde se derivan unas consecuencias jurídicas (la sociedad de gananciales) al constituirse dicha unión matrimonial.
Véase Caraballo Ramírez v. Acosta y otros:
"No es necesario que nos decidamos aquí por una clasificación de la relación extramarital, a manera de matrimonio *(more uxorio)*, entre un hombre y una mujer, a base de su aptitud potencial para contraer matrimonio. La clasificación de esa relación como "concubinato" o "queridato", dependiendo de la aptitud de los partícipes para contraer matrimonio, puede ser de importancia en otras jurisdicciones en que se atribuyan a esa relación distintos efectos legales . . . En Puerto Rico los efectos legales de esa relación, llámese concubinato o queridato, son esencialmente los mismos. Basta, en cuanto a los hijos nacidos de esa relación, que aquí, una vez establecida su filiación, son hijos, sin más calificativos . . ." (104 DPR 474, 476).

(82) 34 DPR 834 (1926).

(83) 43 DPR 659 (1932).

(84) 67 DPR 367 (1947).

(85) 70 DPR 933 (1950).

y el esfuerzo por ella realizados. En este caso, a la luz de la prueba, se concede la mitad del capital, de los bienes, existentes.

(v) **Pereles** v. **Martinó** (86) fue resuelto atendiendo a otros fundamentos legales ajenos al tema que ahora nos ocupa.

(vi) **Danz** v. **Suau** (87) establece que la parte demandante, la concubina, en una acción de división de comunidad de bienes, tiene derecho a probar el pacto económico, establecido entre ella y el concubino de dividir los bienes y ganancias obtenidas durante el concubinato o su derecho a cierta participación en los bienes, en cualquiera de estas alternativas:

(i) como pacto expreso si se puede probar mediante el testimonio de personas ajenas a la relación concubinaria (en este caso el concubino había fallecido cuando se solicitó la división de la comunidad de bienes);

(ii) como pacto implícito que se desprende espontáneamente de la relación humana y económica existente entre las partes durante el concubinato; y

(iii) como un acto justiciero para evitar el enriquecimiento injusto, reconociendo el valor de los bienes, valores o servicios aportados por la concubina y sus correspondientes ganancias.

(vii) **Reyes** v. **Merlo** (88) donde Merlo era casado (presumiéndose la existencia de una sociedad legal de bienes gananciales con su esposa), Reyes (la "querida") solicita su participación en una alegada comunidad de bienes, también denominada "sociedad de intereses". El Tribunal resuelve que "con relación a bienes reputados gananciales no haya acomodo en nuestra norma jurídica una 'comunidad de bienes' o una 'sociedad de intereses' constituida entre uno de los cónyuges como tal y un extraño a la sociedad (de gananciales; la 'querida', Reyes, en esta particular situación), aunque se trate de bienes adquiridos mediante la industria o trabajo personal, y aunque exista con ese extraño (la "querida", Reyes) la relación típica de un concubinato" (que no existe, añadimos nosotros, pues la relación existente es de "queridato", por lo que es una mala calificación lo que hace el tribunal de la relación de hechos y derechos).

(viii) **Cruz** v. **Sucesión Landrau** (89) denomina la comunidad de bienes que pueda establecerse entre dos concubinos como atípica.

(ix) En **Carrero Suárez** v. **Sánchez López** (90) se resuelve que la esposa es parte indispensable en una acción civil (judicial), por lo que ha de participar en el pleito, donde se demanda a su esposo por la "querida" de éste, ya que estaría la esposa expuesta a ser despojada de su haber ganancial.

> "La acción civil de la concubina (debería decir 'querida') promoviendo la liquidación de una comunidad de bienes con un hombre legalmente casado aún cuando incluya al marido como única parte demandada, necesariamente afecta y somete el interés de la esposa en la sociedad de gananciales cuando según ocurre en este caso la comunidad y la sociedad conyugal han coexistido en apreciable contemporaneidad".

(x) **Celestina Caraballo** v. **Acosta y otros** (91) reafirma la anterior doctrina jurisprudencial de que:

> ". . . la concubina puede probar la existencia de una comunidad de bienes, sea porque así se hubiese *convenido expresamente,* o sea porque la conducta de las partes —la relación humana y económica entre ellas— demuestra que se *obligaron implícitamente* a aportar, y aportó cada una bienes, esfuerzo y trabajo para beneficio común. *En defecto de probar dicho pacto expreso o implícito,* es decir, que no se pruebe la existencia de la comunidad de bienes, la concubina podría probar que aportó bienes, valores y servicios, que éstos produjeron ganancias, y como un *acto justiciero para evitar el enriquecimiento injusto* de la otra parte, reclamar el valor de dichos bienes, valores y servicios y sus correspondientes ganancias". (Enfasis suplido).

Se trataba de una hombre casado (J. Seda) que, vigente su matrimonio, entra en una relación extra-marital con otra mujer, relación que dura hasta que fallece treinta y ocho (38) años después. Al iniciarse la relación ni él ni la "querida" (el tribunal dice "concubina") tenían bienes. Durante

---

(86) 73 DPR 848 (1952).

(87) 82 DPR 609 (1961).

(88) 91 DPR 136 (1964).

(89) 97 DPR 578 (1969).

(90) 103 DPR 77 (1974).

(91) 104 DPR 474 (1975).

la vigencia de dicha relación extra-marital, la "querida" aportó de su esfuerzo y de su trabajo, tanto o más que él, para producir un capital que al óbito de él se estima en más de USA $ 90.000,00. Es menester destacar que la esposa casi nada aportó a la producción de bienes. "No puede concederse, resuelve el tribunal, que existiera una comunidad de bienes o una sociedad de intereses entre la "querida" y el causante (en vida, su "querido"), por estar éste casado con Manuela Acosta bajo el régimen de gananciales y no haberse probado que la aportación de él al esfuerzo común con la "querida" consistiera en bienes privativos suyos o fuera de procedencia privativa".

Ante esta situación de hechos, el Tribunal Supremo de Puerto Rico resuelve que la demandante, la "querida", tiene derecho a una mitad de los bienes relictos al óbito de él (J. Seda). Disintió un solo juez de los ocho miembros que componen el alto tribunal y, luego, una solicitud de reconsideración fue denegada, señalándose que dos de los jueces hubiesen reconsiderado.

IX. CONCLUSION Y RECOMENDACION.

44. En consideración a lo anteriormente expuesto, y a modo de conclusión, nos parecería acertado que el legislador puertorriqueño hiciera una revisión, cabal y juiciosa, de las disposiciones sobre los contratos de bienes con ocasión de matrimonio.

Podría pensarse en que las normas relativas a las capitulaciones matrimoniales se modificaran para permitir que dicho contrato pudiera hasta enmendarse aún después de contraído el matrimonio. Indudablemente podría derogarse el Artículo 6 del Código de Comercio relativo al ejercicio de la actividad comercial por la mujer casada debido a que el artículo 1313 del Código Civil fue modificado en 1976. Al mismo se le adicionó un párrafo que regularía adecuadamente, en unión a otras disposiciones contempladas en el mismo Código, aquella situación que se contempla en el ordenamiento mercantil (92).

No debe dejar de legislarse con el propósito de regular los efectos patrimoniales del concubinato, distinguirlo del queridato, y, no menos importante, aclarar sus consecuencias económicas vis a vis el régimen legal económico del matrimonio.

RESUMEN

En el trabajo se estudia, particularmente en el derecho puertorriqueño, el sistema de comunidad de adquisiciones a título oneroso durante el matrimonio, denominado sociedad de gananciales. Especialmente se considera dicho régimen a partir de la ley de 1976 que concedió a ambos cónyuges la administración de la sociedad conyugal y, además, requirió el consentimiento por escrito de los dos para enajenar y obligar a título oneroso los bienes muebles e inmuebles de dicha sociedad de gananciales.

Se destaca particularmente la interpretación de los tribunales, o jurisprudencia, ya que en Puerto Rico tiene éste valor vinculante o fuerza de precedente obligatorio. Entre otras, merece destacarse aquella relativa al hogar seguro o, en palabras del Tribunal Supremo de Puerto Rico: "La preservación del hogar seguro familiar para beneficio de un grupo formado por madre e hijos tiene primacía sobre el derecho de propiedad del cónyuge (varón) en los activos de la disuelta sociedad conyugal".

---

(92) Referirse a la página 25 de este trabajo.

El Código Civil de Puerto Rico consagra el sistema de libertad de pacto para la regulación del futuro régimen económico del matrimonio. Si falta el mismo entonces se entiende que el matrimonio ha sido contraído bajo el régimen ganancial. Las capitulaciones matrimoniales no pueden alterarse o variarse sino antes de la celebración del matrimonio, pero nunca con posterioridad a éste. Por ello se estudia también dicha contratación con antelación al matrimonio y aquella jurisprudencia que resuelve que no es posible que unos cónyuges alteren, cambien o modifiquen el régimen de capitulaciones. Pero estimamos que dichas capitulaciones podrían aclararse.

Un tema que también se estudia es el del concubinato y sus efectos patrimoniales. La relación concubinaria no crea u origina una sociedad de gananciales. La jurisprudencia ha elaborado unas normas, en ausencia de legislación, para regular los derechos de los concubinos en la liquidación de los bienes adquiridos durante el concubinato.

Además del concubinato existe el "queridato". ¿Cuáles serían, si algunos, los derechos de la "querida" de un hombre vinculado matrimonialmente a otra mujer y, por consiguiente, existente una sociedad conyugal entre él (esposo de una; "querido" de la otra) y su esposa, al liquidarse la sociedad conyugal de aquél? Es norma jurisprudencial que se analisa en este ensayo.

Finalmente, se ofrecen algunas recomendaciones relativas a la revisión del Código Civil de Puerto Rico.

* * *

Sección VI.

PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES

EL DELITO DE LIBRAMIENTO DE CHEQUE SIN FONDOS

José María Pereira Pérez
Lic. Enrique Meza Chaves

SUMARIO

1) Bien jurídico protegido. 138

2) Naturaleza jurídica 138
   a) Criterios opuestos 139

3) Competencia. 140

4) Consumación 140
   a) Sujeto activo 140

5) Abono dentro del término. 140
   a) Efectos 140
   b) Criterios opuestos 141

6) Indemnización 141
   a) Criterios opuestos 141

7) Diferencia con la estafa mediante cheque 141

8) Constitucionalidad. 142

1) BIEN JURIDICO PROTEGIDO:

Antes de entrar al estudio del delito de libramiento de cheque sin fondos es necesario hacer una mención del bien protegido, que está tutelado en el Título VIII, denominado Delitos contra la Buena Fe de los Negocios, exactamente bajo la Sección III como Delitos contra la Confianza Pública, donde se manifiesta que no es la lesión patrimonial la que está en juego sino que lo que se lesiona es esa Confianza (Pública). SOLER al respecto ha manifestado que "la protección legal se tiende aquí sobre la confianza pública, y **está más inspirada por el fin de evitar, más que directamente perjuicios patrimoniales, los transtornos que puede causar la entrada en circulación de un documento espurio** (1). Sobre el punto la jurisprudencia ha sido reiterada, en el sentido de que el libramiento de cheque sin fondos es un delito contra la Confianza Pública, que es el bien protegido por ley, y lesiona de buena fe porque afectando un instrumento de tráfico económico, vulnera una idea de autenticidad y de veracidad; por lo que para que tal ilícito se configure basta que el librador ponga en circulación una orden de pago que sea un cheque, conociendo que en el Banco librado no tiene los medios de satisfacerla, toda vez que la obligación proveniente de la ley es la de no defraudar la esperanza pública (2), pues se establece que el cheque es un papel negociable que circula al igual que la moneda corriente y conforme a la ley que lo regula (3).

2) NATURALEZA JURIDICA:

En el Derecho Mercantil, la verdadera naturaleza de un cheque es ser una orden incondicional de pago, y pagadera a la vista (4). La doctrina califica al cheque como un título valor, con todas las cualidades que le son propias. Comenta BALSA que "el desarrollo del cheque, cuyo delineamiento en el orden comercial, determinó la inquietud de asegurar su eficacia mediante la institución de fórmulas represivas, tendientes a sancionar determinados hechos atentatorios contra el normal funcionamiento de aquél (5). Propiamente en el Derecho Penal la doctrina y la jurisprudencia han hecho la diferencia entre delitos materiales y delitos formales, en que, en los primeros se requiere para su existencia, que se realice el efecto que haya pretendido alcanzar el agente, y en los segundos, basta la mera consumación del acto delictivo, independientemente de la realización del daño querido por el agente (6). No obstante, la distinción entre unos y otros se basa en que los delitos verdaderamente formales son aquellos en que su tipificación no hace mención alguna de un necesario resultado material dañoso (7), por ello se perfecciona cuando el cheque se libra sabido que al tiempo de su presentación no podrá ser legalmente pagado, pues cada girador no debe ignorar el estado de su cuenta, si tiene o no los fondos suficientes para hacerle frente a la obligación contraída. Está sentado por vía jurisprudencial que el dolo es un elemento esencial en todo delito, más

---

(1) SOLER, Sebastián. *"Derecho Penal argentino"*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Tomo V, 1978, p. 386. Ver resolución del Tribunal Superior Penal de Limón, No. 144 de 11:05 hrs. de 8 de setiembre de 1982.

(2) Ver entre otras resoluciones: Sala Tercera de la Corte, No. 46—F de 1981; Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sección B, No. 95 de 30 de abril de 1982; Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera No. 132 de 17 hrs. de 25 de mayo de 1982; Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera No. 272 de 9 hrs. de 26 de noviembre de 1981.

(3) Casación de 15:30 hrs. de 8 de abril de 1949, I sem., I tomo, p. 385.

(4) Casación No. 119 de 1960, II sem., II tomo, p. 1118.

(5) BALSA ANTELO, Eudoro. *"El cheque, su régimen jurídico y penal"*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 143.

(6) BECERRA BAUTISTA, José. *"El cheque sin fondos"*, Editorial Jus, Segunda Edición, México, 1954, p. 60.

(7) Sala Tercera de la Corte, No. 104—F de 10 hrs. de 15 de octubre de 1982. En el mismo sentido: Sala Segunda Penal, No. 19—F de 8:15 hrs. de 26 de abril de 1978, interpretó que "tal ilícito es lo que en la teoría se denomina como delito formal, que es el que jurídicamente se consuma por el solo hecho de la acción o de la omisión del culpable, sin que sea precisa la producción de consecuencias antijurídicas".

todavía tratándose del delito de libramiento de cheque sin fondos, pues con solo poner en circulación un cheque sin la provisión necesaria, el mismo atenta contra la buena fe y la lealtad que debe imperar en esa clase de negociaciones; por eso en esta clase de delitos como se vio anteriormente son de naturaleza formal y no requieren un dolo específico, sino genérico (8). De ahí que basta que se ejecute el hecho previsto en el Código Penal para que se configure el delito, tipificándose con la sola firma del cheque (9). Por regla general, la conducta interior del agente sólo puede provocar efectuos jurídicos cuando se mezcla con una conducta externa, al menos se presume que el librador tiene conocimiento del estado financiero de su cuenta corriente, siendo innecesario que el cheque se desvirtúe para que se convierta en una orden incondicional de pago, ya que de conformidad con el Código de Comercio (art. 803), el cheque es una orden incondicional de pago y las partes no pueden cambiar, de mutuo acuerdo, la naturaleza del documento para convertirlo en una promesa de pago.

Para algunos, antes, el DELITO FORMAL no existía (o no podía existir en nuestra legislación), si se acepta que para que el mismo se dé, no requiere la existencia de una relación de culpabilidad, (con solo librarlo y ponerlo en circulación, ya el delito se perfecciona). (Sin que se requiera que el librador, lo gire como documento de crédito y no dolosamente: esto por la relación del artículo 30 de nuestro Código Penal).

No siempre que se gire un cheque sin fondos ocurre el quebrantamiento de la norma del 243. Si se lesiona el patrimonio (siempre al final se hace), podría configurar el delito de estafa (que requería ciertos elementos propios de esa figura) quedando impunes otras acciones similares (libramientos), de ahí que se legisló creando esta nueva figura penal para poder sancionar aquellas conductas que no se subsumieran dentro de la estafa, (pues no se tutela el PATRIMONIO sino la CONFIANZA PUBLICA o BUENA FE EN LOS NEGOCIOS). De ahí que el artículo 243 tenía que ser FORMAL en contraposición con la estafa mediante cheque que es MATERIAL. Es por ello que no se admite la TENTATIVA. Para que exista delito, en razón de haberse librado un cheque sin provisión de fondos, o sin autorización para girar sin ellos, basta su entrega, sin que sea necesario dolo especial ni perjuicio, pues es puramente formal y objetivo (10).

a) Criterios opuestos:

Si el cheque girado debía presentarse al cobro tiempo después, el mismo perdió su condición de ser pagadero a la vista, desvirtúandose, quedando el cheque como simple documento de garantía (11); el otro criterio se base en que esa excusa —desnaturalización— no es admisible por cuanto se trata de una figura penal formal, no desvirtuable, pues sería contrariar el espíritu de la ley y equivaldría a legislar, lo que obviamente no es posible, ya que sigue siendo cheque para los efectos legales (12).

En una resolución, propiamente en el voto salvado, se dijo que por ser FORMAL no importa que el resultado se produzca o no, ni por ende, la causa o motivo de la entrega, ni la desnaturalización de su función, ni el pago posterior, ni el arreglo entre las partes; concretando, no importa la producción de un evento extraño o externo a la acción misma del sujeto (13). De ello se colige que "el librador y el tomador podrán utilizar el cheque como medio

---

(8) Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera No. 112 de 16:30 hrs. de 18 de junio de 1979; Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera No. 223 de de 10:40 hrs. de 19 de noviembre de 1980; Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sección B, No. 94 de 10 hrs. de 30 de abril de 1982; Tribunal Superior Penal de Limón, No. 121 de 10 hrs. de 6 de agosto de 1982. (Entre otras). Tribunal Superior Penal, Puntarenas No. 149 de 17:00 hrs. de 15 de junio de 1981.

(9) Sala Tercera de la Corte No. 21—F de 10:00 hrs. de 10 de octubre de 1980.

(10) RUBIANES: *"Código Penal, su interpretación jurisprudencial"*, Depalma, Buenos Aires, Tomo IV, p. 459.

(11) Tribunal Superior Penal, Alajuela, Sección B, No. 61 de 14:10 hrs. de 8 de marzo y No. 123 de 4 de julio ambas de 1979.

(12) Sala Tercera de la Corte, No. 9—F de 10:00 hrs. de 21 de enero de 1982; Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera, No. 119 de 9:30 hrs. de 10 de agosto de 1979; Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera, No. 114 de 17:30 hrs. de 20 de junio de 1979.

(13) Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda, No. 186 de 17:00 hrs. de 26 de agosto de 1982.

de garantía, en lugar de la función específica que la ley mercantil le otorga, pero ello no significa en modo alguno modificar su naturaleza intrínseca (14).

3) COMPETENCIA:

Reiteradamente la jurisprudencia ha establecido que el conocimiento del asunto le corresponde al Juez donde fue girado el cheque, en vista de que el delito de libramiento de cheque sin fondos es de carácter formal (15).

4) CONSUMACION:

La jurisprudencia argentina ha sostenido que este delito es de los llamados plurisubsistentes, sea aquellos que se componen de una acción y una omisión (acción: emitirlo y omisión: no pagarlo dentro del término legal), de ahí que se ha sostenido en aquel país que la delincuencia se consuma al vencer el plazo (para ellos de 24 horas). Esto se ha criticado, pues como ya se dijo con el pago o abono del cheque, dentro del quinto día, el delito no desaparece y su único resultado es la NO SANCION (quedará exento de PENA al ser una excusa legal absolutoria), lo que no puede relacionarse con el elemento ACCION. Por eso podríamos afirmar que el delito se consuma en nuestra patria, desde el momento en el que el cheque es librado y puesto en circulación.

a) Sujeto activo:

Sólo lo será el girador o librador del cheque nunca el endosante, pues este último lo que hace es trasmitir la propiedad del cheque, no lo libra. Para determinar si la esposa o un empleado que estén autorizados para girarlo, se constituyen en autores, debe el Juez analizar con sumo cuidado cada caso (si tenían conocimiento del estado de la cuenta, su capacidad intelectual y educación, si hay connivencia con el dueño de la cuenta corriente, etc.).

5) ABONO DENTRO DEL TERMINO:

a) Efectos:

El pago ulterior a la comunicación del rechazo bancario beneficia al librador del cheque sin provisión de fondos, con una EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA POSTERIOR; JIMENEZ DE ASUA define a las excusas como causas de impunidad que hacen que a un acto típicamente antijurídico, imputable a su autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública (16). En otras palabras el delito existe, no desaparece la infracción y el pago lo único que hace es eximir de pena, por razones sociales de utilidad pública o de política criminal. De lo expuesto anteriormente se dice, pues que es facultad del ordenamiento jurídico el decidir si una relación determinada está contra el Derecho o es conforme a él, hacer jurídico lo que es antijurídico (17).

Dentro de los otros dos supuestos que contempla el artículo sub exánime son:

Si el LIBRADOR diese contraorden de pago, fuera de los casos en que la ley autoriza para ello; y, si lo hiciere a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado. Estos dos casos se dan muy poco al menos no tenemos conocimiento de jurisprudencia nacional, aunque un ejemplo del segundo caso podría ser girar un cheque, sabiendo que la cuenta corriente está cerrada.

El primer caso no amerita mayor explicación (ver art. 822 del Código de Comercio). El segundo se refiere a los casos que el girador sabe de "antemano" que el girado se encuentra en la imposibilidad de proceder a su pago. Según la jurisprudencia argentina, en este segundo caso no corre el término de prevención de pago (de 24 horas para ellos), pues consideran que como la norma dice "a sabiendas" se excluye toda posibilidad de error.

---

(14) RUBIANES: op. cit., p. 473.

(15) Sala Tercera de la Corte, No. 80—A de 15:20 hrs. de 14 de noviembre de 1980; Casación No. 157, II sem. de 1968. (Entre otras).

(16) JIMENEZ DE ASUA, *"Tratado de Derecho Penal"*, Tomo VII, p. 138.

(17) MAGGIORE, Giuseppe. *"Derecho Penal"*. Vol. I, Editorial Temis, Bogotá, 1954, págs. 387—388.

Como está nuestro artículo (243), creemos que debe dársele los cinco días de prevención. Como anotamos anteriormente, el único caso que podría darse (no encontramos por el momento otro) es que el librador una vez recibida la comunicación del banco de que su cuenta está cerrada, gire un cheque "a sabiendas" de esa circunstancia.

b) Criterios opuestos:

En cuanto al efecto del abono del importe del cheque dentro del término concedido para ello, un primer criterio, al imputado se le declara autor responsable del delito de libramiento de cheque sin fondos, resultando la sentencia condenatoria, con todas las consecuencias que de ella se derivan, pero sin hacer señalamiento alguno sobre la pena (18). El segundo criterio sostiene que en tal caso la responsabilidad se extingue, surgiendo a la vida jurídica la causal de exención de pena, resultando en consecuencia un sobreseimiento a favor del imputado (19).

También la doctrina dice que la "existencia o inexistencia de la excusa absolutoria es una cuestión relativa a la punibilidad del hecho, por ello atañe al fondo del asunto. Debe ser resuelta, por lo tanto, en la sentencia definitiva o por vía de sobreseimiento" (20). Lo lógico es que desde que exista la imposibilidad de aplicación de una pena, debe sobreseerse, sea cual sea el estado en que se encuentre el proceso, toda vez que es más elemental que se dicte el sobreseimiento en el entendido de que no se corra con más gastos del proceso.

6) INDEMNIZACION:

El tenedor del cheque, tendrá derecho a exigir como indemnización fija el 25 por ciento de la suma no pagada (21), pero siempre tendrá el tenedor la posibilidad de cobrar una suma aún superior al 25 por ciento por concepto de intereses, siempre y cuando demostrare que los daños fueron superiores (22). La sanción civil procede (23) según la norma mercantil (art. 817) cuando el cobro de reembolso se efectúa en vía ejecutiva.

a) Criterios opuestos:

Existen resoluciones contradictorias con respecto al cálculo de indemnización a pagar como reparación civil en el delito de libramiento de cheque sin fondos. En la primera de las resoluciones se toma como base la norma mercantil (24) y en la segunda resolución toma como base la norma penal y procesal penal (25).

7) DIFERENCIA CON LA ESTAFA MEDIANTE CHEQUE:

Cabe aquí resaltar algunas diferencias entre una figura como la estafa mediante cheque y el libramiento de cheque sin fondos; la primera figura está contemplada en el Título VII, como Delitos contra la Propiedad (estafas y otras defraudaciones); en tanto que en la segunda el delito está amparado en el Título VIII como Delitos contra la Buena Fe de los Negocios (delitos contra la Confianza Pública), es por eso que al estar protegidos en diferentes títulos es notorio que en uno se vulnera el daño patrimonial en tanto que en el segundo se lesiona la confianza pública. Otra de las diferencias sería la simple expedición de un cheque sin tener provisión de fondos, y la estafa la existencia de todos los requisitos que le son propios (26).

---

(18) Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda, No. 145 de 13:50 hrs. de 21 de agosto de 1979 y Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Tercera, No. 34 de 10:15 hrs. de 4 de diciembre de 1980.

(19) Sala Segunda Penal, No. 79—F de 8 hrs. de 20 de noviembre de 1979 y Tribunal Superior Penal, Pérez Zeledón, No. 534 de 15:05 hrs. de 28 de noviembre de 1979.

(20) NUÑEZ, Ricardo. *"Derecho Penal argentino"*, Bibliografía Omeba, Parte Especial, Tomo V, Buenos Aires, p. 556.

(21) Sala Tercera de la Corte, No. 104—F de 10:00 hrs. de 15 de octubre de 1982; Tribunal Superior Primero Penal, Sección Segunda, No. 91 de 15:30 hrs. de 21 de mayo de 1980; Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera, No. 100 de 16:50 hrs. de 28 de abril de 1981.

(22) Tribunal Superior Civil, No. 637 de 10:15 hrs. de 30 de julio de 1976.

(23) Sala Tercera de la Corte, No. 104—F de 10:00 hrs. de 15 de octubre de 1982; Tribunal Superior Penal, Alajuela, Sección A, No. 1365 de 10:25 hrs. de 17 de agosto de 1976.

(24) Sala Primera Penal de 10:00 hrs. de 26 de abril de 1979.

(25) Tribunal Superior Penal, Penal, Limón, No. 9 de 12:30 hrs. de 16 de enero de 1979.

(26) Sala Tercera de la Corte, No. 23—F de 16:20 hrs. de 15 de abril de 1982.

Sobre esto la doctrina y la jurisprudencia son coincidentes en que la diferencia entre el pago con cheque sin fondos y la estafa son independientes, esto se acentúa más si se observa que para aquella figura es indiferente la existencia de un engaño de parte del tomador, mientras que en la estafa ese elemento es esencial (27).

Es bueno escollar aquí que la figura del art. 302 (libramiento de cheque sin fondos del Código Penal argentino) desaparece ante la estafa, pasando a ser el libramiento del cheque el ardid necesario y suficiente para completar el engaño. De lo supra expuesto, se da libramiento de cheque sin fondos, cuando las mercaderías fueron entregadas con fecha distinta y anterior a la de los documentos, revistiendo a las operaciones de crédito o pago diferido (28).

8) CONSTITUCIONALIDAD:

Al interponerse un Recurso de Inconstitucionalidad para que se declare la inaplicabilidad del art. 243 del Código represivo, por ser contrario a los artículos 38 y 39 de la Carta Magna, la Corte Plena resolviendo el recurso, invocó que aquel artículo (243) no es contrario a las normas constitucionales, pues no autoriza la prisión por deudas, sino que sanciona el uso ilegítimo de un documento que es, por definición una orden de pago contra un Banco y no un título de crédito, pues, el que es reducido a prisión por girar un cheque sin fondos, no lo es por deudas, sino por la emisión del cheque, que sanciona un hecho delictivo, de ahí que no se puede alegar de inconstitucional el artículo 243 (29).

* * *

(27) SOLER, Sebastián. op. cit. p. 387. Ver resolución de la Sala Tercera de la Corte, No. 98—F de 10:20 hrs. de 4 de diciembre de 1981.

(28) RUBIANES: op. cit., p. 460. El Tribunal Superior Penal de Limón en resolución No. 111 de 10:40 hrs. de 23 de julio de 1982, varió la calificación dada al libramiento de cheque sin fondos por estafa mediante cheque interpretando que el imputado al momento de girar el cheque sabía que su cuenta no tenía los fondos suficientes como para cubrir la deuda contraída y a sabiendas de ello sometió a engaño al ofendido, quien al hacerse presente al Banco donde estaba registrada la cuenta encontró que estaba sin fondos.

(29) Sesión de Corte Plena de 6 de julio de 1981, art. VII.