CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año VIII – No. 28 – Marzo, 1984

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.

SUMARIO

Pág.

PRESENTACION 5

Sección I: Estudios

LIMITES Y CONTRALOR DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA 11
Lic. Eduardo Ortiz O.

SEGURIDAD DEL ESTADO. DETENCION. CONDICIONES MATERIALES 29
Licda. Elizabeth Odio B.

LOS SUSTITUTOS DE LA PRISION 35
Dr. J. Enrique Castillo Barrantes

EL HOMICIDIO SIMPLE 47
Lic. Luis Martínez B.

DERECHO AGRARIO COMPARADO 55
Dra. Roxana Sánchez Boza
Licda. Roxana Salazar Cambronero

LEGITIMA DEFENSA Y DEFENSA PUTATIVA 63
Lic. Freddy Gmo. Segura Salazar

Sección II: La Ciencia al Servicio de la Justicia

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DETERMINACION DE LOS PORCENTAJES DE ALCOHOL ETILICO EN SANGRE EN RELACION CON LOS ACCIDENTES DE TRANSITO. 71
Lic. Claudio A. Hernández Guerrero

Sección III: Reseña Legislativa Extranjera

EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES Y LA INFLACION. 73
Dr. Julio César Rivera

Sección IV: Reseña Bibliográfica

LA PROPIEDAD. (Fundación Internacional de Derecho Agrario). 109
Dr. Víctor Pérez Vargas

Sección V: Información Normativa. 111
Licda. Marcelina Zeledón Castillo

Sección VI: Pronunciamientos Especialmente Relevantes

JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA: TARJETAS DE CREDITO Y CUENTA CORRIENTE MERCANTIL 115
José María Pereira Pérez
Víctor Pérez Vargas

LA ACCION CIVIL RESARCITORIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CASACION PENAL 119
Dr. Daniel González Alvarez

NOTAS DE JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO. 145
Dr. Diego Baudrit Carrillo

Sección VII: Jurisprudencia. 153
Digesto

PRESENTACION

En la sección de "Estudios", aparecen, en esta ocasión, contribuciones sobre Derecho administrativo, Doctrina del Estado, Derecho Penitenciario, Derecho Penal y Derecho Agrario Comparado. A la par, publicamos las acostumbradas secciones "La Ciencia al Servicio de la Justicia", Reseña Legislativa Extranjera", "Reseña Bibliográfica", "Información Normativa", "Pronunciamientos Especialmente Relevantes" y "Jurisprudencia".

Nos honra presentar, en primer término, el importante estudio del ilustre jurista, **licenciado Eduardo Ortiz Ortiz**, ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, **"Límites y contralor de la discrecionalidad administrativa en Costa Rica".** Al definirla y especificar los elementos y las operaciones que comprende, defiende la idea de que ésta no depende realmente de los tipos de intereses regulados, sino de la plenitud de la potestad legislativa de cada Estado; ella resulta de una correlación entre los elementos del acto administrativo, en cuanto consiste en la elección de los elementos no regulados, según un criterio subjetivo e individualizado, pero jurídicamente aceptable, desde el punto de vista de su adaptación al fin; el autor advierte que el ejercicio de la potestad discrecional conlleva siempre dos operaciones: la ponderación de los intereses públicos en juego para determinar el fin y la elección de una configuración determinada de motivo y contenido (conjunta o separadamente). Afronta luego el tema de las formas posibles de discrecionalidad y los grados del contralor jurisdiccional: en cuanto al fin (que será siempre reglado por la ley o por el Juez) no hay libertad de la administración ;en cuanto al contenido, entendido como el efecto jurídico del acto, tienen particular importancia las relaciones entre discrecionalidad y los conceptos indeterminados; se aclara que si el contenido está determinado, aunque imprecisamente, el acto debe reputarse como legalmente autorizado, no obstante carecer de motivo legal; con relación al motivo, elemento desencadenante de la acción administrativa, puede o no haber regulación, pero se habla de un triple control: de la existencia y exactitud material de los hechos, fiscalización de los motivos legalmente calificados de los actos administrativos y control sobre si el motivo escogido se adapta al contenido dictado, o a la inversa; sobre este último tema se mencionan varios ejemplos de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés. Analiza seguidamente los conceptos de "legalidad" y "oportunidad", la primera formada no sólo por la ley, sino también por las normas creadas por la jurisprudencia para "interpretar,

completar o sustituir la ley"; la segunda, vista como la adecuación del acto a su fin o, en otras palabras, la aptitud del acto para realizar el fin legal que debe perseguir, en función de su motivo y contenido discrecionales; estas reglas de oportunidad –nota– orientan al funcionario en su escogencia, para evitar vicios funcionales del acto. Da cuenta seguidamente de la distinción entre función y acto, considerando dentro del régimen de la función la actividad preparatoria y la actividad constitutiva y señalando que el acto puede tener vicios fuera de sus elementos, en su fase de formación; expresa, sobre el tema, que existen tres principios básicos: racionalidad, justicia y funcionalidad. Frente a este panorama el Juez se coloca como árbitro, inclusive de la desaplicación de la ley y de la delimitación entre legalidad y oportunidad, pudiendo hasta crear normas interpretativas o integradoras. La Ciencia, por su parte, tiene también su rol, ya que la ignorancia de las reglas científicas de aplicación unívoca es un vicio de legalidad que invalida el acto, salvándose, sin embargo, la posibilidad de la discrecionalidad técnica en los casos en que, en lugar de una sola conducta practicable, haya varias alternativas técnicas, jurídicamente indiferentes, en tanto que equivalentes desde el punto de vista de la oportunidad de cada una. En su conclusión sostiene el licenciado Ortiz que el Ordenamiento costarricense hace posible la reducción de la discrecionalidad a la potestad pura de elección del motivo o del contenido del acto según criterios personales de oportunidad del funcionario, siempre y cuando no sea posible determinar preventivamente su voluntad y conducta por los criterios del Ordenamiento a través de la correlación entre aquellos elementos, enmarcados por el Derecho legislativo y jurisprudencial, con aplicación exacta de las reglas de lógica y razonabilidad, de justicia y de conveniencia (oportunidad), de ciencia y técnica, que exijan las circunstancias o el caso concreto.

Nos complace, igualmente, ofrecer, de la **licenciada Elizabeth Odio B.**, ex Ministra de Justicia, Profesora y Directora del Area de Docencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el valioso aporte "**Seguridad del Estado: Detención. Condiciones materiales**" cuyo objetivo es el análisis de las relaciones entre la detención y la seguridad del Estado. Dilucida la autora inicialmente algunos conceptos básicos: sobre la "seguridad del Estado" observa que se ha usado como sinónimo de "seguridad del gobierno", frente a la insurrección o guerra, por ejemplo, pero que la moderna doctrina toma en cuenta, más bien, los diversos elementos del Estado (Gobierno, Pueblo y Territorio); "debe estar referida a la seguridad de todos los elementos y no solamente a la de alguno de ellos". Separa los centros de detención en comunes y especiales, mostrando la frecuencia de la existencia de ambos tipos. Comenta luego los diversos sistemas de tratamiento progresivo, excluyendo de estos a los delincuentes políticos: "un delincuente político no es un sujeto para ser reeducado o readaptado. . . no podemos pensar que a un detenido por razones de su actividad política se le pueda aplicar un régimen penitenciario de tratamiento progresivo". Examina entonces el tema de la seguridad del Estado, entendida como seguridad del gobierno. Diferencia entre si ha sido o no declarado el estado de sitio; en caso afirmativo "es donde el tema cobra toda su dramática dimensión y vigencia", en especial cuando se prolonga indefinidamente. Frente a la común creencia de que "a mayor represión, mayor seguridad del Estado", a la que califica de "hipótesis falsa e inaceptable", reafirma la necesidad de una convención mundial o regional que específicamete prohíba el uso de la tortura y la defina como crimen internacional. La tortura

–destaca la licenciada Odio– no es un sistema fehaciente y confiable para obtener información, se miente para escapar de ella, inocentes se declaran culpables. En sus conclusiones y recomendaciones, la autora asegura que, además de no garantizar información veraz, es abominable el terrorismo de Estado, que la seguridad del Gobierno y la seguridad del Estado no son sinónimos y que la primera no puede basarse en tratos inhumanos. Sugiere así una redefinición capital y radical del concepto de seguridad del Estado que involucre todos los elementos que lo componen; finalmente sienta la necesidad de la citada convención sobre la tortura y recomienda el fortalecimiento de los mecanismos jurídicos interamericanos.

Colabora también en este número el **Dr. Enrique Castillo Barrantes,** Coordinador del Programa de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, con su excelente trabajo **"Los sustitutos de la prisión"**. Nos relata que en la historia se ha dado una curva ascendente y luego descendente con relación al empleo de la prisión, con una tendencia, después de la primera mitad del siglo XX, hacia la búsqueda de sustitutos válidos: además de que fueron conservados otros tipos de penas, se encuentran las medidas de seguridad, la libertad vigilada, la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional. Sobre los sustitutos preexistentes resalta, en cuanto a las medidas de seguridad que, a pesar de estar inspiradas en la filosofía positivista de oponer el "tratamiento" al "castigo", en la práctica se han punitivizado; las medidas de tratamiento en libertad –explica– han tenido poco desenvolvimiento, principalmente por falta de recursos; otras penas (como la multa, la interdicción y la confiscación) han obedecido más bien a la idea clásica de la "dosimetría penal"; la condena de ejecución condicional y la libertad condicional sí representan, a su juicio, una intención de sustituir el encarcelamiento. Identifica las dos modalidades de la condena de ejecución condicional: "con período de prueba" y "con período de prueba al que se agrega la observancia de ciertas condiciones activas y de medidas concomitantes de tutela y vigilancia", considerando el profesor Castillo que esta segunda forma ha fallado en la práctica. Si bien la libertad condicional ha tenido un desarrollo mayor, en Costa Rica se aplica muy poco. Al enfocar los nuevos sustitutos compara acertadamente las soluciones aisladas (establecimientos semiabiertos, abiertos y colonias agrícolas) con la articulación de políticas penitenciarias cuyo eje más frecuente es el sistema progresivo. Narra las experiencias iniciales (establecimientos abiertos en Argentina y prisiones-albergue en Brasil) y las posteriores (establecimientos agrícolas en Guatemala, Centros Regionales en Costa Rica, por ejemplo). Sobre la articulación de políticas penitenciarias nacionales después de la argentina de 1958, cita los casos de México, Costa Rica, El Salvador y Ecuador, cuyo común denominador es el régimen progresivo, modalidad hacia la que parece dirigirse también la política dominicana. Confronta el autor seguidamente los obstáculos y alcances de los nuevos sustitutos; si bien en América Latina se da la tendencia a sustituir la prisión clásica y tradicional y no hay rechazo –apunta– de las comunidades hacia los establecimientos abiertos, el alcance de los sustitutos es ínfimo, comparado con la población penitenciaria total (en Costa Rica 300 de 2200), además de que a veces no son más que variantes del sistema tradicional, con dificultades de financiación y de personal, a lo que se agrega el hecho de que en el contexto político hay contradicciones entre la filosofía humanitaria que ha inspirado las reformas penitenciarias y las pretendidas necesidades de "seguridad" y "orden" de

algunos regímenes políticos represivos latinoamericanos. En otros casos, la opinión pública más bien demanda un aumento en la severidad retributiva de las penas privativas de libertad. Estima que sería aconsejable se considerase la manera de activar algunas de las medidas de seguridad, que no han sido suficientemente explotadas y la forma de plantear la cuestión de los sustitutos radicales. Concluye apuntando que los sustitutos no han sido sucedáneos eficaces del encarcelamiento por falta de una dotación adecuada de recursos financieros, técnicos y humanos. "La tendencia general se orienta hacia el abandono de la función retributiva de la prisión, pero el logro de este propósito permanecerá incierto mientras no se resuelva el contexto político interno de algunos países".

El **licenciado Luis Martínez Brenes** participa con su interesante artículo **"El homicidio simple"**. Después de referirse al concepto, definido como "muerte injusta de un hombre por otro", pasa al argumento del sujeto pasivo, la persona física, careciendo de relevancia la viabilidad, en cuanto "se protege la vida humana por precaria que ésta sea". Alude seguidamente al elemento subjetivo y sus modalidades; examina aquí las formas de dolo: el directo o determinado (cuando la ejecución del delito es objeto directo de la intención del autor), indirecto (cuando el resultado, sin ser objeto principal, es querido como efecto accesorio ineludible o consecuencia necesaria) y el dolo eventual o indeterminado (donde no hay una intención directa, pero no se rechaza la eventualidad letal). Sobre la acción destaca su doble posibilidad: comisión y comisión por omisión. En cuanto a los medios empleados se pronuncia por "cualquier medio idóneo para causar la muerte, sea este material (por ejemplo armas), moral (por ejemplo hechos psíquicos, como torturas morales que producen la muerte) y mecánicos (predispuestos para funcionar automáticamente). Admite la tentativa en el homicidio simple; ella requiere "la intención de causar la muerte", bajo la forma de dolo directo, con exclusión de cualquier otra forma de culpabilidad. Enseña que es posible también el concurso de delitos, tanto en el supuesto del concurso ideal (acción única con pluralidad de lesiones jurídicas) como en el del concurso material o real (cuando un mismo agente comete separada o conjuntamente varios delitos).

"Derecho Agrario Comparado" es el título de la ilustrativa exposición de la **doctora Roxana Sánchez Boza** y la **licenciada Roxana Salazar Cambronero.** Justifican aquí el Derecho Comparado como método, un método que acerque y enfrente los diferentes sistemas que, además, tiene un papel en la creación del Derecho Común, siendo sus tareas la armonización y la unificación jurídica; su utilidad radica en que proporciona perspectivas y una mejor comprensión de las instituciones jurídicas propias, a lo que se une la posibilidad de adaptar algunas extranjeras, por lo que da una visión más amplia al juzgador a la hora de fallar. Al tratar el tema del Derecho Agrario consideran la existencia de diversos tipos de definiciones y aceptan como la más completa la de los doctores Oscar Salas y Rodrigo Barahona: "El conjunto de normas y principios particulares que rigen a las personas, los predios y bienes de toda clase, las explotaciones y las empresas que, aprovechando de cualquier modo la aptitud frugífera de la tierra, se dedican a la creación u obtención de animales y vegetales, gobiernan las relaciones entre los factores que intervienen en la producción de tales bienes y, dado el caso, disponen cambios en las estructuras que determinan estas relaciones e imponen determinado tipo de planificación

económica". Las autoras establecen la autonomía del Derecho Agrario en los planos legislativo, didáctico, científico y jurisdiccional, con base en su integridad, especialidad, organicidad y novedad. Al estudiar la materia de las fuentes del Derecho Agrario enfrentan las fuentes formales y las materiales y resaltan el papel especial de la costumbre. Concluyen expresando que el Derecho Agrario es un "derecho dinámico, complejo, síntesis de numerosas normas civiles, administrativas, forestales, fiscales, procesales, un derecho proteccionista y tutelar, eminentemente social y comunitario. . . Se persigue que, para lograr su autonomía, busque soluciones a problemas que se presenten, dentro de sí mismo y una forma de lograrlo es acudir al Derecho Agrario Comparado, como fuente supletoria de nuestro Derecho Agrario".

Ofrecemos también, del **licenciado Freddy Guillermo Segura Salazar, "Legítima defensa y defensa putativa"**. El autor plantea inicialmente el problema de si la defensa putativa debe considerarse como causa de justificación o como causa de inculpabilidad. Define apropiadamente las causas de justificación como "las que excluyen la antijuridicidad, aunque la acción sea típica", pues se trata de la tutela de un interés más valioso. Manifiesta que son fuentes de justificación la ley y la necesidad en cuanto sea reconocida por el Derecho. Dentro de las causas de justificación incluye el cumplimiento de la ley, el ejercicio legal de un derecho, el consentimiento del derechohabiente (sobre el que es claro que no puede decirse que opere, excluyendo la antijuridicidad, en los casos de los derechos de la personalidad, los cuales se consideran indisponibles), el estado de necesidad y la legítima defensa. Menciona sobre la legítima defensa algunas definiciones, entre ellas la de Soler: "reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada"; se trata de dar preponderancia al interés jurídicamente atacado, siendo defendible cualquier bien jurídico. Comenta luego el supuesto de la defensa putativa: "la creencia errónea del autor de que se dan los presupuestos de la legítima defensa"; cree que debe ser estudiada como un error de hecho y que constituye una causa de inculpabilidad; en Costa Rica, la jurisprudencia la ha tratado como legítima defensa o como causa de atenuación de la pena. Avala la tesis, finalmente, de que la legítima defensa putativa debe admitirse analizando caso por caso, en forma individual, a fin de determinar la versión subjetiva y las circunstancias objetivas que rodean el hecho. En la sección "la Ciencia al Servicio de la Justicia", el **licenciado Claudio A. Hernández Guerrero** nos brinda **"Consideraciones acerca de la determinación de los porcentajes de alcohol etílico en sangre, en relación con los accidentes de tránsito"**, donde revela la ausencia de escalas para el Juzgador y la inseguridad para el mismo conductor, por lo que finaliza con una propuesta de reforma legal.

En "Reseña Legislativa Extranjera" nos honra dar a conocer del **Dr. Julio César Rivera,** Profesor Argentino (titular de Derecho Civil I en la Universidad del Salvador de Buenos Aires, Adjunto de Derecho Civil IV en la Universidad Nacional y Asociado de Sistemas Legales Contemporáneos en la Universidad de Belgrano, también ambas de Buenos Aires) la excelente monografía titulada **"El Derecho de las obligaciones y la inflación"**, donde autorizadamente expone el fundamento técnico de la revisión de los contratos en los casos de transformación de las circunstancias por fenómenos monetarios, mostrando la solución valorista en cuanto a las consecuencias del rompimiento del equilibrio de la causa conmutativa de los contratos por excesiva onerosidad sobreviniente, tema que ya ha

encontrado aceptación en nuestra jurisprudencia y que se ha basado en los principios de equidad, buena fe y enriquecimiento injusto en materia de deudas de valor, ejemplo de de las cuales son las que nacen de actos ilícitos extracontractuales y de expropiaciones, aunque luego sufran transformaciones jurídicas de tipo modificativo.

La reseña bibliográfica se dedica esta vez al comentario del valioso libro **"La Propiedad"**, escrito por diversos autores nacionales y extranjeros, cuya producción y publicación es mérito principal del doctor Ricardo Zeledón, Presidente de la Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado.

En la sección "Información Normativa", continúa la **licenciada Marcelina Zeledón Castillo** aportando su inapreciable y meritoria colaboración.

En "Pronunciamientos Especialmente Relevantes" se publican tres estudios: **"Tarjetas de crédito y cuenta corriente mercantil"**, con la participación de **José María Pereira Pérez,** donde se plantea el problema de la diversidad de soluciones jurisprudenciales sobre el carácter de título ejecutivo de la certificación de un contador público autorizado sobre el "saldo" de una "cuenta" de tarjeta de crédito. **"La acción civil resarcitoria en la jurisprudencia de la Casación Penal"**, del **doctor Daniel González Alvarez,** trabajo de gran interés práctico que toca los siguientes temas: antecedentes, reglas civiles aplicables, fundamentación de la sentencia penal en el aspecto civil, casos de nulidad de la sentencia penal, admisibilidad del recurso de Casación, la condenatoria en abstracto, las limitaciones de los derechos y deberes de las partes, la no comparecencia de las partes civiles al debate, las formalidades de la acción civil y las consecuencias civiles del hecho punible. También en esta Sección aparece del **Dr. Diego Baudrit C.**, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, **"Notas de jurisprudencia sobre el principio del contradictorio"**, donde se estudian los temas de la igualdad de las partes en el proceso civil (en su doble manifestación: los jueces no pueden resolver puntos no propuestos en el debate y tampoco pueden fundar sus fallos en hechos no debatidos en el juicio) y del respeto de los derechos de defensa (en el sentido de que las partes tienen derecho de utilizar todos los instrumentos procesales para su defensa y de que el fallo no puede perjudicar a quien no ha sido oído en juicio).

Finalmente, nuestra Sección de "Jurisprudencia" a cargo del Digesto.

Víctor Pérez Vargas

Sección I: Estudios.

LIMITES Y CONTRALOR DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA

Lic. Eduardo Ortiz

1. Definición y elementos.

El principio de legalidad exige una norma jurídica en la base de toda potestad de imperio de la Administración Pública, en bien de la seguridad del ciudadano. Dispone el art. 59 de la Ley General de Administración Pública (L.G.).

> Art. 59.1: "La competencia será regulada por ley siempre que contenga la atribución de potestades de imperio".

El art. 11 ibídem dispone en armónica relación:

> Art. 11: "La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes".

El ideal de un Estado de Derecho sería una regulación exhaustiva de la conducta autoritaria de la Administración por Ley de la Asamblea Legislativa, supremo representante de la voluntad popular y de su opinión (a través de los partidos políticos). Pero la ley, que es normalmente preventiva y abstracta frente a la realidad social, no puede preverlo ni ordenarlo todo y tiene que confiar a la Administración la regulación de sus relaciones con el ciudadano, según el criterio personal del funcionario, que también puede ser el mejor al efecto, por su mayor contacto con esa realidad. Así nace la discrecionalidad, como la libertad de la Administración para determinar y decidir su conducta imperativa frente a otros sujetos en cuanto a los aspectos de esa conducta no regulados por la ley (1).

Es obvio que la ausencia de regulación legal obedece a la naturaleza de las cosas, en cuanto proviene normalmente de una imposibilidad o de una inconveniencia de la regulación anticipada, pero no de la índole de la materia. Los intentos por derivar la discrecionalidad de los diversos tipos o clases de intereses sociales regulados chocan no sólo contra el dogma de la plenitud de la potestad legislativa propio de todo Estado de Derecho, sino también contra la historia de las instituciones, pues lo que ayer fue libre y sin regulaciones es hoy una porción rigurosamente reglamentada de la acción administrativa.

Si se precisa mejor la consistencia de la discrecionalidad, se advierte que la misma existe para asegurar una adecuación del acto autorizado con el fin público que debe perseguir y para cuya satisfacción se otorga la respectiva potestad. Esta autoriza a dictar una regla individual y nueva, que complete la hecha por la ley en forma parcial, dejando sin regular algunos elementos del acto respectivo para

(1) Lino Di Qual, *La Competence Liée*, págs. 121, 132 y 133, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.), París, 1964.

facilitar o posibilitar su adecuación a las circunstancias del caso (2).

La discrecionalidad se da con vistas de una realidad compleja, consistente, primero, en las múltiples situaciones de hecho que pueden afectar la satisfacción de un interés público y, segundo, en las múltiples formas en que ese interés público se puede presentar. Hay una íntima correlación al respecto, entre tres elementos del acto administrativo, el fin, el motivo y el contenido. La regla fundamental es lograr la satisfacción del fin público, para lo cual deben adaptarse a él el motivo y el contenido del acto (3). El ordenamiento puede dejar en blanco y sin regular uno y hasta dos de esos elementos, pero nunca los tres. Esto último porque, caso opuesto, la indeterminación del acto a realizar sería total en sus aspectos de fondo y la Administración no podría reputarse verdaderamente apoderada por una norma en blanco. Basta, sin embargo, que uno de esos elementos esté dado por la ley, para que la Administración y, sobre todo, el Juez pueda inducir los otros dos. La discrecionalidad consiste en la elección de los elementos no regulados, según un criterio subjetivo e individualizado, pero jurídicamente aceptable, desde el punto de vista de su adaptación al fin. De conformidad, la determinación de éste, por la ley o por la Administración, es el primer paso para hacer posible el ejercicio de la discrecionalidad, pues será en función del mismo que podrá escogerse y determinarse la consistencia y medida de los otros dos elementos, motivo y contenido. Esto se hará mediante una ponderación del fin principal escogido frente a los otros intereses o necesidades públicas en juego, para satisfacer las exigencias de todos en la forma mejor para cada uno. Nunca un interés (fin) se presenta aislado, sino en conjunto con otros, dentro de una circunstancia, y según sea el número y el valor de los otros, así será la satisfacción que recibe el fin principal y el grado de esa satisfacción, que eventualmente puede hacerse mínimo o inexistente. En efecto: la autoridad, después de sopesar las circunstancias y los fines envueltos, puede decidir no actuar y dejar las cosas como están (4). De este modo, el ejercicio de la potestad discrecional conlleva siempre dos operaciones importantes, a saber:

a) la ponderación de los intereses públicos en juego frente a una situación de hecho, para determinar el fin del acto y la forma mejor posible de satisfacerlos en relación con los demás intereses y, eventualmente, para no hacer nada y abstenerse;

b) La elección de una configuración determinada del motivo y/o del contenido del acto, dejados en blanco por la ley, como medios para lograr el fin perseguido, si se opta por actuar.

Dada la íntima correlación apuntada, pareciera posible determinar unos elementos discrecionales por otros. Examinemos brevemente las posibilidades.

2. Formas posibles de discrecionalidad y grados del contralor jurisdiccional.

a) Discrecionalidad en cuanto al fin.

Se da típicamente cuando el fin del acto no está indicado, sino sólo su contenido. Así, una norma autoriza al Concejo Municipal para remover al Ejecutivo Municipal, por mayoría de dos tercios de sus votos, sin decir por qué ni para qué. El Juez censura una remoción y hace ver la posibilidad de una desviación de poder (fallo No. 1714 Tribunal Superior Contencioso-administrativo T.S.C.A.), lo que implica la asignación judicial de un fin a la remoción, no obstante el silencio de la ley. Pero, con ello, queda simultáneamente determinado el tipo de motivo invocable, que necesariamente ha de ser conforme o compatible con tal fin. De este modo, si el fin ha de ser el mantener la buena marcha de los servicios municipales, el motivo de la remoción sólo puede ser una falta o una ineptitud del removido en el desempeño de su cargo. Es evidente la corrección de la afirmación inversa, a saber: si se hubiese determinado el motivo, habría quedado simultáneamente establecido el fin disciplinario o de buena administración (5). En ningún caso, el fin podría ser personal del servidor o colegio.

---

(2) Aldo Piras, *Voz Discrezionalità*, Enciclopedia del Diritto, págs. 76, 77 y 85; Costantino Mortati, *Sul Potere Discrezionale*, págs. 1000 a 1002, Problemi di Diritto Pubblico Nella Attuale Esperienza Costituzionale Repubblicana, Raccolta di Scritti II, Giuffrè, Milano, 1972.

(3) Jean Claude Venezia, *Le Pouvoir Discretionnaire*, págs. 20, 31 y 53, L.G.D.J., París, 1959.

(4) Massimo Severo Giannini, *Diritto Ammnistrativo*, Tomo I, págs. 480 y 481, Giuffrè, Milano, 1970.

(5) Venezia, *op. cit.*, págs. 40, 42 y 43.

El art. 131 (L.G.) dispone:

> Art. 131.1: "Todo acto administrativo tendrá uno o varios fines particulares a los cuales se subordinarán los demás".

La norma significa que, dado un acto para un fin, el acto no podrá realizarse para otro, pero podrá eventualmente no realizarse, si el logro del fin legal es inasequible o inconveniente en la circunstancia. Esto será posible, a su vez, sólo si el acto tiene un motivo discrecional y elegible, pues caso opuesto, dado el motivo vinculante, el acto tendrá que realizarse, no importa, entonces, el móvil subjetivo. En efecto: según el art. 161, la desviación de poder es imposible o irrelevante en los actos totalmente reglados, por motivo y contenido, pues son legalmente necesarios y sirven objetivamente el fin legal, sin importar en el caso el móvil del funcionario. Dispone el art. 161:

> Art. 161: "No serán impugnables ni anulables por incompetencia relativa, vicio de forma en la manifestación ni desviación de poder, los actos reglados en cuanto a motivo y contenido".

El inciso 2) del art. 133 complementa la regla del inciso 1), diciendo:

> Art. 131.2: "Los fines principales del acto serán fijados por el ordenamiento; sin embargo, la ausencia de ley que indique los fines principales no creará discrecionalidad del administrado al respecto y el juez deberá determinarlos con vista de los otros elementos del acto y del resto del ordenamiento".

La regla sienta el principio fundamental de que el Juez puede y debe suplir las lagunas de la ley en punto a fin del acto, con vista de los otros elementos (principalmente del motivo) y del resto del ordenamiento. Es decir: el fin siempre será reglado, por la ley o por el Juez. La norma consagra un principio dominante en doctrina, sobre la ausencia de discrecionalidad respecto del fin (6). Quiere decir ello no sólo que, según la L.G., el título de este apartado —posible teóricamente— es un yerro técnico en C.R., sino, sobre todo, que el Juez deberá siempre buscar el fin del acto sin límites ni cortapisas, que no pueden existir ahí donde debe ser siempre el ordenamiento —y no la Administración— la única fuente posible de regulación. No hay esfera de libertad para la Administración en la definición de los fines de su conducta, al menos de la imperativa, ni, de consiguiente, podrá la Administración nunca invocar una reserva a su favor, frente al Juez o a la ley, para determinar ese fin por sí misma, como si pudiera escogerlo. Ello equivale prácticamente a autorizar al Juez, en ausencia de ley, para que, con vista de las otras normas y de los otros elementos regulados, él descubra y, en último término, escoja el fin del acto que la Administración debe perseguir. El resultado que se busca es impedir la determinación soberana de su propia esfera de competencia material por parte de la Administración, que debe estar siempre contenida dentro de límites heterónomos, en salvaguarda de la libertad, de la propiedad y de los otros derechos del ciudadano. Consecuentemente, la diferencia entre el silencio de la ley tocante al fin del acto y el que se observa respecto de otros elementos, es la de que ese silencio puede ser fuente de discrecionalidad invocable y tutelable, aun ante el Juez, en relación con estos últimos, en tanto que no puede serlo respecto del primero. El Juez tendrá, en ambos casos, que llevar a cabo una búsqueda, pero en un caso no podrá elegir la configuración del o de los elementos no regulados en lugar de la Administración, en tanto que podrá y, más aun, deberá hacerlo, en la hipótesis del fin no expresamente previsto. El Juez, en otras palabras, tiene el deber de eliminar la discrecionalidad en materia de fines de los actos administrativos, sin poder abandonar su determinación a la Administración ni hacerla en forma tal que reste siempre en mano de ésta, por la imprecisión o insuficiencia del acotamiento judicial, un margen de escogencia al respecto.

Termina el inciso 3) ibídem rematando lo anterior al disponer:

> Art. 131.3: "La persecución de un fin distinto del principal, con detrimento de éste, será desviación de poder".

Se trata del complemento final de la regla del inciso 1) de la misma norma. Queda prohibido realizar un acto discrecional para fin diverso del

---

(6) Julio Prat, *Derecho Administrativo*, tomo 3, Acali Editor, Montevideo, 1978, pág. 104; Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene, Napoli, 1971, págs. 401 y 402; Marcelo Caetano, *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, Editorial Sucesores de Gali, Santiago de Compostela, sin año, págs. 283 a 288, espc. 283, 286 y 288; Giuseppe Guarino, *Scritti di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. II. Giuffrè, Milano, 1974, págs. 85 y 86.

asignado al mismo por la ley y lo contrario será desviación de poder, lo que reafirman el art. 49 C. Política (C. Pol.) y el art. 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (L.R.).

b) Discrecionalidad en cuanto al contenido.

Entendemos por éste simplemente el efecto jurídico del acto, el cambio que introduce en el ordenamiento jurídico. Normalmente está contemplado, salvo casos de urgencia, estado de necesidad o emergencia, en los que puede no estarlo. En esta hipótesis extrema, es elegible a partir del motivo, normalmente definido en forma precisa (estrago, inundación, crisis de abastos, etc.). Hay también íntima correlación entre motivo y contenido, por lo que la indeterminación de uno puede corresponder a la del otro, para hacer posible su adaptación, y a la inversa, la definición legal de uno se hace coincidir usualmente con la del otro (7).

La L.G. ha prohibido este tipo de regulación del acto por omisión en cuanto a motivo y contenido, como veremos casi de inmediato. Lo normal es que el contenido del acto esté dado, aunque imprecisamente, con vista de un motivo definido a través de un concepto vago o indeterminado, sujeto a interpretación. El típico ejemplo es el de la potestad disciplinaria, respecto de la cual no rige el principio "nullum crimen sine lege" sino únicamente el "nulla pena sine lege", pues están o deben estar tipificadas las sanciones, no las infracciones. Sin embargo, las sanciones son usualmente varias y forman un elenco de la menos a la más lesiva, aplicable según la gravedad de la falta, cuya figura es atípica. La discrecionalidad se da aquí seguramente en la escogencia de la sanción adecuada, lo que implica un juicio de proporcionalidad entre ésta y la infracción, enteramente librado al criterio del funcionario. Pero cabe la pregunta: si múltiples conductas pueden caber dentro de la figura de la "falta", que es un concepto de categoría o clase, ¿puede entenderse que hay también discrecionalidad en la calificación de la conducta-motivo como tal? Es decir: la interpretación y aplicación del concepto "falta disciplinaria" es mero reflejo del texto de la ley que lo utiliza, como un único sentido posible dentro del caso en cuestión, o, a la inversa, ¿son posibles varias interpretaciones, según el intérprete, y libremente escogible una de ellas por el administrador, sin posibilidad de control del Juez al respecto? ¿Hay o no hay discrecionalidad en la aplicación de un concepto indeterminado empleado por la ley, como el de falta disciplinaria? Muchos son los autores franceses que se inclinan por la afirmativa y reputan posible la discrecionalidad a partir de o en relación con la aplicación de categorías jurídicas dadas en virtud de conceptos indeterminados, pero el tema es altamente polémico (8). Esto nos conduce a precisar mejor las relaciones entre discrecionalidad y conceptos indeterminados o categorías jurídicas (como las de falta disciplinaria, de orden público, actividad peligrosa, industria tradicional, crisis de alojamiento, buena conducta en el servicio, utilidad pública de la expropiación, etc.). Pero es necesario, antes de tratar tan importante cuestión, el delimitar bien la relación entre motivo y contenido del acto.

La necesaria correlación entre ambos viene imperativamente establecida por el art. 132 L.G., que dispone en su primer inciso:

> Art. 132.1: "El contenido deberá de ser lícito, posible, claro y preciso y abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo, aunque no hayan sido debatidas por las partes interesadas".

La norma tiene por sentido establecer las condiciones en que un acto administrativo deberá entenderse como legalmente autorizado por razón de su contenido y pareciera exigir a ese efecto que el contenido sea "preciso". Pero es lo cierto que el párrafo final de la norma contempla la posibilidad de agregar al contenido términos, condiciones y obligaciones modales, posibles únicamente cuando el contenido está dado "imprecisamente", por lo que la exigencia del párrafo primero en sentido contrario ha de entenderse como compatible con esta otra posibilidad. Dispone dicho inciso 4):

> Art. 132.4: "Su adaptación (del contenido) al fin se podrá lograr mediante la inserción discre-

---

(7) Venezia, *op. cit.*, págs. 21 y 22.

(8) Michel Stassinoupoulos, *Traite des Actes Administratifs*, Sirey, París, 1954, págs. 147 y sgtes.; igualmente Jean Rivero, *Le Fait et le Droit, Etablissements Bruylants*, Bruxelles, 1961, págs. 142 a 146.

cional de condiciones, términos y modos, siempre que, además de reunir las notas del contenido arriba indicadas, estos últimos sean legalmente compatibles con la parte reglada del mismo".

La posibilidad de un contenido impreciso viene reafirmada por el párrafo tercero ibídem, que dispone:

Art. 132.3: "Cuando el motivo no esté regulado el contenido deberá estarlo, aunque sea en forma imprecisa".

Esta regla es importante, además, porque exige una regulación del contenido del acto cuando el motivo no esté regulado, lo que significa una prohibición de actos administrativos carentes de regulación en cuanto a motivo y contenido simultáneamente. La mera regulación del fin, no obstante implicar una automática definición del motivo, no basta para fundar el acto cuando, además, la norma ha omitido regular el contenido. Si bien ello es teórica y lógicamente posible, la Ley General ha acogido aquí una exigencia del principio de legalidad en bien de la seguridad del ciudadano, que descarta la posibilidad de la discrecionalidad cuando la indeterminación legal abarque el motivo y el contenido, por ausencia total de regulación legal al respecto. Si, en cambio, el contenido está determinado, aunque imprecisamente, el acto debe reputarse como legalmente autorizado, no obstante carecer de motivo legal. El párrafo 3) del art. 132 sienta la regla de principio, en otras palabras, de que la creación de competencias mediante la sola indicación de fines no autoriza los actos para realizarlos, si éstos no tienen, al menos, dos elementos de fondo precisa o imprecisamente regulados, el fin y el contenido.

c) Discrecionalidad en cuanto a los motivos.

La génesis del acto administrativo está siempre en una necesidad social o pública, provocada por una realidad externa al funcionario. Este no actúa caprichosamente, sino habilitado u obligado por un evento exterior, que puede ser de múltiple naturaleza: un hecho natural o humano (conducta), un conjunto de hechos en relación, una situación jurídica, una condición o cualidad determinada. Así, una solicitud de pensión, un deterioro del área urbana o una escasez de vivienda barata, la existencia de un proceso penal contra el interesado en la buena conducta, la cualidad o calidad de tradicional en una exportación, de necesaria para una obra pública en una finca, etc. Y, en inmediata vinculación con el evento en cuestión, un acto de la Administración se hace posible o necesario, un único acto legalmente posible (competencia reglada por el contenido) o uno entre varios, fijados, o no, por el ordenamiento.

El evento desencadenante de la acción administrativa puede, o no, estar legalmente regulado. Si no lo está, es elegible por la autoridad, según su mejor adaptación al contenido del acto que quiere realizar.

La esencia típica de la discrecionalidad es la potestad de elegir el motivo y el contenido del acto, no determinados por la ley, para adaptar el uno al otro y ambos al fin, con miras a la óptima realización de éste. Todo empieza por el motivo, es decir: por el contacto del administrador con la realidad social contemplada por la ley. El funcionario, enfrentando a una necesidad pública y a los hechos que la motivan, tiene que removerlos y lograr la satisfacción de esa necesidad, para lo cual sólo puede actuar de acuerdo con la ley. La doctrina francesa, al hilo de la jurisprudencia del Conseil d'Etat, ha identificado las tres operaciones que la Administración tiene que hacer, y eventualmente repetir el Juez contralor de ella, para actuar legítimamente en el caso, a saber (9):

a) Control de primer grado (mínimo): Existencia y exactitud materiales de los hechos.

Aun si el motivo es discrecional y elegible, por no estar previsto legalmente, alguno tiene que haber y darse en la realidad tal y como ha sido invocado para dictar el acto, porque la Administración carece de privilegio para mentir o actuar por puro capricho. Es la hipótesis del acto nulo de aceptación de una renuncia, que no se había presentado (arret Camino, C.E., 14 de enero de 1916). El Consejo de Estado es generoso en favor del actor agraviado en punto a prueba de la inexistencia total o, lo que es lo mismo, de la inexactitud grave de los hechos afirmados por la Administración. El art. 133 inciso 1 L.G. confirma el principio para C.R., cuando dispone:

---

(9) Auby et Drago, *Traite de Contentieux Administratif*, L.G.D.J., París, 1975, págs. 386 y sgtes.

Art. 133.1: "El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto".

b) Control de segundo grado (normal).

La ley puede definir el motivo del acto y calificarlo para lograr la definición, en lugar de omitir la regulación al respecto.

La ley puede decir que cuando haya una *epidemia* podrá decretarse una cuarentena o una vacunación general, o que cuando haya una *amenaza grave contra la estabilidad de la moneda* se podrá fijar tasa múltiple de cambio a las divisas, según el fin a que se destinen. Es evidente la profunda diferencia que media entre ambas calificaciones, la de epidemia (como motivo de la cuarentena) y la de amenaza contra la estabilidad de la moneda (como motivo de un régimen cambiario múltiple). La primera es una condición técnica de fácil comprobación, sin lugar a apreciaciones personales; la segunda es un hecho social complejo, más futuro que actual, cuya existencia depende de su gravedad y cuya gravedad depende de la opinión personal del técnico economista sobre el complejo juego de la oferta y demanda de divisas en el país. Durante mucho tiempo, el C.E. se negó a entrar en la fiscalización de los motivos legalmente calificados de los actos administrativos, para establecer si la Administración había actuado bien o mal, al tenerlos por establecidos. En un famoso arret Gomel, C.E. 4 de abril de 1914, el Conseil d'Etat anula la denegación de un permiso de construir que se fundaba en una ley que prohibía darlo con perjuicio de las "perspectivas monumentales", y expresamente declara no sólo que no lo es la plaza fronteriza cuya existencia motivó el acto anulado sino, además, que también entraría en su competencia, de haber resuelto lo contrario, establecer si, siendo monumental la plaza, habría sido perjudicial a ella la construcción proyectada. Esto sentó la regla de que la "calificación jurídica" de los motivos legales puede entrar en la competencia del contralor jurisdiccional de la Administración, aunque, según la naturaleza del acto y de los intereses en juego, pueda también quedar fuera de ella. Es evidente que en casos como el de la epidemia, el Juez se atendrá a reglas médicas y de laboratorio que le permitan juzgar la conducta de la Administración; casos habrá, como el de la crisis monetaria o como el de la perspectiva monumental, en los que los criterios aplicables podrán ser subjetivos y podrán permitir un último reducto de opinión o preferencia personales, no mensurable ni valorable objetivamente. El C.E., realista como siempre, no ha extendido el control de la calificación jurídica de los motivos legales a todas las zonas de la acción administrativa y ha dejado muchas sin otra fiscalización que la de la existencia y exactitud materiales de los hechos correspondientes, por ej.: en lo que toca a medidas de policía general sobre extranjeros, en materias altamente técnicas (de ciencias naturales), en algunos casos aislados del contencioso de la función pública, etc. (10). Pese a ello, un hecho es evidente: la jurisprudencia así creada ha definido la naturaleza de la operación lógica y valorativa en que consiste la llamada "calificación jurídica" de los hechos como una forma de aplicación de la ley, que siempre puede entrar en el control de la legalidad, sea cual sea la dificultad técnica o valorativa que esa operación envuelva. Esa operación puede describirse, en otra forma, como la concreción y aplicación al caso de los conceptos vagos, imprecisos o indeterminados empleados por la ley (11). La más nueva doctrina española (pero fundada más bien en la alemana, que, a su vez, tiene que haber tomado en cuenta la jurisprudencia francesa) propugna la univocidad o el sentido simple y único del concepto indeterminado frente a los hechos del caso, en razón de una su congénita posibilidad de determinación y de aplicación exactas dentro de la circunstancia (12). Paradójicamente, parte importan-

(10) Todos los tratados y monografías francesas dan cuenta de cómo el C.E. se reserva el fiscalizar o no la calificación jurídica de los hechos, según que quiera, o no, concederle a la Administración discrecionalidad al respecto; en el campo de la policía ello es tan curioso como grave, para lo cual véase Jean Castaigen, *Le Controle Juridictionnel de la Legalite des Actes de la Police Administrative*, págs. 154 a 157, L.G.D.J. París, 1964; véase también Di Qual, *op. cit.*, págs. 118 y 121.

(11) Di Qual *op. cit.*, págs. 85, 86 y 127 a 129.

(12) Véase al respecto la ya clásica —y hermosa— monografía de Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1974, págs. 34 a 38, seguido en esto por su discípulo Fernando Sainz Moreno, *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, págs. 224 y sgtes., con erudita y penetrante reseña del Derecho Comparado sobre el tema, y conclusión favorable a la incompatibilidad entre discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado; en todo caso véase el notable artículo discrepante de: Ml. Martín González, *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*, RAP, 1967, No. 54, págs. 104 a 112.

te de la doctrina francesa (13) y, por ella, de la latinoamericana (14), sigue fincando la esencia de la discrecionalidad en la elección marginal sobre motivo y contenido, nacida de una presunta subjetividad irreductible de los conceptos vagos, elásticos o indeterminados que los califican y que no necesariamente corresponden —como los que expresan valores o realidades sociales muy complejas— a parámetros objetivos de sentido y de interpretación. La discusión se halla todavía sobre ascuas entre quienes sostienen factible la reducción del concepto indeterminado a un solo sentido concreto y quienes lo reputan imposible. Como se verá de inmediato, el asidero más importante de la doctrina favorable a la limitación de la discrecionalidad por los conceptos indeterminados, en tanto que excluyentes de ella, es la realidad de la función jurisdiccional, fuente de Derecho y, por ahí, de precisión de esos conceptos, como si se tratara de la misma ley (15). El Juez, en otras palabras, crea una interpretación del concepto legalmente indeterminado que se impone a la Administración, eliminando toda posibilidad de elección al respecto. Y, todavía más, el Juez suple el silencio de la ley, que no ha fijado motivo legal alguno, para insertar uno de su elección y anular todo acto que invoque o tenga otro, como si violara la ley (16). En último término no hay discrecionalidad, dado el arbitrio del Juez, que puede convertir lo reglado en discrecional o a la inversa, con base en criterios de oportunidad, como ocurre en el contralor máximo o de tercer grado que pasamos a explicar.

c) Control de tercer grado (máximo).

El Juez controla las elecciones o escogencias hechas por la Administración dentro del marco de libertad que le ha dado la ley y juzga si el motivo escogido se adapta al contenido dictado, o a la inversa, con lo que suplanta, en realidad, a la Administración. En el ejemplo de la potestad disciplinaria, el Juez controla no solo la existencia del hecho imputado y no sólo si se trata, o no, de una falta disciplinaria capaz para motivar una sanción, sino también la proporción entre la gravedad de la falta cometida y la de la sanción impuesta, el ajuste del motivo con el contenido del acto. Esto ocurre, sobre todo, en materia de policía municipal, esfera dentro de la cual el C.E. se convierte en defensor de los derechos humanos y constitucionales, frecuentemente violados en poblados rurales, para lo cual entra a apreciar si las medidas de conservación o restablecimiento del orden público son estrictamente necesarias y proporcionadas al motivo. Así en el arret Benjamin, C.E. 19 de mayo de 1933, anula una decisión de una alcalde prohibiendo una conferencia pública por la invocación de posibles desórdenes con ese motivo, después de analizar la situación de hecho en su conjunto y concluir en que otras medidas de prevención, menos drásticas, habrían bastado para lograr el fin buscado. La doctrina francesa, en búsqueda de una explicación, formula la regla de que la lesión administrativa de derechos humanos y constitucionales, debidamente otorgados y nominados por ley, se da siempre sujeta al principio de vinculación total, expresa o implícita, de la potestad pública, que resulta ejercitable únicamente cuando ello sea estrictamente "necesario", apreciación que exige aplicar critierios de oportunidad, que así quedan incorporados a la legalidad de la acción administrativa; cuando, a inversa, los derechos amenazados o violados no son constitucionales, nominados ni expresamente regulados, el contralor encuentra firme la distinción tradicional entre legalidad y oportunidad como dominios exclusivos y excluyentes del Juez contencioso y de la Administración, respectivamente (17). Aquí, como en todos los otros dominios de su jurisprudencia, el C.E. se muestra cauto y amigo de distinciones, por lo que contrasta con la profunda penetración del control jurisdiccional en favor de

---

(13) Michel Dubisson, *La Distintion entre la Legalite et l'Opportunite dans la Teorie du Recours pour Exces de Pouvoir*, L.G.D.J., París, 1958, págs. 59 a 62; Daniele Loschak, *Le Role Politique du Juge Administratif Français*, L.G.D.J., París, 1972, págs. 48 a 50 y 140 a 143; Michel Stassinoupoulos, *op. cit.*, págs. 150, 151, 156 y 161 a 164. Fuera de Francia la "discrecionalidad intelectiva", fundada en los "conceptos indeterminados", tiene apoyo en Forsthoff, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, págs. 125, 126, 128 y 129; y en Italia, sobre todo, a Alessi, Renato, *Principi de Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1966, vol. 1, págs. 204, 205, 212 y 213.

(14) Celso Antonio Bandeira de Mello, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, separata Revista de Derecho Público, Anuario de Derecho Administrativo, 1975—1976, Universidad Católica de Chile, págs. 451 y 452.

(15) Yves Gaudemet, *Les Metodes du Juge Administratif*, L.G.D.J., París, 1972, págs. 211 y 249 y sgtes.

(16) Loschak, *op. cit.*, pág. 49.

(17) Castaigne, *op. cit.*, pág. 160.

los derechos constitucional o legalmente garantizados, su laxitud en defensa de los que no lo están (como el derecho a las procesiones sobre vías públicas), relajamiento que llega hasta la abstención total de fiscalización sobre los motivos, por ejemplo, de los "actos de alta administración", repecto de los cuales le basta intervenir sobre la legalidad externa (procedimiento, competencia y forma), sin verificación ni aun de la existencia y exactitud materiales de los hechos de base. Sin embargo, la imbricación de oportunidad y legalidad como regla jurídica, en cuanto sólo resulta legítima la conducta administrativa oportuna y necesaria, ha cobrado ya otros campos de la acción administrativa distintos de la policía local, en la jurisprudencia del C.E., sobre todo en materia de expropiaciones y de urbanismo. En tres fallos recientes que significan un vuelco histórico, el C.E. ha dejado sentado el principo general de que las expropiaciones y los permisos "derogatorios" (de normas y planes) en materia de urbanismo deben juzgarse legítimos únicamente si sus ventajas sobrepasan su costo financiero y social, esto último entendido ya no sólo en relación con su fin inmediato sino por referencia del mismo a toda clase de intereses públicos en juego (18). Por arret Ville Nouvelle-Est, 28 de mayo de 1971, el C.E. anula un decreto de expropiación considerando que el costo financiero y los problemas sociales directamente provocados por el respectivo proyecto de obra pública no compensan las ventajas y beneficios de ésta. "El Juez, ha dicho Marcel Waline, se otorga aquí el derecho de apreciar todas las ventajas y los inconvenientes de todo tipo de la operación proyectada, establece un balance entre ellos, como si hiciera una suma algebraica de unos y otros, y no da su luz verde sino cuando el resultado del balance le parece francamente favorable". En un segundo caso, C.E., Societe Civile Sainte Marie de l'Assomption, 20 de octubre de 1972, se anula otro decreto de expropiación para construir un anillo vial, en razón de perjudicar el ambiente de un hospital siquiátrico vecino, con audaz ampliación del campo de apreciación de los intereses en juego, al decir el Conseil d'Etat:

"Una operación no puede legalmente declararse de utilidad pública, sino cuando los atentados a la propiedad privada, el costo financiero, y los eventuales inconvenientes de orden social, *así como la amenaza a otros intereses públicos,* no son excesivos en relación con el interés que la operación presenta" (19).

Han sobrevenido ya otros fallos sobre la base del mismo principio general, de la "ecuación entre presupuesto, costo y beneficio" (20).

Es evidente que el juicio sobre ese balance comprensivo de utilidad económico-social del proyecto es el que la Administración ha tenido que hacer antes de iniciar la obra, como parte de su programa de gobierno; el Juez, al repetirlo, la suplanta. Los comentarios doctrinales han sido mixtos, encomiosos unos, críticos otros.

3. Legalidad y oportunidad.

El planteo tradicional de la jurisdicción contenciosa francesa, heredado por las de L.A., ha sido hasta ahora el de que se trata de una jurisdicción de legalidad, por contraposición a la de oportunidad (21). Surgen dos problemas de interpretación, a saber: a) ¿Qué es legalidad?; b) ¿Qué es oportunidad?

a) Legalidad.

Es indudable que hasta la segunda guerra mundial la doctrina francesa entendía —y con ella la latinoamericana que la legalidad era el conjunto de leyes dictadas por la Asamblea Legislativa, ley formal y no sólo material. La jurisprudencia del C.E. demuestra lo contrario, desde mucho antes. El C.E. no sólo interpreta los conceptos indeterminados de la ley, sino que la suple cuando

---

(18) Ver el comentario de Jeanne Lemasurier, *Vers un Nouveau Principe General du Droit: Le Principe "Bilan-Cout-Avantages"*, en Melanges Offerts a Marcel Waline, París, L.G.D.J., 1974, págs. 551 y sgtes., espc. págs. 560 a 562; así como, en la misma obra colectiva Andre de Laubadere, *Le Controle Juridictionnel du Pouviur Discretionnaire dans la Jurisprudence Recente du Conseil d'Etat*, págs. 531 y sgtes., espc. pág. 541, 543 y 547; y Jean Waline, *Le Role du Juge Administratif dans la Determination de l'Utilite Publique*, espc. págs. 815 y 821 a 825.

(19) Tomado del artículo de Lemasurier, citado en nota anterior, *op. cit.*, pág. 555.

(20) Lemasurier, *op. cit.*, pág. 556.

(21) Dubisson, *op. cit.*, págs. 1 a 25, con reseña de las principales variantes en la concepción de la jurisdicción contencioso-administrativa como contralor de legalidad estricta, fundado en la ley formal; véase también Di Qual, *op. cit.*, pág. 182; y Loschak *op. cit.*, págs. 47 a 49.

ésta falta y también la descarta cuando su aplicación es claramente inconveniente o lesiva para el interés público, como ocurre con la llamada regla jurisprudencial de las circunstancias excepcionales, frente a las cuales desaparece o se suspende la vigencia de las leyes que regulan los aspectos externos del acto administrativo (procedimiento, competencia, legitimación y forma de externación), para ser sustituidas por otras ad hoc (22). La legalidad está formada, para este efecto, no sólo por la ley (que abarca toda norma escrita en general, como el reglamento) sino también por las reglas creadas por la jurisprudencial, para interpretar, completar o sustituir la ley. Esta doctrina ha sido expresamente consagrada por el art. 226 L.G., el cual, dada la gravedad de la institución, habilita el máximo control judicial sobre la dispensa o sustitución de procedimientos y formalidades operada con base en la urgencia (23). Dispone el art. 226 L.G.

> Art. 226:
> 1. "En casos de urgencia y para evitar daños graves a las personas o irreparables a las cosas, podrá prescindirse de una o de todas las formalidades del procedimiento e incluso crearse un procedimiento sustitutivo especial.
> 2. El juez podrá fiscalizar al efecto no sólo la materialidad de los hechos que motivan la urgencia sino su gravedad y proporcionalidad en relación con la dispensa o la sustitución de trámites operadas".

b) Oportunidad.

La discrecionalidad es la libertad dejada a la Administración para escoger y crear la configuración de los elementos materiales del acto administrativo que no han regulado ni la ley ni la jurisprudencia. La oportunidad es la adecuación del acto a su fin o, en otras palabras, la aptitud del acto para realizar el fin legal que debe perseguir, en función de su motivo y/o de su contenido discrecionales. Esa adecuación del motivo y/o del contenido discrecionales al fin del acto se logra por la aplicación de las reglas o criterios de la oportunidad, es decir: de reglas cuya función es precisamente lograr el mayor rendimiento, la mayor eficiencia posibles del acto administrativo. Estas reglas de oportunidad, en otras palabras, orientan al funcionario en la escogencia y configuración del motivo y/o del contenido discrecionales, para que logren al máximo el fin legal. Podría decirse que la oportunidad es la adecuación o conformidad del acto a dichas reglas, pero ello sería una toma de posición en una ardua discusión. En efecto: una tesis reputa conocibles esas reglas de oportunidad, a modo de máximas de experiencia, antes de la aparición de los hechos del caso; otra las tiene por tales sólo en el acto mismo de su aparición y por virtud de ella. En esta última hipótesis, se trataría de reglas no anticipables, que sólo se pueden conocer y precisar con vista de los hechos, exactamente como los conceptos indeterminados para quienes los creen unívocos o, al menos, no equívocos en su aplicación. De hecho, bien podría decirse que los giros "oportunidad", "acto oportuno" o similares, son conceptos indeterminados, a la espera de los hechos motivo del acto, para despejarse y concretarse en ellos exacta y precisamente. Dentro de este enfoque, hay una gradación de normas de oportunidad o de buena administración, como también se llaman, pues las mismas van de lo general a lo particular y de lo meramente directriz y programático a lo que es un verdadero imperativo del caso, bien definido dentro de la circunstancia. Si bien el caso sin precedente exige una regla nueva e individual, esta regla forma precedente, si resulta adecuada ante nuevos hechos, convirtiéndose en práctica administrativa. Ocurre con las reglas de oportunidad, en esta versión, lo mismo que con las reglas de prudencia, en orden a las responsabilidades por hecho ilícito. Es difícil enunciarlas antes del accidente, pero resulta no sólo posible sino imperativo conocerlas y aplicarlas al momento de éste; esas reglas se determinan y conocen normalmente dentro de hechos concretos y en relación con ellos, aunque bien puede pensarse en algunas de enunciación general y de carácter preventivo, como ocurre con las contenidas en manuales o reglamentos de seguridad e higiene en el trabajo, o con las leyes de tránsito. Ello no es esencial para su existencia, pues reglas de prudencia en el tráfico automotor o en labores peligrosas son, fuera de las codificadas, todas las que

---

(22) Lucien Nizard, *La Jurisprudence administrative des circonstances Exceptionnelles et la legalite.* L.G.D.J., París, 1962, págs. 85 y sgtes.

(23) Gaudemet, *op. cit.*, págs. 122 y sgtes., esp. 123 y 143.

exija el momento y el lugar del accidente y en responsabilidades se puede incurrir tanto por violación de unas como de otras. Igualmente cabe decir que las reglas de oportunidad, pues fracasos administrativos puede haber tanto por violación de las generales y elementales, como de las casuistas. Hay polémica entre quienes sustentan la vigencia jurídica de esas reglas de oportunidad, cuya violación generaría la invalidez del acto, como si se tratara de quebranto de normas jurídicas; y quienes, a la inversa, las creen existentes pero jurídicamente irrelevantes y meramente útiles sólo para orientar el acto hacia su fin, sin ninguna imperatividad (24). Su violación tendría como única consecuencia la frustración del fin, no la invalidez del acto. Quienes sustentan esta tesis consideran que, por definición, la oportunidad es una cualidad individual de cada acto en relación irrepetible con su motivo de hecho, según una norma del mismo alcance, creada ad hoc, que puede estar enmarcada por leyes o reglas no jurídicas preexistentes y generales, pero que es irreductible a ellas en último término. Esa norma de oportunidad auténtica, que podría llamarse la regla de la discrecionalidad pura, es una verdadera invención para el caso, y, como tal, irrepetible. Es inconocible antes del caso e inadaptable después de éste. Es probable que ambas tesis estén equivocadas, por exageración, pues resulta evidente, por un lado, que máximas de experiencia administrativa y de buena administración no son sólo conocibles y codificables, sino objeto de estudios universitarios; y es cierto, por otro, que en múltiples ocasiones la situación es nueva e inútiles las experiencias y conocimientos adquiridos. En esta hipótesis hay imposibilidad de aplicar reglas preexistentes, y la que resuelve el caso será creada por él y para él. Pero es muy importante entender y aceptar que siempre habrá dos fenómenos jurídicos paralelos, de extrema importancia en orden a la configuración de la potestad discrecional, a saber:

a) un deber funcional del servidor público de aplicar esas reglas —generales o individuales— si conocerlas está dentro de sus posibilidades, y de hacerlo para lograr el óptimo de resultados posibles;

b) una regla jurídica del acto que se realizara, condición de su validez, según la cual éste debe conformarse a esas reglas de oportunidad como si fueran jurídicas, logrando el óptimo objetivamente posible dentro de la circunstancia.

Se trata de dos situaciones jurídicas distintas, aunque íntimamente conexas.

En virtud de la primera, hay un deber funcional del servidor público, llamado a buscar siempre aquello que subjetivamente luzca como lo mejor en la realización de los fines públicos; la infracción de ese deber puede acarrear sanciones disciplinarias.

En virtud de la segunda, hay un condicionamiento objetivo, dado por la circunstancia de hecho, en la realización del fin del acto. Con independencia del criterio personal del funcionario, el acto debe tener una determinada configuración objetiva en su motivo y/o contenido, para la realización del fin que persigue una vez realizado el motivo. Si no la logra, aunque el fin se alcance defectuosamente, el acto estará viciado, precisamente por ese defecto funcional, por su mal rendimiento. Y nuevamente surge aquí el símil del hecho ilícito, en el que —sobre todo tratándose de la "falta del servicio" en el seno de la Administración— lo que importa no es la negligencia personal, sino el mal funcionamiento objetivo, desde el punto de vista de un modelo de ese mismo servicio, al alcance de la Administración culpable. En punto a la validez del acto, si éste pudo y debió tener una determinada configuración objetiva de motivo y/o contenido para lograr su fin en óptimas condiciones, el no tenerla es un vicio de validez, por quebranto del deber legal de lograrlo. Aquí la oportunidad se incorpora a la legalidad, siempre que el

---

(24) A favor de la vigencia jurídica de las reglas de oportunidad y, en general, de las reglas no jurídicas necesarias para completar la regulación legislativa y hacer posible su aplicación véase Mortati, Costantino, en una serie de tres notables artículos de vieja publicación: Note Sul Potere Discrezionale, *op. cit.*, págs. 1014 y sgtes.; Norme Non Giuriche e Merito Amministrativo, *op. cit.*, págs. 1045 a 1048; Discrezionalità, *op. cit.*, págs. 1217 a 1219 y 1228 a 1230. Véase igualmente la brillante obra de Franco Bassi, *La Norma Interna*, Giuffrè, Milano, 1963, págs. 259 y sgtes., espc. 273 y 282 a 284, lo que viene apoyado por Guido Falzone, *Il Dovere di Buona Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1953, págs. 151 a 155, esp. 154 y 155. Claramente en contra de esa vigencia jurídica de las reglas de oportunidad, aunque reconociendo su existencia como tales y como criterios orientadores (pero no obligatorios) de la decisión discrecional, Onorato Sepe, *L'Efficienza nell'Azione Amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1975, págs. 65 a 69, espc. 65, 66 y 67; Aldo Piras, *op. cit.*, págs. 83 a 85; Giannini, Tomo I, *op. cit.*, págs. 637 y 638. Estos dos últimos autores consideran que el acto discrecional puede estar condicionado lógica o sicológica —no jurídicamente— por las reglas de oportunidad u otras no jurídicas, pero que consiste siempre en la creación libre de una norma individual irrepetible, no sujeta a control.

motivo y la circunstancia permitan al agente conocer y aplicar la regla concreta de configuración del acto en su máximo rendimiento. Esto lo sostiene hoy, fuera de Francia, parte importante de la doctrina italiana, en cuanto pone a cargo del ente público —no del funcionario, sino del órgano— un "deber de buena administración", que convierte en jurídica toda regla de oportunidad objetivamente conocible y aplicable dentro de la circunstancia, sin que medien impedimentos insuperables (25). Hay discrepancia sobre el mecanismo que permite los efectos jurídicos de la regla de oportunidad, como si fuera legal, pues mientras unos hablan de un "reenvío formal" (Mortati), otros hablan de una "presuposición sancionada" (con la nulidad del acto violatorio), desde el momento en que la ley ha dejado sin regular los criterios de elección y configuración tanto del motivo como del contenido del acto discrecional, con la obvia intención de que lo hagan reglas de otros ordenamientos, o, de plano, otras de índole no jurídica. Entran en juego, entonces, reglas jurídicas y no jurídicas, que completan la norma, sobre la base de un reconocimiento que de ellas hace el ordenamiento estatal, expresa o implícitamente (26). Esto nos lleva directamente a hablar de los otros dos grandes sectores de reglas que complementan las jurídicas en la común tarea de limitar y reducir la discrecionalidad administrativa, lo que veremos de inmediato.

Puede decirse, en síntesis, que las reglas de oportunidad son las que orientan la configuración y la elección por la Administración del motivo y/o del contenido discrecionales del acto, en orden a la realización óptima de su fin público. Se definen por su función, que es justamente la de lograr la adaptación mejor posible de esos elementos discrecionales al fin del acto, para su óptimo rendimiento dentro de la circunstancia; y se trata normalmente de reglas de experiencia acumulada tanto como de reglas nuevas e individuales, con aquella función, conocibles y aplicables únicamente con vista del caso ya surgido. Pueden reputarse reglas jurídicas condicionantes de la validez del acto si es cierto y existente —como lo acepta esta ponencia— el principio general según el cual el acto debe tener el ajuste mejor posible a su fin, que le permita la circunstancia en que se da. Caso opuesto, se tratará de reglas cuya importancia será menor. Es lo que ha ocurrido en Costa Rica con la Ley General.

La Ley General ha acogido una tesis intermedia. El art. 133.2 formula el "principio de proporcionalidad", que es la forma más clara y correcta de enunciar la incorporación de la oportunidad a la legalidad, como medio para garantizar la eficiencia o el rendimiento óptimos, dentro de la circunstancia, del acto administrativo; pero el art. 16 ibídem rebaja el nivel de excelencia encapsulado en esa proporcionalidad (del motivo con el contenido y el fin), que el art. 133.2 permite ubicar en un óptimo, al no excluirlo, para conformarse con el respeto a los "principios elementales" de "conveniencia", la cual siempre se ha entendido como sinónima de la oportunidad. Disponen dichas normas:

> Art. 133:
> 1. "El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto.
> 2. Cuando no esté regulado deberá ser *proporcionado* al contenido y cuando esté regulado en forma imprecisa deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento".
>
> Art. 16.1: "En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a *principios elementales* de justicia lógica o *conveniencia*".

Es evidente el íntimo parentesco entre el control máximo (de 3er. grado) ejercido por el Conseil d'Etat sobre los motivos del acto y la redacción del art. 133.2. Exactamente como el C.E. anuló

---

(25) Bassi, *op. cit.*, págs. 270 y 271.

(26) Mortati reputa existente un "reenvío formal" del ordenamiento a las reglas de una administración, en tanto que Bassi lo niega y considera, en su lugar, la existencia de lo que llama "presuposición reforzada". Esto parece lo acertado. Existe el fenómeno cuando una norma emplea "conceptos indeterminados" que sólo pueden aplicarse y precisarse por el uso de reglas no jurídicas, como las de la prudencia (cuando se habla de "falta" o "cuasidelito"), la de la lógica (cuando se habla de "racionalidad" de un acto) o las de la buena administración (cuando se habla de su "oportunidad"). Las normas no jurídicas no se convierten, en esta hipótesis, en jurídicas (como ocurre en el caso de los "reenvíos"), sino que conservan su índole propia, pero producen efectos de Derecho al configurar un concepto de la norma jurídica con miras a su aplicación. Si esa configuración no se da o se da defectuosamente, se viola la norma y puede haber —aunque ello no es necesario, sino dependiente de cada ordenamiento— o una invalidez o una responsabilidad. La regla no jurídica queda así "presupuesta" o "supuesta" y la operación puede llamarse "reforzada" cuando su omisión o imperfección vienen sancionadas en alguna de las dos formas dichas o por las dos. Véase por todos Bassi, *op. cit.*, págs. 240 y 245.

expropiaciones y derogaciones urbanísticas por causar daños e implicar costos exagerados en relación con sus utilidades y beneficios, así preceptúa el art. 133.2 se juzgue la legalidad del acto administrativo en cuanto a motivo: según su proporcionalidad con el "contenido" y, naturalmente, con el fin, a través de este último. Hay, como dice un distinguido autor francés, una íntima correlación entre estos tres elementos, que significa, primero, un ajuste del contenido al motivo o a la inversa, y, segundo, un ajuste de ambos al fin (27). Es tal el ordenado por el art. 133.2. Precepto que, por otra parte, impone claramente como normal el control por "calificación jurídica" de los hechos que forman el motivo —control llamado antes de 2do. grado— al ordenar claramente que de hallarse éste regulado en forma imprecisa, deberá concretarse en modo razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento para definirlo. Ello implica, como es lógico, la inexistencia de discrecionalidad en esa labor de concreción, que, según el art. 133.2, ha de reputarse como mero proceso lógico racional de interpretación y aplicación de la norma, no como acto volitivo de elección y configuración del motivo. Lo anterior no obstante, es evidente que el art. 16 rebaja los niveles de operación de la Administración, al exigirle en sus actos discrecionales por motivo no ya una proporcionalidad entre éste y el contenido, con vista del fin, en virtud de aquel balance global de logros y desventajas, sino, apenas, la observancia de las reglas *"elementales"* de "conveniencia". Estas han de ser, pues no tiene otro sentido el calificativo, las reglas generales, sino codificadas, del sentido común en punto a oportunidad y buena administración, que deben estar recibidas y aplicadas en y por el acto. Lo que, a su vez, significa que el vicio por su violación será equivalente al descenso de esa oportunidad o conveniencia por debajo de un mínimo, ya no de un óptimo, con el resultado de una plena y flagrante "inoportunidad" del acto, única forma de su "inconveniencia" que podrá ser causa de su invalidez, según dicho art. 16.1.

Pese a su evidente amor por lo vulgar, el art. 16.1 capta una innegable realidad, a saber: la imprevisible riqueza de la realidad y de sus imperativos circunstanciales en orden a la realización de un determinado fin público, así como la insuprimible falibilidad humana en el conocimiento de esa realidad y en la orientación de la conducta frente a ella. Es decir: es posible, primero, que haya hipótesis en que lo mejor u óptimo para el fin público este dado en varias versiones y que la realidad —no la norma— abra alternativas todas intercambiables, desde el punto de vista de su oportunidad; aquí estaríamos, sin embargo, en una indiferencia jurídica de alternativas dentro de lo óptimo que, no obstante configurar el ejemplo típico de la oportunidad máxima para el ejercicio de la discrecionalidad, es también el caso más infrecuente. Lo normal es que la realidad ofrezca alternativas desiguales por su eficiencia y adaptación al fin público, en orden al cual puedan reputarse unas mejores o peores que otras. En tal hipótesis, también es normal que el funcionario, por incapacidad o simplemente por mala ubicación y defectuosa perspectiva, escoja mal y opte por lo bueno creyendo que es lo mejor. El art. 16.1 consagra y acepta esta posibilidad sin desmedro de la validez del acto, en la medida en que no se haya optado por lo "peor", aunque se haya ignorado lo "mejor". El acto "bueno" y "oportuno", aunque no sea "óptimo", es válido, como será lo contrario el acto "peor" e "inoportuno", por un desajuste radical e insubsanable respecto de su fin. Esto viene consagrado claramente por el art. 160 L.G., que dispone:

> Art. 160: "El acto discrecional será inválido, además, cuando viole *reglas elementales* de lógica, de justicia *o de conveniencia,* según lo indiquen las circunstancias de cada caso".

El art. 167, a contrario sensu, introduce la legalidad como un elemento de la oportunidad, cerrando la ecuación entre ambas notas del acto, al disponer que el mismo será absolutamente nulo cuando su ilegalidad impida la realización del fin público perseguido. Dispone dicha norma:

> Art. 167: "Habrá nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, *salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta".*

---

(27) Guy Braibant, *Le Principe de Proportionnalite, Melanges Offerts a Marcel Waline, op. cit.*, tomo II, pág. 298.

En otras palabras: así como la inoportunidad evidente y elemental es un vicio de legalidad, la ilegalidad grave y flagrante se torna en uno de inoportunidad, cuando impida la realización del fin público perseguido. En esta hipótesis, la nulidad será absoluta.

Lo anterior significa, en síntesis, que nuestro ordenamiento legal hace difícil la neta separación de legalidad y de oportunidad y autoriza más bien las incursiones del juez en esta última, no en función del cumplimiento de los fines públicos, sino en función de la observancia de ciertos mínimos o estándares vitales del obrar administrativo, exigibles de acuerdo con los valores del ordenamiento político. Esto nuestra L.G. lo reputa un contralor de legalidad, pero incluye uno de oportunidad. En un Estado de Derecho, en otras palabras, la Administración está para servir al hombre y satisfacer sus necesidades e incurre en un actuar inválido cuando más bien opera para dañarlo o defraudar las legítimas expectativas puestas por el público en su funcionamiento. Pero con esto hemos llegado ya a divisar el ordenamiento general del Estado y la función administrativa, horizonte del acto administrativo y la sentencia del Juez, meros puntos de cristalización de sus valores institucionales. El paso que falta por franquear en el ejercicio del contralor jurisdiccional de la Administración ha de partir de esas realidades fundamentales que son la unidad del ordenamiento jurídico y de sus valores, como fuente de reglas y principios que regulan la función administrativa, más que el acto aislado. Nos explicamos.

4. Vicios de la función y vicios del acto (irracionalidad, iniquidad, inutilidad).

Un notable jurista italiano (28) ha hecho, no hace muchos años, una distinción fundamental —aunque elemental, como todo lo importante— para explicar el evidente fenómeno de la potenciación y ensanchamiento crecientes del contralor jurisdiccional sobre la discrecionalidad administrativa. Ha hecho la distinción entre función y acto. Función es la actividad necesaria para llegar a la emisión de un acto, a partir de una potestad (29). Es decir: es el actuar con base en una potestad y para dictar el acto que éste autoriza, cuando todavía no se ha dictado. Su más visible manifestación es el procedimiento administrativo, legislativo, etc. Incluye obviamente la actividad intelectual y volitiva expresada en el acto, al final de ese procedimiento, naturalmente anterior a la declaración en que desemboca. En cuanto el acto es discrecional por tener elementos no regulados, resulta obvio que su emisión exige esa actividad lógica y sicológica previa, sin la cual no sería posible formular y querer la norma individual del caso, que determina los elementos dejados en blanco por el Juez o por la ley (30). De este modo, hay dos zonas importantes de conducta adminis-

---

(28) Feliciano Benvenuti, *Ecceso di Potere Amministrativo per Vizio della Funzione*, Rassegna di Diritto Pubblico, Giuffrè, Milano, 1950, págs. 22 y sgtes. espc. 22 a 30. Una advertencia resulta fundamental: el hallazgo de Benvenuti vino precedido por una larga elaboración jurisprudencial llevada a cabo por el Consiglio di Stato en la configuración de los —hasta entonces— llamados "síntomas del exceso de poder", consistentes todos en defectos lógicos o axiológicos del acto, en relación principalmente con sus motivos. Esos síntomas eran el error de hecho (travisamento dei fatti), la contradicción entre considerando y dispositivo (motivazione contradittoria), la incoherencia de la motivación (motivazione irrazionale), la disparidad de trato o discriminación en el trato de casos iguales (disparita di trattamento), la violación de circulares, precedentes y prácticas administrativas (violazione di atti interni), etc. Se llaman "síntomas" del exceso de poder porque basta su comprobación, sin más, para justificar la anulación del acto, a manera de presunción absoluta de un defecto en alguno de sus elementos, no identificado, como resultado de la imperfección del pensamiento y de la voluntad expresados en él; para una buena reseña de la historia, evolución y tratamiento jurisprudenciales y doctrinarios del "ecceso di potere" y de sus "síntomas" véase Giovanni Di Cesare, *Problematica dell'Ecceso di Potere*, CEDAM, Padova, 1973, especialmente págs. 81 y sgtes. El mérito de Benvenuti reside en haber demostrado pulcramente que esos síntomas no son vicios de ningún elemento del acto, puesto que no hay ley que siente por escrito la regla que infringen ni hay partes del acto que coincidan con el proceso lógico —sicológico de su formación—. Esos "síntomas" no son tales, sino vicios autónomos e independientes, y no del acto, en la concepción de Benvenuti, porque son violaciones de principios generales que regulan, más bien, la función administrativa en el segmento precedente al acto, como quedó explicado en el texto. El acogimiento de los principios que regulan la función, sin el aparato doctrinal referido, es hoy universal en Occidente. En A. Latina su forma más desarrollada está en la teoría de la "razonabilidad" del acto operada por la Corte Suprema argentina, cuyo contenido y alcance puede estudiarse en todos los tratados y manuales de la materia, principalmente en Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Macchi, Bs. Aires, 1974, Cap. VIII, págs. 30 a 32.

(29) Entiéndese aquí la potestad —a diferencia del derecho subjetivo— como autorización normativa para realizar actos jurídicos indeterminados por razón de objeto y sujeto pasivo; véase al respecto Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Giuffrè, Milano, 1954, págs. 110 y sgtes.; lo mismo que Eduardo Ortiz Ortiz, *Los Privilegios de la Administración Pública*, Separata Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de C.R., No. 23, San José, 1974, págs. 38 39.

trativa anteriores a la declaración del acto administrativo —como a cualquier otro acto público, ley o sentencia— que condicionan su existencia y que tienen un régimen propio, distinto del que corresponde al acto y sus elementos, pero obviamente condicionante de su validez, por referirse a eventos anteriores y preparatorios. Son la actividad precisamente preparatoria (procedimiento) y la actividad constitutiva, el proceso lógico-sicológico de creación del acto mismo. Así: es posible la invalidez derivada del acto, por vicios que están fuera de sus elementos, presentes sólo en su preparación o en su formación interna. El régimen de la función tiene por fin garantizar la conformación del acto administrativo de acuerdo con los valores fundamentales del ordenamiento de un Estado de Derecho, único en el cual ese acto —como subordinado a la ley— es jurídicamente posible y concebible al servicio del hombre. Ese régimen se expresa en tres principios fundamentales, cuya violación en el procedimiento o en la formación de la voluntad antecedente al acto genera la invalidez de éste, ya no por desajuste de sus elementos con la ley que los regula, sino por desajuste del acto como un todo (lógico-sicológico) con aquellos valores fundamentales. Son los principios generales de racionalidad, de justicia y de funcionalidad, cuyo quebranto genera actos absurdos, inicuos o inútiles. Se trata de verdaderos principios generales y su cumplimiento o violación tiene lugar principalmente en el momento constitutivo del acto, en el proceso lógico-sicológico de su formación. De este modo, se viola el principio de racionalidad si el acto es contradictorio en sí mismo, absurdo o desproporcionado a su motivo o en su motivación; se viola el principio de justicia si el acto es discriminatorio; se viola el principio de funcionalidad si el acto es totalmente inoportuno e inconducente para su fin (31). Estas categorías de vicios pueden reproducirse en infinidad de hipótesis. En el fondo, todo puede resumirse diciendo —como lo ha hecho algún ilustre jurista (32) —que el régimen de la función— a diferencia del régimen del acto es la "interdicción de la arbitrariedad" en el obrar administrativo, con entera independencia del texto escrito de la ley.

Esto nos lleva directamente, otra vez, a los arts. 16.1 y 160 L.G., que ahora y a esta luz se pueden entender mucho mejor. No son otra cosa que formulación general de la tríada de principios generales descubierta o revelada por Benvenuti. Su texto —pero no la L.G. se ha quedado corto, como la concepción inicial del maestro italiano, porque está llena de posibilidades hasta ahora en abierto desarrollo jurídico. Coincidentemente, las jurisprudencias francesa, italiana, española y argentina han abierto, sobre la base de parecida intuición, el barbecho para la germinación de los principios generales de derecho, de las reglas jurisprudenciales y de la apropiación de reglas no jurídicas, como instrumentos de contralor jurisdiccional de la discrecionalidad. Todo lo tiene contemplado la L.G.

5. El reino del Juez.

La existencia del "common law" y, sobre todo, la experiencia paradigmática del Conseil d'Etat, a la par de sus homónimos de Italia, de España y del resto de L.A., prueba sobradamente el papel normativo e innovador que juega el Juez en un ordenamiento, incluso si éste es de origen romano (33). El Juez no sólo es árbitro de la aplicación de la ley escrita, sino, incluso, de su misma desaplicación, cuando la juzga inoportuna o lesiva, como ocurre con la hipótesis —ya mencionada— de las circunstancias excepcionales. El Juez, sobre todo, es el dueño de la delimitación entre legalidad y oportunidad, si es que por razones de esta última índole puede, incluso, desaplicar la ley. En esta situación de supremacía, al menos frente a

---

(30) Di cesare, *op. cit.*, págs. 109 y 110 y nota (23).

(31) Cualquier manual de "giustizia amministrativa" da cuenta de los vicios o síntomas del "exceso de poder", en forma coincidente; ver por todos Zanobini, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1954, vol. II. págs. 195 a 198.

(32) Eduardo García de Enterría, *La interdicción de la arbitrariedad en la Potestad reglamentaria, ahora como apéndice de Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Técnos, Madrid, 1970, págs. 226 a 232, espc. 228 a 230.

(33) El mejor análisis en nuestra lengua del Poder normativo del Juez está en Luis Recasens Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Ed. Porrúa S.A., México, 1973, págs. 211 y sgtes.; una excelente versión del poder pretoriano del C.E., francés está en las dos tesis de doctorado aquí tan citadas, de Gaudemet y de Loschack, con múltiples ejemplos de reglas jurisprudenciales creadas al margen, en complemento o en contradicción con la ley.

la Administración, el Juez puede crear normas interpretativas o integradoras del ordenamiento administrativo, que vienen a agregarse a las legislativas y recortar más la discrecionalidad de la Administración (34). El ejemplo mejor, entre nosotros, está en la jurisprudencia sobre responsabilidad pública, que, al descartar la necesidad de una falta en la elección o en la vigilancia para dar lugar a la responsabilidad del Estado por hecho de sus servidores, no obstante el texto contrario del art. 1048 C. Civil, ha permitido el desarrollo de esa responsabilidad pública, de otro modo imposible. Esta función creadora (el Juez) la desempeña con cautela y repeto al ordenamiento, lo que significa, primero, que el Juez rehuye enfrentarse abiertamente a la ley, diciéndolo, accediendo a peticiones ilegales o sin graves motivos que lo justifiquen (35); segundo, y sobre todo, que está limitada en ese ejercicio por los valores y el sentido normativo que tienen las instituciones fundamentales del ordenamiento en que actúa, a las que las leyes pertenecen (36), y, tercero, que sólo gradual, casuista e insensiblemente —sin revoluciones— puede crear e instalar una nueva norma en el ordenamiento (37). El Derecho Judicial, como alguien lo ha llamado, viene a ser, ello no obstante, un límite importante y creciente de la discrecionalidad administrativa, que suplanta y sustituye los juicios de oportunidad de la Administración por el dictado del Juez, quien así convierte en reglado lo que era discrecional. Esto ocurre porque el Juez crea o encauza tres tipos de normas reductoras de la libertad de la Administración, a saber: (38).

a) Los principios generales de Derecho. Se trata de las reglas no escritas, sino apenas descubiertas y enunciadas por la jurisprudencia, que expresan el espíritu regulador inherente a las realidades sociales e históricas más importantes de la comunidad, así como los valores y las metas derivables de ellas y del ordenamiento político, como proyecto colectivo de vida. Su "supuesto de aplicación" se connota por su abstracción extrema, que revela su vocación hacia la ley y la jurisprudencia como vehículos normales de concreción y expresión, respecto de las cuales se dan como fundamento, guía y/o límite a la vez. Se hallan en el más estrecho contacto con lo que podría llamarse la "ética colectiva" y su formulación y aplicación por el Juez implica una adecuación del Derecho a la cultura y a la ideología tradicionales y predominantes, por obra del Juez, convertido en su intérprete y servidor (39). Son pocos y decisivos, muchos de origen constitucional, pero no necesariamente tales: derechos humanos, preferencia por la libertad y principio de legalidad, igualdad ante la ley, responsabilidad del Poder Público, etc.

Aquí cobran su sitio las reglas fundamentales de la función administrativa, antes enunciadas, pues el principio de legalidad no es otra cosa que garantía de racionalidad, justicia y utilidad a través de la norma escrita, para bien de Administración y administrado; y, por lo mismo, tiene asiento también el principio de la responsabilidad de la Administración. La L.G. tiene un Capítulo Unico e inicial de Principios Generales del Régimen Jurídico de la Administración y otro del Régimen de Procedimiento Administrativo. Ambos contienen los principios generales fundamentales del obrar de la Administración y del régimen mismo que la regula. El art. 7 distingue dos tipos de principios, a saber: los que sirven para interpretar, integrar o delimitar el campo de aplicación de otras normas y viven en función de ellas, fundamentalmente en referencia a la ley ordinaria (incisos 1 y 2); y los principios que tienen —como el de igualdad ante

---

(34) Loschack, *op. cit.*, págs. 121 y 122.

(35) Loschack, *op. cit.*, págs. 84 a 88.

(36) De Laubadere, *Melanges offerts a Mercel Waline, op. cit.*, tomo II, pág. 544, que dice: "la sustracción, por el Juez, al ámbito del poder discrecional, de competencias respecto de las cuales el ordenamiento no ha precisado los motivos de las decisiones que autoriza, es inadmisible fuera del caso en que el Juez deduce esos motivos de los fines e intenciones suficientemente claros de la ley, o, en todo caso (según la opinión dominante), si se trata de medidas restrictivas de las libertades públicas o del derecho de propiedad. Si, en efecto, se puede aceptar que el Juez vincule competencias que la ley ha dejado aparentemente como discrecionales, es difícil admitir que él lo pueda hacer discrecionalmente".

(37) Gaudemet, *op. cit.*, págs. 219 y sgtes.

(38) Gaudemet, *op. cit.*, págs. 248 y sgtes. especialmente 252 y 253.

(39) Jean Rivero, *Le Juge Administratif Français: un juge qui gouverne*, Vol. II, Pages de Doctrine, L.G.D.J., 1980, págs. 304, 306 y 307; *Los Principios Generales en el Derecho Administrativo Francés*. Revista de Administración Pública, No. 3, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, págs. 293, 296, 299 y 300.

la ley, el de un debido proceso, el de existencia y respeto de los derechos humanos, etc.— vigencia sustantiva propia, de materia autónoma y específica, con independencia de otras normas (inciso 3). Los primeros tienen el rango de la norma escrita que interpretan, integran o delimitan; los segundos el rango de su origen y materia, eventualmente mayor que el de la norma escrita, sea ley ordinaria o reglamento. Los habrá, entonces, de rango constitucional, como los antes enumerados; y de rango legal, suprarreglamentario, como los que de seguido llamamos reglas jurisprudenciales, que también configuran verdaderos principios generales pero con otro nombre, para revelar su materia y rango menores respecto de la Constitución. Llamaríamos al primer tipo —por su función siempre ligada a otra norma— el principio general dependiente; y al segundo, el principio general autónomo, dado su fundamento y función como regla material que funda una institución o expresa por sí un valor capital del ordenamiento. Es en relación con este tipo de principio general que tiene y cobra todo su sentido el inciso 3 del art. 7 L.G., cuando sibilina, pero significativamente, dice:

> "Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de rango inferior".

Es, simplemente, una forma de hacer constar la existencia —mucho más que la posibilidad— de principios autónomos de rango superior a la ley y, en cuanto son su fundamento, también a la Constitución. Estos principios —revelados jurisprudencialmente— cierran el ordenamiento administrativo, del cual sólo puede la Administración escaparse a otros Derechos, como el privado, cuando falte en aquel no sólo la norma escrita sino también el principio que regule el caso. Es evidente, dado el carácter jurisprudencial de la forma de aparición y de vigencia del principio general, que tal podrá ser no sólo el enunciado en la L.G. lo que sería tanto como degradarlo o, al menos, confundirlo con la ley ordinaria sino todo aquel que rija como tal en esa jurisprudencia o en la opinión dominante de la doctrina. La enumeración y formulación legales no son ni pretenden ser taxativas. En el marco de lo anterior pueden entenderse los arts. 7, 8 y 9 de la L.G., que disponen:

> Art. 7:
> 1. "Las normas no escritas —como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan.
>
> 2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.
> 3. Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior".
>
> Art. 8: "El ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo".
>
> Art. 9:
> 1. "El ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otros ramos del derecho. Solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios.
> 2. Caso de integración, por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán, por su orden, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios".

b) Reglas jurisprudenciales internas. Se dan sobre todo en el campo procesal: inexistencia del recurso de reposición cuando el jerarca decide en alzada; clasificación de los diversos tipos de interés como causas de legitimación en la vía contencio-administrativa, con exclusión de unos e inclusión de otros; carácter no anulable del reglamento en la vía de su impugnación indirecta, etc.

c) Reglas jurisprudenciales externas. Se aplican como régimen del obrar administrativo extraño al proceso y en materia especializada; como tales se presentan normas tan fundamentales en el Derecho Administrativo como la continuidad del servicio público, el derecho al equilibrio financiero del contrato administrativo, el carácter inherente del poder de auto organización la inderogabilidad singular del reglamento, etc. reglas todas de origen jurisprudencial. Pero se trata de materia de técnica jurídica, normalmente extraña a la Constitución y librada a la ley ordinaria, cuyo rango normalmente tienen. Por eso, su campo preferido y más relevante prácticamente es la acuñación de las fórmulas interpretativas y operativas de los conceptos o calificaciones indeterminadas empleados por la ley al definir los supuestos o motivos del acto administrativo. De este modo, dejan de serlo para

convertirse en partes de una regla jurídica completa y precisa, sin margen para la discrecionalidad administrativa o sólo para una menor, norma compuesta en realidad por dos, la legislativa y la judicial, que llena de sentido lo que la ley dejó en blanco.

6. El reino de la ciencia. La llamada discrecionalidad técnica (40).

Para aplicar una norma puede ser necesario aplicar una ciencia o una técnica establecidas. Para adoptar medidas de salud, es preciso saber de medicina, y así en todos los ramos de la administración, que abarcan obviamente todos los del saber humano. Hoy en día nada a la Administración le es extraño. El carácter técnico y heterogéneo del obrar administrativo es parte de su esencia y, por ello, el principio de racionalidad y el de utilidad (o conveniencia) exigen por igual la adaptación estricta de aquel obrar a los principios y reglas exactos de la ciencia, como si se tratara de normas jurídicas. No lo son ni llegan a serlo, por el mero hecho de ser necesarias para la aplicación del Derecho Administrativo, aunque podrían llegar a serlo, si así el ordenamiento escrito lo dispusiera. Pero aun ante el silencio del ordenamiento —que no equipara expresamente una determinada regla científica al Derecho, ni tampoco "reenvía" a esa regla para su complementación— hasta con que el concepto empleado sea técnicamente determinable o que lo sean a su luz los hechos de base, para que se entienda que el Derecho acepta la vigencia jurídica de esas reglas dentro de la circunstancia, en la medida en que sirvan para su exacta definición con fines de aplicación de la norma. La ignorancia de las reglas científicas de aplicación unívoca es un vicio de legalidad, que invalida el acto. La Administración no puede ser empírica, en virtud de los principios de racionalidad y de conveniencia, antes mencionados. Por una nueva "presuposición reforzada" —que eventualmente puede no serlo y carecer de sanción— la técnica y la ciencia y sus dictados exactos se incorporan al Derecho, siempre dentro de la circunstancia. No vale la regla técnica como tal, ni la ley científica, sino dentro y frente a la circunstancia de hecho. *Pero no es imposible la discrecionalidad técnica, no obstante la recíproca incompatibilidad que se predica de ambos conceptos.* Ciertamente son incompatibles, cuando, como se dijo, la aplicación de la técnica o de la ciencia al caso permita resolver el problema y hallar la regla única y exacta de conducta, sin implicar juicios ni elecciones individuales del funcionario, irreductibles a una norma general o a una ley natural, o del arte y quehacer en cuestión. En esta hipótesis la ciencia hace las veces de la ley y el acto es reglado y obligatorio por su virtud. En el dominio de las políticas, planes y programas, y aun en actos de elección menos complejos, sin embargo, es no sólo posible sino probable que, en lugar de una sola conducta practicable, haya varias alternativas técnicas, jurídicamente indiferentes, en tanto que son también equivalentes desde el punto vista de la oportunidad de cada una. En ordenamientos como el nuestro, en los que los imperativos legales de la oportunidad pueden reducirse a un mínimo (por todo lo ya dicho), es posible, además, que la solución técnica adoptada sea legal y válida aun si no es la "mejor" ni la "única", por ser menos oportuna que otra, mientras no sea la "peor" posible, la realmente "inoportuna", como bien se puntualizó. Cuando se puede elegir entre equivalentes o entre "buenas" alternativas, la definición y adopción de programas, la fijación de líneas futuras de comportamiento y aun la escogencia de instrumentos de trabajo, pueden ser auténticamente personales y discrecionales, sin posible remisión a criterios técnicos o científicos, objetivos, generales y exactos. Aquí hay una base de problemas técnicos que resolver y una técnica de base, pero la solución última no la da la ciencia sino la decisión del funcionario. Esto puede llamarse con propiedad la "discrecionalidad técnica", que, contra lo que suele sostener la doctrina italiana, no es técnica, sino verdadera discrecionalidad (41).

---

(40) Las relaciones entre "discrecionalidad" y "técnica" han sido estudiadas con particular extensión y agudeza por la doctrina italiana, que predica su incompatibilidad; véase por todos la bibliografía citada por Sainz Moreno, *op. cit.*, pág. 267; y la obra de Bachelet, *op. cit.*, págs. 58 a 63, con la jurisprudencia reciente del Consiglio di Stato sobre el tema, favorable a la existencia de la "discrecionalidad técnica" o, más bien, enmarcada por y fundada en la técnica, según aquí lo propugnamos.

(41) Vittorio Bachelet, *L'Ahirita Tecnica della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1967, págs. 40 y 41.

7. La L.G. y los principios generales de Derecho.

Nuestra L.G. se ha hecho cargo de toda la trabajosa y lenta evolución anterior, al supeditar la validez del acto a la observancia de los principios de racionalidad, de justicia y de utilidad (o conveniencia), con la "presuposición" o bajo el supuesto de que existen otras reglas de conducta, no jurídicas ni decretadas, fundadas en la realidad social y natural, que vienen incorporadas a la norma y a su aplicación al caso, para hacerla posible y compatible con aquellas y con los valores y principios de un Estado de Derecho. Disponen al respecto los arts. 15, 16, 158 y 160:

Art. 15:
1. "La discrecionalidad podrá darse incluso por ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, *para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable.*
2. El Juez ejercerá contralor de legalidad sobre los aspectos reglados del acto discrecional y sobre la observancia de sus límites".

Art. 16:
1. "En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.

2. El Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad".

Art. 158:
1. "La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico constituirá un vicio de éste.
2. Será inválido el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico.
3. Las causas de invalidez podrán ser cualesquiera infracciones sustanciales del ordenamiento, incluso las de normas no escritas.
4. *Se entenderán incorporadas al ordenamiento, para este efecto, las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso.*
5. Las infracciones insustanciales no invalidarán el acto pero podrán dar lugar a responsabilidad disciplinaria del servidor agente".

Art. 160: "El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias de cada caso".

8. Conclusión.

El ordenamiento costarricense hace posible la reducción de la discrecionalidad a la potestad pura de elección del motivo o del contenido del acto, según criterios personales de oportunidad del funcionario, siempre y cuando no sea posible determinar preventivamente su voluntad y conducta por los criterios del ordenamiento, a través de la correlación entre aquellos elementos, enmarcados por el Derecho legislativo y jurisprudencial, con aplicación exacta de las reglas de lógica y razonabilidad, de justicia y de conveniencia (oportunidad), de ciencia y de técnica, que exijan la circunstancia o el caso concreto. Es posible que, aun aplicado este agobiante e incisivo bloque de reglas, jurídicas o no jurídicas, pero reconocidas o supuestas por el ordenamiento, reste un margen de auténtica libertad, que enfrentará al administrador con el caso nuevo y que le exigirá una elección totalmente suya, fincada en sus valores personales y en los de la función administrativa que desempeña y que, aun entonces, no deberán ser opuestos a los del ordenamiento, porque tendrán que ser, más bien, compatibles con ellos. Este es, en Costa Rica, el único verdadero y justificado momento de la discrecionalidad incontrolable de la Administración. García de Enterría lo ha dicho lúcidamente:

> "Al término de esta formidable reducción de la discrecionalidad queda de ésta un último reducto, aquel en que se manifiesta como una apreciación de valores singulares (la oportunidad es solo uno de ellos) sobre la que se monta la libertad de elección en que en último extremo consiste. Esto ya no es fiscalizable jurisdiccionalmente, ni puede serlo... Es en esta libertad última de decisión, en vista de lo singular y de lo concreto, en donde radica la responsabilidad del poder político, responsabilidad de que el Juez está exento y que nunca puede pretender sustituir. El control judicial de la discrecionalidad no es, por ello, una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y ni siquiera se ordena a una reducción o limitación del mismo, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión ni forma parte de sus funciones ni la requieren tampoco sus responsabilidades". (La lucha contra las inmunidades del poder, op. cit., págs. 48 y 49).

Sección I: Estudios.

SEGURIDAD DEL ESTADO: DETENCION. CONDICIONES MATERIALES

Elizabeth Odio B.

I. CONCEPTOS INTRODUCTORIOS.

El tema que en este artículo se desarrolla tiene como objetivo general el análisis de la relación que existe entre las condiciones materiales de la detención y la seguridad del Estado.

En mi opinión, el correcto análisis del tema exige también que hagamos referencia no sólo a la relación que existe sino también a la relación que debe existir entre seguridad del Estado y condiciones materiales de la detención.

De igual modo, estimo imprescindible de previo aclarar el concepto y el sentido de términos claves aquí utilizados.

1) Seguridad del Estado.

En primer lugar, debemos precisar el alcance y contenido del concepto "seguridad del Estado" o "seguridad nacional" como algunos prefieren llamarla.

Sin entrar en análisis ideológicos, tradicionalmente el concepto de "seguridad del Estado" o "seguridad nacional" se ha limitado a lo que quienes gobiernan un país en un momento histórico determinado estiman que afecta la estabilidad o legitimidad de su régimen y del orden jurídico-institucional que lo sustenta. En otros términos, seguridad del Estado ha sido sinónimo de "seguridad del gobierno" y contra ésta —lo sabemos— puede atentarse internamente (la insurrección, por ejemplo) y desde el exterior (la guerra).

Este concepto de seguridad nacional es el que emplea, por ejemplo la Constitución Política de Costa Rica en su artículo 121, incisos 6) y 7) cuando señala como competencia de la Asamblea Legislativa autorizar al Poder Ejecutivo a declarar el estado de defensa nacional, concertar la paz y suspender, en caso de evidente necesidad pública, algunos derechos y garantías individuales.

Es también este criterio el valor que protegen los artículos del Código Penal costarricense que tipifican los "delitos contra la seguridad de la Nación" (arts. 275 y siguientes) y los "delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional" (en particular, los delitos definidos como "atentados políticos" en los artículos 292 y siguientes y los delitos contra la autoridad pública contenidos en los artículos 302 y siguientes todos del Código Penal).

Es éste, por lo demás, el mismo panorama que ofrecen los Códigos Penales latinoamericanos.

Ahora bien, la moderna doctrina del Derecho Internacional concerniente a los Derechos Humanos ha enriquecido notablemente el concepto de seguridad nacional al otorgar igual relevancia jurídica a los tres elementos que clásicamente integran el Estado. Según sabemos, un Estado es una unidad política integrada por un gobierno, un pueblo y un territorio. Para ser coherentes con esta definición indiscutible, debemos admitir entonces que la seguridad del Estado debe de estar referida a la seguridad de todos sus elementos y no solamente a la de uno de ellos.

Dejando de lado la amenaza externa de la guerra que afecta o puede afectar por igual a los tres elementos del Estado, nos detendremos únicamente en las circunstancias que pueden afectar la seguridad del Estado desde el interior.

Desde esta perspectiva, la seguridad del gobierno de un Estado es amenazada desde el interior

por la insurrección contra él que proviene del pueblo, por una guerrilla, una sublevación o por actos terroristas.

Pero de igual modo, el gobierno puede afectar la seguridad nacional, la seguridad del Estado, cuando atenta y amenaza la seguridad del pueblo.

Para decirlo con la precisa expresión del Dr. Hernán Montealegre: "hoy está claro para el Derecho que un gobierno que viola sistemáticamente los derechos humanos de sus nacionales es una amenaza para la seguridad de ese Estado" (1).

Dentro de este orden de ideas, la seguridad de un Estado debe medirse en función de su capacidad para conservar la integridad de su territorio, la estabilidad de su gobierno y la intangibilidad, sea, el respeto absoluto, de los derechos humanos de sus habitantes.

A este postulado de la doctrina moderna me adhiero y será el marco y el fundamento de este desarrollo.

2) Centros de Detención: a) Comunes; b) "especiales". Sus condiciones materiales. Los detenidos: a) comunes; b) políticos (o administrativos).

La experiencia acumulada en los distintos ámbitos e instancias que se ocupan de los derechos humanos, dentro y fuera del sistema de las Naciones Unidas, enseña que es unánime el rechazo que hacen los gobiernos del cargo de tener centros de detención de dos clases: centros comunes u ordinarios, esto es, un sistema penitenciario para los delincuentes comunes y centros "especiales" para detenidos "especiales" o políticos o administrativos.

Con todo, también esa misma experiencia demuestra que es más frecuente de lo que quisiéramos la existencia de ambos tipos de centros. Esta realidad debemos admitirla y partir de ella al desarrollar nuestra hipótesis de trabajo, toda vez que para relacionar con precisión las condiciones materiales de los centros de detención con la seguridad del Estado, es precisamente a los centros de detención especiales y a los procedimientos que en ellos se utilizan, a lo que nos estamos refiriendo.

Conviene mencionar que en cierto número de países de América Latina, los centros de detención que integran el respectivo sistema penitenciario nacional, son cárceles que cumplen por lo menos con las Reglas Mínimas señaladas por Naciones Unidas y en muchos casos, son centros modernos que responden a criterios y sistemas bien definidos de reeducación y rehabilitación de los delincuentes.

La Criminología y el Derecho Penitenciario son ciencias cuyo avance y desarrollo moderno nadie discute. Nuestro Continente ofrece ejemplos notables de sistemas de trato y tratamiento de los delincuentes que exceden las Normas Mínimas adoptadas por las Naciones Unidas.

De esta suerte, nos encontramos con sistemas de tratamiento progresivo cuyo análisis se pone en la rehabilitación del delincuente, con abandono total de los viejos regímenes represivos cuya sola finalidad era vigilar y castigar.

Los métodos de rehabilitación trabajan a partir de un diagnóstico criminológico inicial que permite la clasificación de los reclusos y determina un tratamiento individual cuyos elementos son, básicamente, la educación, el trabajo y la creación de hábitos de sociabilidad por medio de diversos tipos de terapias psicológicas y de actividades recreativas y deportivas.

Estos sistemas, con etapas que comprenden desde la máxima seguridad hasta regímenes de confianza total y de libertad bajo palabra pretenden, como se dijo, devolver a la sociedad un individuo readaptado que, como lo ha demostrado en años recientes la experiencia de Costa Rica, prácticamente no reincide.

No se requiere un gran esfuerzo intelectual para comprender que no es éste el panorama de los centros de detención para detenidos "especiales", comúnmente denominados "delincuentes políticos" o detenidos administrativos.

Yo me permito insistir en que la diferencia entre las dos categorías de centros y de detenidos, no es aceptada por los gobiernos y las normas de Derecho Internacional que se ocupan de la delincuencia y del delincuente, empiezan apenas a trabajar el tema. Pero insisto también en que es a la categoría de los delincuentes políticos y a los centros donde son recluidos, a los que se refiere el tema que analizamos.

La comprobación de lo que afirmo es elemental: un "delincuente político" no es un sujeto para ser reeducado o readaptado conforme a las pautas atrás señaladas. Quien milita en un movimiento

---

(1) Cfr. MONTEALEGRE (Hernán), *La seguridad del Estado y los Derechos Humanos*, Santiago, Chile, Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979.

de oposición, en una insurrección, en una guerrilla o en una banda de terroristas, amenaza la seguridad y estabilidad del gobierno contra el que lucha y el gobierno lo que pretende es eliminarlo, no reeducarlo. Y el político de oposición, el insurrecto, el guerrillero o el terrorista que logra evadirse de una prisión o que por alguna otra razón recobra su libertad, vuelve a su lucha por derrocar al gobierno y en muchas ocasiones, por cambiar totalmente los sistemas socio-económicos, políticos y jurídicos de la sociedad a la que pertenece. No podemos entonces, si queremos ser veraces, pensar que a un detenido por razones de su actividad política —sea ésta pacífica o bélica— se le puede aplicar un régimen penitenciario de tratamiento progresivo.

II. LA SEGURIDAD DEL ESTADO (ENTENDIDA COMO "SEGURIDAD DEL GOBIERNO") Y LOS CENTROS DE DETENCION.

Precisados —aunque de manera suscinta— los anteriores conceptos, y con fundamento en ellos, intentaré el análisis de la relación entre la seguridad del Estado (entendida en su acepción corriente pero limitada de "seguridad del gobierno") y las condiciones materiales de los centros de detención en los cuales son recluidos los detenidos.

Al amparo de normas de Derecho interno de los Estados y de Derecho Internacional, conviene hacer otra distinción importante y es la que resulta de la circunstancia de si en el Estado cuya seguridad se pretende en peligro, ha sido declarado o no el estado de sitio o de excepción.

Si no existe declaratoria de estado de sitio, lo usual es que se apliquen las normas penales incluidas en los respectivos capítulos del Código Penal o en leyes especiales como las de carácter "antiterrorista" que en algunos países latinoamericanos se han dictado. En esta situación político-jurídica, también lo usual es que los detenidos por comisión de hechos antijurídicos contra la seguridad nacional, sean recluidos en los centros ordinarios del sistema penitenciario, aunque sujetos a medidas especiales de seguridad.

Un buen ejemplo de esta situación lo constituye el caso de Costa Rica en donde los indiciados por delitos contra la seguridad de la Nación se recluyen en los centros del sistema penitenciario nacional, bajo especiales medidas de seguridad. Ello no obstante, en su calidad de reclusos por este tipo de delitos sufren una discriminación de trato de parte de las autoridades que en el año 1981 provocó, incluso, en el caso de una joven, su asesinato a manos de un policía encargado de su custodia. El criminal fue sentenciado por homicidio agravado por los tribunales penales del Poder Judicial y el caso puesto por el Gobierno del entonces Presidente de la República, don Rodrigo Carazo, bajo la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana, como un caso de violación de derechos humanos.

Pero donde el tema objeto de nuestro análisis cobra toda su dramática dimensión y vigencia, es cuando se decreta un estado de sitio o de excepción. Excepción que, por lo demás, termina por convertirse en regla al prolongarse indefinidamente, con todas las implicaciones que ello conlleva y que incluso llega a provocar la desaparición del Estado de Derecho.

Las situaciones de excepción producto de una crisis política grave son clasificadas, por el Derecho Internacional positivo en cuatro hipótesis:

- -- los conflictos armados internacionales
- — las guerras de liberación nacional
- — los conflictos armados no internacionales
- — las situaciones de disturbios internos o de tensiones internas (2).

De estas hipótesis, la cuarta —disturbios y tensiones internas—, (incluido claro está, el fenómeno del terrorismo) han determinado la declaración de situaciones de estado de sitio o de excepción en gran cantidad de países. Y en estas situaciones, la dura experiencia vivida por los pueblos de nuestro Continente demuestra que los gobiernos trabajan partiendo de una hipótesis que en términos simples podría resumirse así:

> "La seguridad del Estado es directamente proporcional al grado de represión y brutalidad que apliquen los cuerpos encargados de mantener el orden público".

En otros términos, que a mayor represión y mayor brutalidad de los encargados de vigilar el

---

(2) Cfr. Questiaux, Nicole, *Estudio de las consecuencias que para los derechos humanos tienen los recientes acontecimientos relacionados con situaciones llamadas estados de sitio o de excepción*, Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/Sub. 2/1982/15.

orden y ejecutar la ley, mayor será la seguridad del Estado. Es obvio que las consecuencias de esta nefasta hipótesis recaen directamente sobre los detenidos políticos y las condiciones materiales de los centros de detención.

Lo más dolorosamente irónico es que esta hipótesis es falsa como intentaré demostrarlo, pues contraponer la dignidad y la vida de un ser humano a la seguridad del Estado, es un planteamiento falso, a más de inaceptable.

Los límites propios de un artículo como éste, me obligan a que nos concentremos en algunas consideraciones que deseo hacer sobre el empleo de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes como mecanismos concretos que los gobiernos utilizan cuando aplican la hipótesis antes enunciada.

Cuando se habla del empleo de la tortura en cárceles y centros de detención, no existe gobierno que no reaccione airadamente para negar con vehemencia al cargo. Y hay pocos países, si es que hay alguno, que no prohíban la tortura en su legislación. No podemos detenernos a considerar este aspecto de la cuestión cuando lo cierto, lo real, lo que todos saben aunque lo nieguen, es que la tortura existe y en algunos casos, es práctica cotidiana de los cuerpos represivos del gobierno. Y pienso yo que la circunstancia de que en el ámbito del Derecho Internacional no exista todavía una convención de alcance mundial o regional que específicamente prohíba el uso de la tortura y la defina como crimen internacional — no obstante los años que el asunto tiene de estar en estudio— es prueba fehaciente del poco interés que algunos tienen en que tal instrumento jurídico internacional exista.

A la tortura y a los malos tratos se recurre con diversas finalidades: para obtener información para arrancar confesiones, y sobre todo, para intimidar o aterrorizar, todo en nombre de la seguridad del Estado.

En el ámbito de quienes se ocupan de problemas de seguridad existen partidarios del empleo de la tortura. Se sabe que "para escapar al dolor de la tortura el ser humano tiende naturalmente a comprometer sus principios ideológicos o dejar saber al torturador lo que la víctima estima que éste desea corroborar o documentar. . .". No obstante ". . .aún con esta grave limitación metodológica, la tortura, en criterio de los especialistas en la materia, es un útil instrumento. . ." (3).

Precisamente de dos especialistas en la materia es la siguiente cita:

> "La víctima de torturas para extraer información estratégica nunca tiene plena seguridad de que el dolor cesará si habla; pero sí está segura de que (la tortura) no cesará hasta que lo haga" (4).

Empero, ya desde el siglo XVIII, y con fuentes tan antiguas como Quintiliano y Ulpiano, se sustentaban los siguientes criterios en contrario:

> ". . .la tortura no cumple la finalidad a la que está destinada. . . Los que pueden soportar ese suplicio y los que no tienen bastante fuerzas para sufrirlo, mienten igualmente. El tormento que se hace sufrir en la tortura es seguro, pero el crimen del hombre que lo sufre no lo es; ese desdichado al que aplicáis la tortura se preocupa mucho menos de declarar lo que es que de librarse de lo que siente. . . En todas las épocas se han encontrado hombres inocentes a quienes la tortura hizo confesar crímenes de los que no eran culpables. . ." (5).

Y de Ulpiano, el gran jurisconsulto romano, es la siguiente cita:

> ". . .el juicio mediante tortura es azaroso y frecuentemente pervierte la verdad, pues muchos hombres, a causa de sus fuerzas para sufrir o de la severidad de la tortura, de tal modo resisten sus tormentos que no es posible sacarles la verdad; por otro lado, algunos son tan incapaces de resistir el dolor que están dispuestos a realizar confesiones falsas antes que ser torturados. . ." (6).

La tortura, entonces, no es un método confiable para obtener información sobre la qué basar la defensa de la seguridad del Estado. Los criterios citados nos permiten afirmar que desde siempre se sabe que la tortura es un procedimiento degradante, inaceptable, que empleada para obtener o corroborar información, no es seguro que alcance su objetivo.

---

(3) SAXE-FERNANDEZ (John), *De la seguridad nacional*, México, Editorial Grijalbo S.A., 1977, p. 152.

(4) WOLLFF (Charles y LEITES (Nathan), *Rebellion and Authority: An Analytic Essay on Insurgent Conflicts*, Chicago, Markham Publishing Company, 1970, ps. 104, 105

(5) *Enciclopedia de Diderot y D'Alambert de mediados del S. XVIII*, citado por MONTEALEGRE (Hernán), *op. cit.*, p. 745.

(6) Citado por MONTEALEGRE (Hernán), *op. cit.*, p. 745.

Algunos estados modernos, urgidos de información para resguardar la seguridad y estabilidad de su gobierno y de su régimen, han comprobado, y demostrado que se puede obtener esa información por medio de hábiles interrogatorios que, bien conducidos por personal entrenado y capacitado, obligan a la confesión al interrogado. Todo sin recurrir a la barbarie de la tortura.

En la jurisprudencia europea sobre el tema existe el caso de Irlanda vs. Inglaterra que resulta un ejemplo importante de nuestra afirmación de que la seguridad de un Estado no puede ni debe hacerse depender de informaciones obtenidas por medio de la tortura.

En 1972 Irlanda denunció a la Comisión Europea de Derechos Humanos, que Inglaterra había infringido el artículo 3 de la Convención Europea (que prohíbe la tortura y otros tratos inhumanos) a través de sus métodos de interrogatorio utilizados en Irlanda del Norte) (7).

El gobierno inglés admitió que esas mismas técnicas las había empleado su ejército en diversos países de Africa, Asia y América.

Antes de que se pronunciara el dictamen de la Comisión y la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, el Primer Ministro anunció al Parlamento que el gobierno había resuelto poner fin a esas prácticas. En su dictamen sobre el caso (en 1976) la Comisión Europea calificó de tortura tales prácticas. Posteriormente la Corte (en 1977) las tipificó como tratos inhumanos, aunque siempre violatorios de la Convención Europea.

La decisión del gobierno inglés es vivo testimonio de que la seguridad del Estado no depende del uso de tales prácticas, pues a nadie se le ocurriría siquiera pensar que no usar tratos inhumanos o tortura, implicara para el gobierno inglés renunciar a la defensa de su seguridad nacional.

La hipótesis de los gobiernos de que a mayor represión mayor seguridad, ha llevado a los cuerpos represivos a utilizar en algunos países ya no sólo la práctica aberrante de la tortura, sino algo más infame aún: la desaparición física de los opositores políticos, los cuales nunca fueron procesados. Así, en los últimos años hizo su aparición en nuestra atribulada América Latina la institución de los desaparecidos, absoluta y total negación de los derechos humanos.

A la tortura, los tratos inhumanos, las cárceles clandestinas, los cuerpos de policía especial, los grupos paramilitares, se sumó el horror de los desaparecidos.

Con todos esos elementos, gobiernos represivos, despóticos y esencialmente injustos, han construido su falsa hipótesis de seguridad nacional.

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Esta hipótesis, en síntesis, es falsa por cuanto, en primer lugar, ni el método de la tortura y los tratos inhumanos en los centros de detención y cárceles, ni la práctica de la desaparición física de los opositores, asegura información veraz a los gobiernos, para mantener su seguridad, aunque claro está que sí intimida y aterroriza al pueblo.

En segundo lugar, porque no existen circunstancias que justifiquen el empleo de la tortura, o el trato inhumano, o la desaparición, incluso durante un estado de sitio o de excepción o cuando se necesite combatir el terrorismo.

A este respecto es siempre oportuno recordar lo que sostiene el exdirector de la División (hoy Centro) de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Dr. Theo van Boben, acerca de que el terrorismo no se combate con terrorismo de Estado pues ambos son igualmente abominables, o como tan acertadamente lo ha señalado el distinguido criminólogo argentino, Dr. Raúl E. Zaffaroni, la delincuencia no se combate con delincuencia, pues el Estado delincuente pierde su base ética y por ende, su legitimidad.

En tercer lugar, porque no cabe asimilar la seguridad de un gobierno a la seguridad de un Estado. No puede un gobierno fundar su seguridad en la violación de los derechos humanos de los

---

(7) Estos métodos, —considerablemente más "humanos" que los empleados en gran número de países de América Latina—, eran los siguientes:

"1. mantención de la cabeza del detenido cubierta por una capucha negra, excepto cuando era interrogado o se le mantenía a solas en un cuarto;
2. sometimiento de los detenidos a ruidos continuos y monótomos de un volumen calculado para aislarlos de toda comunicación;
3. privación de sueño a los detenidos durante los primeros días del procedimiento;
4. privación de alimento y agua a los detenidos que no fuera una libra de pan y un cuarto de litro de agua, a intérvalos de seis horas;
5. obligar a los detenidos a estar de pie frente a una pared en una posición requerida (mirando la pared, las piernas abiertas, las manos levantadas hacia la pared)".

habitantes del Estado pues eso implica, específicamente, atentar contra la seguridad del Estado.

Por último, entonces, la seguridad de un gobierno no debe ni puede estar en función de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes practicados en los centros de detención, de cualquier tipo que éstos sean.

Por el contrario, la situación es totalmente a la inversa: las condiciones materiales de los centros de detención deben garantizar la dignidad del ser humano, pues violentándola o destruyéndola no sólo no se aumenta la seguridad del Estado sino que con tales prácticas se atenta contra la seguridad de la Nación.

Deseo concluir con algunas sugerencias cuyo objetivo será contribuir con el aporte de modestos elementos de juicio a las discusiones sobre este tema, pero muy especialmente, a la posible celebración de mecanismos jurídicos apropiados:

1) Estimo imprescindible que se opere, tanto en las legislaciones internas de cada Estado como en el Derecho Internacional positivo, una redefinición del concepto "Seguridad del Estado". Esta nueva definición debe incluir necesariamente, todos los elementos que integran el Estado, de suerte que no se confunda más "seguridad nacional" con "seguridad del gobierno", pues ya hemos visto cómo esta confusión conduce con gran facilidad a una perversión del Derecho al pretender amparar con ella las más atroces violaciones de los derechos humanos de un pueblo. Por lo demás, esta misma confusión ha permitido que intereses internacionales hegemónicos —políticos y económicos— intervengan en nuestros países con el pretexto de colaborar en la defensa de la seguridad de gobiernos repudiados por su flagrante y masiva violación de derechos humanos.

2) En el ámbito del Derecho Internacional, deben concluirse a corto plazo los trabajos de elaboración de la convención contra la tortura, cuyos mecanismos de aplicación deben prever la vigilancia internacional de las condiciones materiales de los centros donde se ubican detenidos políticos. Esta vigilancia internacional debe ser particularmente meticulosa en los países donde existan estados de sitio o de excepción.

3) Los acontecimientos vividos en los últimos años por América Latina deben obligarnos a pensar en la necesidad ineludible de fortalecer los mecanismos jurídicos interamericanos. Entre ellos, de manera especial, el ámbito de competencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de suerte que pueda la Corte actuar como un tribunal ante el cual puedan acusarse directamente y ser castigados, los responsables —gobiernos o personas físicas— de todos los crímenes a que hemos hecho referencia; cometidos hasta ahora impunemente y en nombre de la seguridad nacional.

BIBLIOGRAFIA

MONTEALEGRE (Hernán), *La seguridad del Estado y los derechos humanos,* Santiago, Chile, Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979.

QUESTIAUX (Nicole), *Estudio de las consecuencias para los derechos humanos tienen los recientes acontecimientos relacionados con situaciones llamadas estados de sitio o de excepción,* Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub. 2/1982/15.

SAXE-FERNANDEZ (John), *De la Seguridad Nacional,* México, Editorial Grijalbo S.A., 1977.

WOLLFF (Charles) y LEITES (Nathan), *Rebellion and Authority: An Analytic Essay of Insurgent Conflicts,* Chicago, Markam Publishing Company, 1970.

***

LOS SUSTITUTOS DE LA PRISION: ESTADO ACTUAL Y TENDENCIAS EN AMERICA LATINA

J. Enrique Castillo Barrantes (*)

El empleo de la privación de la libertad como pena tiende, en su evolución, a describir una curva perfecta: hasta fines de la Edad Media la privación de la libertad no figuraba entre las penas; las pocas cárceles existentes eran lugares de detención en los que se recluía a los imputados mientras duraba la tramitación del proceso, para entregarlos finalmente, las más de las veces, en caso de sentencia condenatoria, al tormento de las penas corporales. Fue solamente a partir del siglo XVI que se inició la sustitución de éstas por las penas privativas de libertad (1), continuando luego progresivamente el ascenso de la curva, que alcanza sus niveles más altos en los siglos XIX y XX en los cuales la prisión, sin ser la única, se convierte en la pena predominante, con sus varias modalidades. El afán de humanizar la justicia penal, la creencia en su poder retributivo, y la esperanza en su función preventiva general y especial, hacen de la pena privativa de libertad un desideratum que moviliza a los Estados de Europa y América desde el siglo XVI. El resultado es que al finalizar el siglo XIX y, a más tardar, en las primeras décadas del presente, cada nación tiene su sistema de cárceles. Pero, sobrepasada la primera mitad de este siglo, la curva ha empezado a declinar; la experiencia de tantos años conduce al cuestionamiento de las presuntas virtudes de la prisión: la doctrina la ataca (2) y los Estados emprenden un nuevo camino en busca de sustitutos válidos. Al propio comienzo de esta búsqueda se cuenta, sin embargo, con variadas opciones, porque el proceso que condujo a la preeminencia de las penas privativas de libertad dejó, no obstante, a salvo otros tipos de penas, como las pecuniarias y las privativas de derechos (interdicciones o inhabilitaciones), entre otras, que fueron perfilándose cada vez mejor con el transcurso del tiempo. Además, las propias penas privativas de libertad fueron dando origen, desde el principio, a formas derivadas, en las que se reconoce incluso el germen del llamado régimen progresivo, al que Maconochie y Crofton dieron forma en el siglo XIX (3).

Esto ocurrió en términos generales, tanto en América del Norte como en Europa, pero, en relación con América Latina, merece especial consideración Europa, porque de ella se han nutrido tradicionalmente y en mayor medida las legislaciones latinoamericanas. En el continente europeo, el haber conservado otros tipos de penas y el haber desarrollado variantes nuevas de las privativas de libertad se debe, en gran parte, al designio de alcanzar la individualización del tratamiento penal (4). Pero otros importantes sustitutos de

---

(*) Profesor Asociado de Derecho Penal y Sociología Criminológica, Universidad de Costa Rica.

(1) Sobre los orígenes de las penas privativas de libertad cfr. Soler, Sebastián *"Derecho Penal Argentino"*, Buenos Aires, 1973, T. II, págs. 369 y ss.; Puig Peña, Federico *"Derecho Penal"*, 5a. edición, Barcelona, 1959, T. II, vol. II, pág. 377; Cuello Calón, Eugenio *"Derecho Penal"*, 17 a. edición, Bosch Barcelona, 1975, T. I, vol. págs. 818 y ss.; Léauté, Jacques *"Les prisons"*, P.U.F., París, 1968, págs. 12 y ss.; Léauté, Jacques *"Criminologie et science pénitentiaire"*, P.U.F., París, 1972, págs. 89 y ss.; Stefani, G. Levasseur, G., Jambu-Merlin, R., *"Criminologie et science pénitentiaire"*. 3a. edición, Dalloz, París, 1972, págs. 263 y ss.

(2) Diversos ataques se fundamentan recientemente en aportes de científicos sociales y criminólogos; v. gr.: Chapman, Dennis *"Sociology and the stereotype of the Criminal"*, Tavistock, Londres, 1968, cap. 8; Reidl M., Lucy el. al. *"Prisonización en una cárcel para mujeres"*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, D.F., 1976, 186 págs.

(3) Léauté, *"Criminologie. . ."* págs. 94, 95.

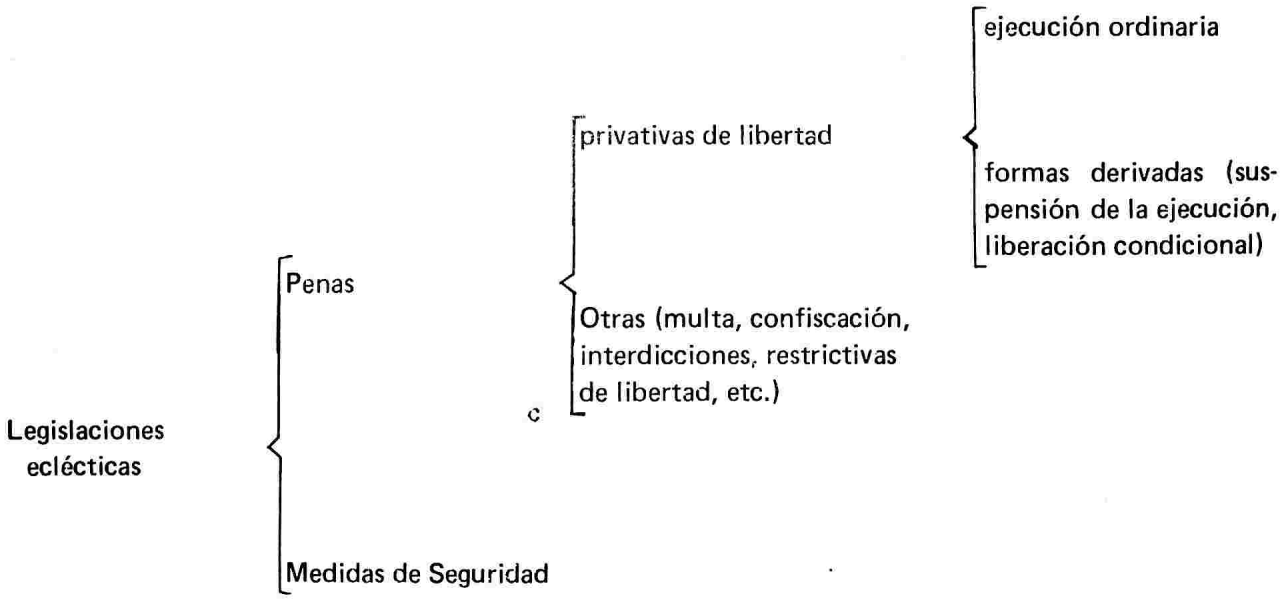
(4) Cfr. Saleilles, Raymond *"L'individualisation de la peine"*, Félix Alcan, París, 1898, 281 págs.

la prisión se deben al polémico choque entre el clasicismo y el positivismo. Este último, aunque no logró dominar la generalidad de las legislaciones, logró repercutir eficazmente en ellas y de dos maneras distintas: o bien las medidas de tratamiento de corte positivista fueron introducidas como tales, preferentemente con el nombre que Stoos acuñó para ellas, el de "medidas de seguridad", con un régimen jurídico distinto y paralelo al de las penas, o bien fueron introducidas bajo el régimen de las penas como modificaciones al mismo. Ejemplo de las primeras es la libertad vigilada, y ejemplo de las segundas son la suspensión de la ejecución de la pena ("sursis simple" y "sursis avec mise a l'épreuve", conocida ésta en los países anglosajones como "probation"), y la liberación condicional (conocida como "parole" en los países de habla inglesa—. Así pues, el positivismo y la búsqueda de la individualización de la pena, idea tampoco ajena al propio positivismo, penetraron y modificaron las legislaciones europeas originalmente clásicas, hasta el punto de transformarlas en eclécticas. La coexistencia de las penas y de las medidas de seguridad, algunas de las cuales se aplican en libertad, es precisamente uno de los caracteres que mejor indica su naturaleza ecléctica.

Con referencia a este contexto general es que debe entenderse la situación actual en los países de América Latina.

I. LOS SUSTITUTOS PREEXISTENTES.

Las legislaciones latinoamericanas del siglo XX, que han emulado a las europeas, son también eclécticas. Al desbordar la primera mitad de este siglo contaban con una amplia variedad de formas de tratamiento penal y estaban ya dotadas de sustitutos de las penas privativas de libertad. Podríamos esquematizar sus recursos de tratamiento del siguiente modo:



Las medidas de seguridad se han venido incorporando a las legislaciones latinoamericanas desde los años treinta, época de la que data el Código de Defensa Social de Cuba (1936). En casos como el citado, se ha hecho la introducción mediante leyes especiales, pero en la mayoría se ha hecho en el propio Código Penal. Sin embargo, la aceptación generalizada que han tenido en las distintas legislaciones contrasta con su ulterior desarrollo práctico, que se ha atrofiado. Ciertamente, su adopción en el continente americano ha obedecido, desde el punto de vista doctrinario, al deseo, inspirado en la filosofía positivista, de oponer el "tratamiento" al "castigo", pero en la práctica

las medidas de seguridad se han "punitivizado", tomando un claro matiz represivo, puesto que las que mejor se han desarrollado son las que conllevan la privación de la libertad, practicada de un modo que en nada se suele diferenciar de la pena de prisión: su mayor distinción radica a menudo en la espuria referencia al concepto de "peligrosidad" a la hora de explicitar su fundamento doctrinario. Tal es la suerte que han corrido las medidas de seguridad creadas en las leyes "preventivas" contra la vagancia, seguidoras de la primigenia ley española. Por otra parte, las medidas de tratamiento en libertad han tenido poco desenvolvimiento, principalmente porque demandan una dotación de recursos económicos, técnicos y humanos de los que, por lo general, se carece en los países de la región, de suerte tal que hasta ahora no han sido sucedáneos eficaces de las penas privativas de libertad.

Por lo que se refiere a las otras penas (multa, interdicciones, confiscación, etc.), su conservación original o su posterior creación no han respondido a una política de sustitución de las penas privativas de libertad, sino a la idea de individualización del tratamiento penal en correlación con la idea clásica de la "dosimetría penal"; es decir, que la permanencia actual de las otras penas es resultado, también, de la necesidad de contar con una variedad de sanciones para reprimir los hechos punibles en forma diferencial según su gravedad: no otro es el principio que rige la estipulación jerarquizada de las distintas penas en las legislaciones latinoamericanas.

La condena de ejecución condicional y la liberación condicional sí representan una intención de sustituir la aplicación rigurosa del encarcelamiento por formas de ejecución menos gravosas para la libertad. En verdad, ambas son producto del eclecticismo, pues por su contenido son medidas de seguridad de aplicación en medio libre, aunque legalmente constituyen formas derivadas de aplicación de las penas privativas de libertad, sometidas, por consiguiente, al régimen legal de las penas.

A) La condena de ejecución condicional.

La suspensión de la ejecución de la condena puede hacerse de dos maneras diferentes: estipulando únicamente un período de prueba durante el cual el beneficiario debe observar buena conducta y transcurrido este, la pena se considera totalmente cumplida y el individuo queda, por consiguiente, liberado de toda sujeción. Esta es la forma que en derecho francés se conoce como "sursis simple". La otra modalidad es la del "sursis avec mise a l'épreuve" o "probation", que además de un período de prueba conlleva la observancia de ciertas condiciones activas y de medidas concomitantes de tutela y vigilancia (5).

Es la segunda la forma que preferentemente se ha introducido en las legislaciones latinoamericanas, por ser la más completa. En Argentina se la formuló por vez primera en el Proyecto de 1906 y fue finalmente acogida en el Código Penal de 1921, aún vigente (6): en Brasil se promulgó en 1924 (7), y en Chile en 1944 (8), para citar algunos casos.

Las condiciones a que puede ser sometido el sujeto son diversas. En Chile, por ejemplo, comprende la residencia en un determinado lugar, la sujeción a vigilancia, la obligación de adoptar un empleo u ocupación, la obligación de satisfacer la indemnización a la víctima y las costas del proceso, el deber de presentarse anualmente al Patronato de Reos, además de la obligación genérica de observar buena conducta durante el período de prueba, que es el equivalente del doble de la pena, pero no menor de un año ni mayor de cinco (9).

No obstante, a pesar de lo que el legislador se ha propuesto, la experiencia ha sido cosa distinta, y el "sursis avec mise a l'épreuve" se ha convertido a menudo, en la práctica, en un "sursis simple" por

---

(5) En rigor, la *"probation"* anglosajona puede implicar la suspensión del pronunciamiento de la propia sentencia.

(6) Fontán Balestra, Carlos *"Derecho Penal"* Parte general, 8a. edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, págs. 643, 644.

(7) Carose de Mello Fucunduva, Ruy *"A prisão-albergue e a crise do sistema penitenciario"*, *Justitia*, año XXXVIII, No. 95, 4 to. trimestre 1976, Sao Paulo, pág. 45.

(8) Peña Wasaff, Silvia *"Modificaciones a la ley chilena de condena condicional"*, *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 4, dic. 1973, Valparaíso, pág. 135.

(9) Es la forma en que quedaron las condiciones después de la reforma de 1972. Cfr. Peña Wassff, Silvia, *op. cit.*, págs. 136 a 139.

falta de los recursos necesarios para hacer eficaz el cumplimiento de las condiciones de la condena de ejecución condicional. La falla más generalizada ha sido la ausencia de un Patronato u Oficina de Prueba, a cuyo cargo esté la ejecución de las medidas de vigilancia y asistencia; tal es el caso de Brasil (10). Algunos países han, empero, hecho esfuerzos por su creación, como Argentina (11) y México, países federales; Uruguay; Honduras, cuya ley data de 1976; Venezuela, cuyo esfuerzo más reciente y meritorio es la Ley de Sometimiento a Juicio y Ejecución Condicional que entró en vigencia en los primeros meses de 1980 (12) y Costa Rica (13). Mención aparte merece Jamaica, que está emprendiendo serios esfuerzos por hacer que la "probation" allí instaurada, de inspiración anglosajona, funcione eficazmente. Actualmente, Jamaica cuenta con un Departamento de Servicio Correccional ("department of Correctional Service"), dotado con más de noventa oficiales que tienen a su cargo el cumplimiento de la "probation" (14). Además, por medio de la "Criminal Justice (Reform) Act. 1977" ha promulgado un nuevo sistema de suspensión de la sentencia (15).

En todo caso, y quizás por no estar bien organizado su funcionamiento en muchos países, los juzgadores recurren proporcionalmente poco a la concesión de esta medida. Ciertamente, la propia legislación suele crear limitaciones: usuales son la exclusión de los reincidentes y la prohibición de concederla cuando la pena de prisión impuesta exceda un límite predeterminado, que en Jamaica y Argentina es de dos años, en Costa Rica de tres, en Colombia de tres si se trata de arresto, y de dos si se trata de prisión. Quizás uno de los países con mayor índice de utilización de la condena de ejecución condicional sea Costa Rica: en 1982, del total de sentencias pronunciadas por los Tribunales Superiores Penales, el 48,74 por ciento fue sometido a ejecución condicional, y el porcentaje fue, en el mismo año, de 30,50 por ciento de las condenas dictadas por los Juzgados Penales; promediando los de ambos tipos de tribunales, los beneficiarios de la condena de ejecución condicional representan un 37,28 por ciento (2.070 de un total de 5.552) (16). En el otro extremo se sitúa Jamaica, país en el cual las personas sometidas a "probatiom" representaron únicamente un 3 por ciento de las personas condenadas en 1975 y 1976 (17).

B) La liberación condicional.

Esta es una medida que tampoco es absolutamente nueva en las legislaciones latinoamericanas. En Brasil, por ejemplo, se la incorporó al Derecho Penal desde 1924 (18). La concesión de la liberación condicional suele estar sujeta a limitaciones impuestas por la ley, que la restringen a ciertos tipos de condenados. Las limitaciones más corrientes se refieren a la exclusión de los reincidentes, a la necesidad de que el reò haya purgado una parte sustancial de la pena que, generalmente, se fija en la mitad, y al requisito de la falta de peligrosidad. Se trata, además, de un beneficio revocable. La

---

(10) No ha sido exagerado afirmar que el patronato (de liberados) constituye letra muerta en las Constituciones y en la legislación patria"; Pereira de Melo, Luiz *"Patronatos dos Liberados e Egressos das Prisoes"*, *Revista do Conselho Penitenciario do Distrito Federal*, Año VI, No. 20 janeiro marco, 1969, pág. 51. También Azevedo Sampaio, Divaldo D. y Silveira, Alipio" *O Tratamento Penal em Liberdade para nossa Lei"*, *Revista do Conselho Penitenciario do Distrito Federal*, Año X, No. 29, abril de 1972 a junho de 1973, pág. 33.

(11) Vitale Nocera, Juan B. *"El organismo técnico-criminológico exigido por la ley penitenciaria nacional, Rev. de D. Penal y Criminología*, No. 3, jul. — set. 1969, Edit. La Ley Buenos Aires, pág. 361.

(12) La situación anterior a 1980 está descrita en: Viera, Hugo N. *"Prevención del Delito y Régimen Penitenciario" Anuario de la Fac. de Derecho* U. de Los Andes, 1973, pág. 137. Rico, José M. *"Crimen y Justicia en América Latina"*, Siglo XXI, México, 1977, pág. 375.

(13) En 1980 empezó a funcionar una "oficina de prueba" que está en vías de transformarse en el Departamento de Prueba y Libertad Vigilada.

(14) Tønnesen, Kare, *"Uso de alternativas a la reclusión en cuatro diferentes países: Costa Rica, Venezuela, Perú y Jamaica"* ILANUD, San José, Costa Rica, 1979 (Inédito a la hora de preparar este artículo).

(15) *"The Jamaica Gazette, Suplement, Bills and Acts"*, Vol. C., No. 13, friday 17th. june, 1977 (Gentilmente suministrado por Kare Tønnesen.

(16) *"Estadísticas Judiciales"*, Imprenta Judicial, San José, 1982, págs. 45, 46, 65, 66. Servicios Técnicos de Investigación y Estadística, Dirección General de Adaptación Social *"Estadísticas Comparadas Poder Judicial—Ministerio de Justicia"*, San José, mayo de 1979, cuadro No. 3. Estadísticas Judiciales, 1979, págs. 48 y 59.

(17) Tønnesen, Kare, *op. cit.*, (nota 14 supra).

(18) Cardose de Mello Fucunduva, Ruy *op. cit.*, pág. 45.

forma de ejecución es similar a la de la suspensión condicional de la pena.

La liberación condicional ha tenido un desarrollo mayor que la mencionada suspensión de la pena. Los países han previsto mejor su organización, y hacen de ella un uso más amplio. Ya desde 1918 Buenos Aires contaba con un Patronato de Liberados encargado de ayudar en el cumplimiento de esta medida (19) y, recientemente, otros países también han dirigido sus esfuerzos a aplicarla. Venezuela cuenta ya con dos "Centros de Asistencia en Libertad", en Caracas y Valencia (20); y Perú, en el año 1977, tenía 20 por ciento de los condenados beneficiando del régimen de libertad condicional (21). Puerto Rico, que ha seguido el patrón anglosajón de la "parole" desde 1907, ha logrado alcanzar niveles exitosos, con apenas un 15.21 por ciento de revocaciones, comparado con la norma de revocaciones estadounidense que es del orden del 25 por ciento (22). En Costa Rica casi no se aplica: en 1978 sólo 68 personas obtuvieron ese beneficio (23). Una de las leyes más avanzadas en la materia es la jamaicana "Parole Act. 1977" pero en diciembre de 1978 todavía no estaba en uso (24).

A pesar de todo lo anterior, no puede considerarse que los países latinoamericanos hayan alcanzado un desarrollo pleno de la liberación condicional. Todavía son numerosos los casos en que se carece de los organismos necesarios al efecto, y todavía son muchos los casos en que esos organismos, cuando se tienen, no son eficaces.

C) Otros sustitutos preexistentes.

Otras medidas sucedáneas de la reclusión tienen también un origen anterior, pero son de poco uso y realmente no constituyen medidas de *tratamiento* penal propiamente dicho. Tal es el caso del confinamiento venezolano, al que fueron sometidos 629 condenados en 1977, y 390 lo fueron en 1978 (25), y la rebaja de pena en Guatemala, especie de indulto parcial acordado por el Congreso, a condenados por delitos comunes y que fueren de buena conducta; concedida en 1972 y 1973, favoreció en esos dos años a un total de 282 internos de la Granja de Cantel, y en 1974 a 278 internos del mismo establecimiento (26). La rebaja de pena guatemalteca es, pues, una medida graciosa, y no una forma sustitutiva de tratamiento, como es la remisión de la pena practicada en México dentro del sistema progresivo (27).

II. LOS NUEVOS SUSTITUTOS.

Los sustitutos de que trataremos ahora son nuevos en el sentido de que se han venido incorporando a las legislaciones latinoamericanas en esta segunda mitad del siglo, pero no lo son necesariamente en el sentido de su origen doctrinario o del derecho positivo de otras regiones.

En realidad, más que de sustitutos de las penas privativas de libertad, se trata de nuevas derivacio-

---

(19) Kent, Jorge *"El Patronato de Liberados y el instituto de la libertad condicional"*, Astrea, Buenos Aires, 1974, pág. 53.

(20) Ministerio de Justicia, Dirección de Prisiones *"Memoria y cuenta"*, Caracas, 1973, pág. 134, y 1974, pág. 205.

(21) Aproximadamente 1.000 de un total de 5.000 condenados: Tønnesen, Kare, *op. cit.*

(22) Vales, Pedro A. *"El impacto de la libertad bajo palabra en la rehabilitación de confinados"*. En Toro Calder, Jaime (editor) *"Fundamentos para una sociología penal en Puerto Rico,* U. de Puerto Rico, 1976, págs. 43 a 47.

(23) Servicios Técnicos de Investigación y Estadística, *op. cit.*, cuadro No. 10.

(24) *"The Jamaica Gassete"*, cfr. nota 15 supra. ; Tønnesen, Kare, *op. cit.*

(25) Tønnesen, Kare, *op. cit.*

(26) *"El Tratamiento Penitenciario en la Granja Modelo de Rehabilitación Cantel"*, Universidad Rafael Landivar, Quetzaltenango, 1977, 35 pág. 26.

(27) Rodríguez Manzanera, Luis *"Remisión parcial de la pena"* *Criminalia,* Año XXXVIII, No. 11—12, Nov. dic. 1972, México, págs. 351 a 360.

nes de las mismas. Por eso, no en todos los casos tienden a producir una reducción de la población penitenciaria, que ya desde hace años ha alcanzado niveles excesivos (28). Como quiera que sea, en los últimos treinta años se nota en América Latina la búsqueda de nuevas formas de sanción penal que permitan flexibilizar y humanizar las penas privativas de libertad. En términos generales, pueden puntualizarse varias motivaciones a las que responde esta búsqueda: (a) un afán humanitario que se traduce en la intención de sustraer la mayor cantidad de hombres de las cárceles tradicionales, que son a menudo inmundos centros de degradación, al propio tiempo que se trata de dar nuevos matices regeneradores a la prisión; (b) la sentida necesidad de incrementar la eficacia readaptadora de la prisión, reduciendo los índices de reincidencia; (c) el deseo de lograr la plena reinserción social del penado, estableciendo medidas de enlace entre él y la comunidad.

En los movimientos de reforma penitenciaria más recientes, se manifiesta también la influencia de las resoluciones adoptadas en foros internacionales, especialmente las del Congreso de las Naciones Unidas celebrado en Ginebra en 1955, referentes a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y la creación de establecimientos abiertos, así como la preocupación encontrada en el Congreso de Naciones Unidas, en Londres en 1960, sobre la asistencia de prelibertad y postpenal (29).

Puede decirse, en síntesis, que la tendencia general observada no es hacia la sustitución radical de las penas privativas de libertad, sino a hacerlas evolucionar. La tendencia se ha manifestado inicialmente con la implantación de soluciones experimentales bastante aisladas (establecimientos semiabiertos y abiertos, colonias agrícolas), hasta la articulación de políticas penitenciarias nacionales cuyo eje más frecuente es el régimen progresivo.

A) Las experiencias iniciales:

En el nuevo movimiento reformador, Argentina y Brasil aportaron las primeras experiencias. En el caso de Argentina, esas primeras experiencias fueron producto de una política penitenciaria ampliamente definida en la Ley Penitenciaria Nacional de 1958. El Instituto Correccional de General Pico es señalado como el primer establecimiento abierto en América española (30). Recibió los primeros internos en 1966; carece de muros y de guardia armada y en él se practica un régimen de semilibertad (31) basado en la autodisciplina (32). Forma parte del "Complejo Penitenciario de la Zona Centro", ubicado en plena región de la Pampa, a 600 kilómetros de Buenos Aires, y al que pertenece también el Campamento de San Huberto, institución igualmente abierta (33). El 16 de julio de 1968 se inauguró el establecimiento de Campo Los Andes, en Mendoza, otra institución abierta (34).

Las primeras experiencias brasileñas corren en la misma época. En el Estado de Sao Paulo se han concentrado los primeros intentos desde la década del sesenta. Desde 1965 las prisiones-albergue brasileñas, en las que se aplica un régimen de semilibertad, fueron oficializadas en ese Estado, aunque su existencia es aún más antigua, pues habían sido creadas como experimentos en las comarcas del interior dos años y medio antes, y habían dado buenos resultados (35). El régimen estipuló que el interno debe permanecer en el establecimiento durante la noche, pero en el día puede trabajar fuera del lugar como empleado o por cuenta propia. Originalmente se podía

---

(28) Cfr. López-Rey, Manuel *"Crime and the Penal System"* en *"En hommage à Jean Constant"*, Faculté de Droit de Liege, 1971, págs. 225 y ss.

(29) Alper, Benedict S. *"Prisons Inside-Out"*, Ballinger, Cambridge, Mass., 1974, pág. 113.

(30) Araujo, Marcelo *"A Execução Penal na Argentina e sua Aplicação no Complexo Penitenciário da Zona Centro"*, *Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal*, Año VI, No. 20, 1969, pág. 60.

(31) Paiva, Miguel Angel *"Nuestros Establecimientos"*, *Revista Penal y Penitenciaria*, Años XXXVI — XXXVII — XXXVIII, enero-dic., 1971 / 73, Nos. 139 a 146, Ministerio de Justicia, Buenos Aires, pág. 328.

(32) Araujo, Marcelo, ibid.

(33) Salgado César *"La reforma del sistema penitenciario en la Argentina"*, ídem nota 32, pág. 407.

(34) Newman, Elías *"El hombre delincuente, la prisión abierta y el no delincuente"*, *Revista del Centro de Estudios Criminológicos* No. 3, ene-jun. 1968, Mendoza, pág. 47.

(35) Silveira, Alipio *"Prisão-Albergue em Sao Paulo: Legalidade e Amplificação"*, *Revista do Conselho Penitenciario do Distrito Federal"*, Ano VI, No. 20, janeiro a março de 1969, pág. 7.

aplicar este sistema en el segundo estadio de las penas de reclusión o detención no mayores de 5 años, pero una reforma del año 1966, permitió que pudiese ingresar a una prisión-albergue aquel que se encontrase en la tercera etapa de su pena, aunque ésta fuese de más de cinco años, si tenía buen comportamiento y revelaba poca o nula peligrosidad (36). En el proyecto del Código Penal de 1969 se propuso que las penas privativas de libertad de menos de seis años para delincuentes primarios no peligrosos se pudiesen ejecutar en establecimientos abiertos y que, en todo caso, la fase final de esas penas debía siempre ejecutarse en un establecimiento de ese tipo (37). Ya para 1970, funcionaban en Sao Paulo tres establecimientos abiertos, ubicados en el campo, pero cerca de las ciudades. Los Institutos Penales Abiertos de Río Prieto, Itapetininga y Baurú reciben precisamente sus nombres de las ciudades cercanas. El 90 por ciento de los reclusos son campesinos, y en los establecimientos de Baurú y San José de Río Prieto los internos viven en los límites de la institución con sus familias, las cuales tienen también acceso a los servicios médicos, odontológicos, farmacéuticos y educativos de la institución (38). Las prisiones-albergue recibieron su consagración definitiva en el Código Penal de 1969, reformado en la materia por la ley No. 6.016 de 31 de diciembre de 1973 (39). El desarrollo de tales establecimientos se debe a la intervención decidida de la más alta Corte de Justicia del Estado. Los motivos que tuvo la Corte para impulsarlas fueron varias: "(a) Los excelentes resultados obtenidos en otros países, especialmente en el caso de las penas de corta duración; (b) las prisiones, en los moldes tradicionales, se constituyen en factor criminógeno; (c) la necesidad de evitar el contacto promiscuo de presos condenados a penas de corta duración, con otros presos castigados duramente; (d) la necesidad de un medio de transición entre la prisión y la libertad, para los condenados a penas de mediana o larga duración; (e) la consagración de la institución con la redacción que le dio la ley No. 6.016 de 31 de diciembre de 1973". (40). Pero, además, el apoyo a establecimientos abiertos se cuenta entre las medidas adoptadas por la Corte para aliviar la superpoblación de los presidios (41).

En materia de establecimientos agrícolas, Guatemala cuenta también con ellos (42) y Costa Rica dispone de cinco "Centros Regionales" en los que los internos laboran en faenas del campo, en instituciones sin muros, sin guardas, en un régimen de confianza, con salidas semanales o quincenales de dos o tres días, y cuenta con dos instituciones abiertas urbanas, "San Agustín", en la ciudad de Heredia, y "Guadalupe", en San José, con más de 100 internos cada una, que diariamente salen a trabajar o a estudiar. Los "Centros Regionales" tienen un promedio de apenas veinte reclusos cada uno, aproximadamente. Jamaica tiene una "halfway house", establecimiento abierto de prelibertad, con capacidad solamente para 11 internos (43). Venezuela también ha ido creando establecimientos abiertos: en 1979 ha llegado a tener siete de ellos, en zonas rurales, pero que tienen solamente entre 50 y 60 internos, en total (44).

Varios países de América han ido todavía más lejos y, sobrepasando la etapa de las experiencias iniciales, han elaborado y definido una política penitenciaria nacional completa.

b) La articulación de políticas penitenciarias nacionales.

En efecto, después de la Argentina, que en 1958 promulgó su Ley Penitenciaria Nacional, en la última década varios países han empredido la definición de una nueva política penitenciaria

---

(36) Ibídem.

(37) Da Cósta Jr., Paulo José *"L'aplication de la peine dans le nouveau Code pénal brésilien"*, *Revue de Science Criminelle et de droit pénal compare*, No. 4, oct.-dic., 1971, Sirey, París, pág. 920.

(38) Altmann Smithe, Julio *"Prisiones abiertas"*, *Revista del Foro*, Colegio de Abogados de Lima, año LVII marzo-dic. 1970, págs. 182 a 186.

(39) Cardoso de Mello Fucunduva, Ruy *op. cit.*, (nota 7 supra), pág. 45.

(40) Ibídem.

(41) Ibídem.

(42) Ibídem. (nota 27 supra).

(43) Ibídem. (nota 14 supra).

(44) Ibídem.

global, y la mayoría ha concretado esta política en la legislación. En febrero de 1971 México promulga su "Ley de normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados", base y punto de partida de su nueva política penitenciaria, que conlleva la promulgación o la reforma de muchas otras leyes, además de un vasto plan de construcciones y de una nueva filosofía penitenciaria, inspirada grandemente en las Normas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos, salidas del Congreso de Naciones Unidas en Ginebra, en 1055 (45). En mayo de 1971 Costa Rica decreta su "Ley de la Dirección Nacional de Adaptación Social", a partir de la cual se ha desarrollado una nueva política concretada también en reglamentos y en un amplio plan de construcciones. En setiembre de 1973 El Salvador promulgó su "Ley del Régimen de Centros Penales y de Readaptación" (46). En ese mismo año, Ecuador contaba con un proyecto de "Código Ejecutivo de las penas y de Rehabilitación Social", cuya promulgación impidieron los avatares políticos del momento (47). En 1974, en el gobierno del Presidente Geisel y del Ministro de Justicia Dr. Armando Falçao, se creó en Brasil un grupo de trabajo para el estudio de un anteproyecto de Normas Generales del régimen penitenciario (48).

Hoy no cabe ninguna duda de que el común denominador de las políticas penitenciarias nacionales más recientes es el régimen progresivo. Y al hacer un balance de la situación actual de los sutitutos de la reclusión en América Latina, el régimen progresivo debe tomarse en cuenta, porque recoge e integra como parte de sus etapas, algunas de las medidas que previamente se había puesto en práctica como sustitutos de la prisión. Por ejemplo, la libertad anticipada del régimen progresivo, o etapa de amplia confianza, no es otra cosa que la liberación condicional integrada y adaptada a la progresividad del sistema; igualmente, las etapas de semilibertad se aplican a los establecimientos abiertos, sucedáneos de la prisión clásica.

La propia Ley Penitenciaria argentina de 1958 tomó ese derrotero, instaurando un sistema progresivo de tres períodos: (a) observación; (b) tratamiento; (c) prueba, asentado sobre la libertad condicional (49). Con base en esa ley, las distintas provincias lo han reglamentado más detalladamente; por ejemplo, el Reglamento Interno del Régimen Progresivo de la Provincia de Entre Ríos detalla las siguientes etapas: (c) institución abierta; (b) salidas transitorias; (c) régimen de semilibertad; (d) egreso anticipado (libertad condicional) (50). En México, a partir de la comúnmente llamada "ley de normas mínimas", el régimen progresivo se adopta como política. El régimen mexicano prevé la posibilidad de realizar tareas fuera del penal, el traslado del interno a instituciones abiertas o cárceles sin rejas, los permisos de salida en días hábiles con reclusión el fin de semana, y la existencia en cada reclusorio de un Consejo Técnico encargado de esas decisiones y compuesto por miembros del personal directivo, administrativo, técnico y de custodia (51). La preliberación y la remisión de la pena, condicionada a la readaptación del interno, son columnas importantes del sistema (52). El fallido Código Ejecutivo ecuatoriano también establecía en su

---

(45) Moya Palencia, Mario *"Motivos y alcances de la ley de normas mínimas"*, en *"Reforma penitenciaria y correccional en México"*, Secretaría de Gobernación, México, 1975, 168 págs. García Ramírez, Sergio *"La política penitenciaria del Gobierno Federal"*. Criminalia, Año XXXIX, Nos. 11—12, Nov-dic. de 1973, México, págs. 419 a 427.

(46) *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, No. 17, abr-may-jun 1975, págs. 181 a 203. *Diario Oficial*, No. 180, t. 240 de 27 de set. 1973, San Salvador.

(47) *Boletín del Instituto de Derecho Comparado, No. 18*, Nueva Epoca, Año XVII, 1973, U. Central del Ecuador, pags. 101 a 129. En el mismo número: Llore Mosquera, Víctor *"El Ecuador y el Derecho Ejecutivo Penal"*, págs. 97 a 100.

(48) Cotrin Neto A.B *"As Normas uma programacão penitenciaria, no Ministerio de Justica"*, *Justitia*, año XXXVIII, Vol. 93.

(49) Vitale, Nocera, Juan B., *op. cit.*, (nota 13 supra) pág. 358.

(50) *Revista Penal y Penitenciaria*, años XXXVI—XXXVII—XXXVIII enero-dic. 1971 / 73, Nos. 139—146, Ministerio de Justicia, Buenos Aires, pág. 211.

(51) Moya Palencia, *op. cit.*,(nota 46 supra), págs. 14—15. García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, (nota 46 supra), pág. 420.

(52) Sánchez Galindo, Antonio *"Régimen de preliberación"*, en *Memoria del 5to. Congreso Nacional Penitenciario*, Secretaría de Gobernación, México, 1975, pág. 193 y ss. En la misma Memoria: Flores Reyes, Marcial *"Remisión de la Pena"*, pág. 235. Véanse además, sobre el régimen progresivo mexicano: Malo Camacho, Gustavo *"El régimen progresivo técnico en el sistema penitenciario"*, Criminalia, Año XXXVIII, Nos. 11—12 nov-dic. 1972, México, págs. 325 a 350; en el mismo número: González Salinas, Héctor F. *"Las normas mínimas para el tratamiento de los reclusos"*. págs. 473 a 483, y Rodríguez Manzanera, Luis *"Remisión parcial de la pena"*, págs. 351 a 360".

artículo 27 el sistema progresivo, con instituciones de seguridad máxima (reclusión), media (prisión) y mínima (colonias de trabajo: agrícolas, industriales o mixtas), colonias de recuperación física y de valetudinarios e instituciones abiertas, para "inadaptados". Se preveía la creación de Organismos de Ayuda Social para internos y liberados (53). La Ley salvadoreña de 1973 declara genéricamente en su artículo 6 que "los sistemas y tratamientos serán concebidos para su desarrollo gradualmente progresivo en lo posible. . ." (54). El Reglamento de la Reforma, un establecimiento costarricense, consagra el sistema progresivo con etapas de máxima, mediana y mínima seguridad y con subdivisiones internas de cada etapa. La Ley Penitenciaria de Uruguay, del año 1975, tiene etapas de observación, tratamiento y prueba y con instituciones de máxima, media y mínima seguridad (55).

III. OBSTACULOS Y ALCANCES DE LOS NUEVOS SUSTITUTOS

Como puede apreciarse, la tendencia en América Latina, en la materia que tratamos, no se encamina a sustituir la prisión en general, sino a sustituir la prisión clásica y tradicional, el encierro carcelario en condiciones físicas y morales degradantes. Sólo Jamaica ha tomado disposiciones para la sustitución radical de la prisión, ya que la "Criminal Justice (Reform) 1977" contempla en su artículo 3 que, para los sujetos mayores de diecisiete pero menores de veintitrés años acusados en cualquier tribunal por cualquiera infracción, en lugar de dictar una condena de prisión, el tribunal deberá tratarlos de alguna otra manera prevista por las leyes, y si a pesar de ello considera que debe ordenarse el encarcelamiento, deberá razonar su decisión, tomando en cuenta la naturaleza del delito y toda información relativa al carácter, a las condiciones físicas y mentales y al ambiente del sujeto. En otras palabras, para los sujetos comprendidos en esa edad, se postula como principio la no aplicación del encarcelamiento (56). Con esta excepción, que también es limitada por la edad, las tendencias actuales se dirigen solamente a transformar las penas privativas de libertad, acentuando su función readaptadora.

El desarrollo de estas tendencias ha conocido éxitos, pero ha encontrado también obstáculos. La implantación de establecimientos abiertos no ha provocado, contrariamente a lo que podría esperarse, rechazo de parte de las comunidades o ciudades próximas. Este tipo de establecimientos, que necesitan contar con la demanda de mano de obra de la comunidad, ha logrado establecer lazos estrechos con ella. El Instituto Correccional Abierto de General Pico, en la Argentina, tuvo desde un principio apoyo de la comunidad, promovido por la radio, la televisión y la prensa, hasta convertirse en un motivo de orgullo municipal. La vinculación es tanto más estrecha cuanto que los internos contribuyen con un 11 por ciento de sus ingresos a las instituciones provinciales (57). Las prisiones-albergue brasileñas han conocido también una generosa aceptación y ayuda de parte de las comunidades, las que han comprendido la

---

(53) *Op. cit.*, (nota 48 supra).

(54) *Op. cit.*, (nota 47 supra).

(55) Langón Curraño, Miguel *"Panorama de las modernas reglas de tratamiento de los delincuentes vigentes en la República del Uruguay"*, ponencia presentada a la reunión latinoamericana y del Caribe, preparatoria del VI Congreso Mundial de Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, San José, Costa Rica, mimeogr., págs. 18 y ss.

(56) *Op. cit.*, (nota 15 supra).

(57) Araujo, Marcelo, *op. cit.*, (nota 31 supra), págs. 60—61.

importancia de su activa participación, y se han organizado para ella, en algunos casos (58). En Costa Rica, el centro San Agustín, en la propia ciudad de Heredia, es otro ejemplo de aceptación de parte de la comunidad hacia los establecimientos abiertos o semiabiertos. Obviamente, son casos como los mencionados, eso ha permitido asegurar el éxito de la reinserción social del condenado. Y este propósito se logra aun cuando la aceptación sea pasiva, indiferente o casi indiferente; lo importante es la inexistencia de rechazo.

Aunque no conozcamos que se haya hecho alguna evaluación sistemática de lo que hemos llamado "nuevos sustitutos", ni conozcamos resultados sobre su eficacia en términos de reincidencia, las tendencias actuales, a pesar de los logros apuntados, tropiezan todavía con graves obstáculos.

La sobrepoblación penitenciaria es un fenómeno común en América. No obstante, las políticas penitenciarias nacionales reciente no encaran el problema frontalmente, con la sola excepción de Jamaica, país que tiene uno de los mayores niveles de delincuencia. Bajo esa presión es que Jamaica ha ido más lejos en la introducción de medidas sustitutivas de la prisión. En los demás países, por el contrario, las nuevas modalidades de tratamiento, ya sea aisladas o integradas al régimen progresivo, se han puesto en marcha siguiendo más que todo una toma de posición filosófica y humanitaria. Por esa razón, la finalidad de reducir la población penitenciaria, aunque no está excluida, no es una de sus metas prioritarias. Y es aquí donde se encuentra una de sus mayores dificultades, porque el alcance de los sustitutos es ínfimo comparado con la población total penitenciaria. Los internos alojados en los establecimientos abiertos venezolanos no tienen numéricamente importancia, comparados con la población penitenciaria total que ya en 1973 era del orden de los 15.000 presos (59). En Costa Rica los establecimientos abiertos o semiabiertos del país comprenden un total que no llega a los trescientos condenados, en una población total penitenciaria de aproximadamente 2.200 personas (60). La situación del Brasil es, naturalmente, de mayores dimensiones. Azevedo Sampaio y Silveira escribían en 1971: "La construcción de establecimientos penales semiabiertos para todos los delincuentes de media y mínima peligrosidad. . . representaría un costo prohibitivo de construcción y de mantenimiento", e indicaban enseguida que para alojar los 17.000 presos de media y mínima, a razón de 450 por unidad, se requerirían 38 establecimientos, sólo en Sao Paulo (61).

A lo anterior se agrega que casi todos los nuevos sustitutos creados o aplicados recientemente en América Latina son variantes del tratamiento "institucional", por lo mismo que no son sustitutos radicales de la prisión. Esto significa que requieren de una "institución", de un establecimiento que funciona como eje, cuyo manejo es más delicado y más técnico que el de la prisión tradicional. Lo cual conduce al planteamiento de nuevas dificultades de financiación y de personal. En otras palabras, los nuevos sustitutos en América Latina son caros, benefician a relativamente pocos internos (62), y suelen carecer de suficiente personal calificado.

Otras dificultades han provenido del contexto político, ya sea que la inestabilidad propia de muchos países de la región haya podido frustrar la instauración de los sustitutos (63), o, de una manera más general, por existir contradicciones entre la filosofía humanitaria que ha inspirado a las reformas penitenciarias y las exigencias de "seguridad y orden" de algunos regímenes políticos represivos.

Las tendencias actuales se han inspirado, como queda dicho, de un afán humanitario, motivado en gran medida por la toma de conciencia de los inconvenientes de la prisión tradicional y por la subsecuente aparición de las nuevas teorías o enfoques sobre el tratamiento, que tienden a evitar la

---

(58) Bergamini Miotto, Armida *"Formas de Participaçao da Comunidade, no Tratamento dos Delinqüentes"*, *Revista do Conselho Penitenciario Federal*, Año XII, No. 33, abril a dezembro de 1975, págs. 34 a 49.

(59) *"Estadística Delictiva"*, Caracas, 1973, págs. 35 y ss.

(60) Exactamente 287 internos al 31 de dic. de 1978, Servicios Técnicos de Investigación y Estadísticas, Ministerio de Justicia, *op. cit.*, (nota 24 supra).

(61) Azevedo Sampaio, Diwaldo de, y Silveira, Alípio *"O Tratamento Penal em Liberdade para nossa lei"* *Revista do Conselho Penitenciario do Distrito Federal*, Año X, No. 29 abril 1972 a junho 1973, págs. 23 a 40.

(62) Sánchez Galindo estimaba hace pocos años en 10 por ciento los condenados que gozaban de la prelibertad en México *op. cit.*, (nota 53 supra), pág. 200. Azevedo y Silveira cifraban en 15 por ciento los reclusos en las prisiones-albergue brasileñas, *op. cit.*, (nota 62 supra), pág. 30.

(63) El caso del proyecto de Código Ejecutivo ecuatoriano es ejemplo de eso. Cfr. Llore Mosquera, *op. cit.*, (nota 48 supra) pág. 100.

llamada "prisonización" y otros parejos concomitantes. Estos nuevos enfoques, propuestos y desarrollados por expertos y especialistas de renombre, se enfrentan a veces a una opinión pública negativa, que demanda un aumento en la severidad retributiva de las penas privativas de libertad, en atención a dos fenómenos, principalmente: (a) las fugas o evasiones a que están expuestos los establecimientos que practican tratamientos de confianza destinados a entrenar al reo en el uso de la libertad; esas fugas, que por lo general son escasas, son investidas a veces de espectacularidad por los medios de información pública; y (b) la acrecentada repercusión en la opinión pública de algunas modalidades delictivas. Particularmente como consecuencia de lo segundo, el nuevo Código Penal colombiano prevé aumentos en las penas privativas de libertad para algunos delitos, entre los que figuran los delitos contra la propiedad.

IV. ERRORES Y ACIERTOS; LAS LECCIONES PARA EL FUTURO.

El camino recorrido hasta el momento en esta materia por los países de América arroja valiosas enseñanzas provenientes tanto de los aciertos como de las fallas cometidas. Por ejemplo, la manera en que en la Argentina se logró motivar a la comunidad con la ayuda de la prensa, la radio y la televisión, encaminando desde el principio la cooperación recíproca que debe existir entre el establecimiento y la localidad, y el esfuerzo que significa la contribución de los internos a las finanzas locales, consideramos que es un ejemplo digno de ser emulado, con las adaptaciones necesarias, por los demás países. De igual modo, las formas de cooperación encontradas en Brasil, que se han incluso institucionalizado, como en Rio Grande do Sul, con un Consejo Comunitario de Asistencia a los Presidiarios (64), estableciendo así canales formales de ayuda recíproca entre la comunidad y los establecimientos, constituyen verdaderas enseñanzas dignas de ser tomadas en consideración para el futuro desarrollo de los sustitutos de la prisión clásica.

Por otra parte, las experiencias tenidas hasta ahora también nos indican algunas cosas que deben remediarse. Uno de los mayores obstáculos que en la práctica han encontrado los intentos de desarrollar nuevas formas de tratamiento, es la falta de personal capacitado y, más concretamente, de centros de capacitación de personal. Son verdaderamente escasos los países del continente que se han dotado de organismos de capacitación. Debe afrontarse seriamente el problema de la capacitación formal y sistemática del personal y, a este personal calificado, se le debe dotar de un estatuto profesional con el fin de establecer una carrera con requisitos y estímulos.

Una de las deficiencias más profundas de los sustitutos de la prisión instaurados en América Latina es la falta de organización de los medios de tratamiento en libertad. La experiencia señala que para hacer de ellos un mayor uso y un uso más eficiente, debe encararse la necesidad de crear los organismos necesarios y de dotarlos de recursos materiales y legales, a fin de que toda la problemática de la asistencia postpenal reciba adecuadas soluciones.

Finalmente, el limitado alcance de los sustitutos ensayados hasta la fecha, en el sentido de la cantidad de internos que pueden aprovecharlos, sugiere la conveniencia de que los países de América Latina estudien la introducción de sustitutos más radicales. Entre ellos, sería aconsejable que se considerase la manera de activar algunas de las medidas de seguridad, que no han sido todavía suficientemente explotadas, por falta de un apoyo franco de parte del Estado. La despenalización de conductas debe también encararse como una solución necesaria.

Mientras no se plantee la cuestión de los sustitutos radicales, el problema de la crisis penitenciaria difícilmente encontrará una respuesta satisfactoria.

---

(64) Bergamini Miotto, Armida, *op. cit.*, (nota 59 supra).

CONCLUSION

América Latina conocía y tenía sustitutos de la prisión desde antes de que ésta entrase en su crisis actual. Sin embargo, los sustitutos más tajantes (algunas medidas de seguridad, libertad condicional, liberación condicional y otros tipos de penas), no han sido sucedáneos eficaces del encarcelamiento por falta de una dotación adecuada de recursos financieros, técnicos y humanos. Los nuevos sustitutos aparecidos en algunas legislaciones en esta segunda mitad del siglo veinte, padecen de una limitación genérica, pues se inscriben, no dentro de una política de sustitución de la prisión, sino dentro de una política penitenciaria, vale decir, de redefinición y mejoramiento de las prisiones y su papel en la readaptación social del delincuente. La punta de lanza de la evolución la constituye en este momento el régimen progresivo, que si bien en sus últimas etapas prescinde del tratamiento institucional, como sistema se asienta sobre los establecimientos penitenciarios, concebidos, es cierto, con un nuevo enfoque, pero establecimientos penitenciarios al fin.

La tendencia general se orienta, sin embargo, al abandono de la función retributiva de la prisión, pero el logro de este propósito permanecerá incierto mientras no se resuelva el contexto político interno de algunos países.

***

EL HOMICIDIO SIMPLE

Lic. Luis Martínez Brenes

INDICE

Pág.

I. CONCEPTO 48

II. SUJETO PASIVO DEL DELITO 48
1. Concepto de persona 48
2. Viabilidad 48

III. ELEMENTO SUBJETIVO Y SUS FORMAS 49
1. Dolo 49
2. Formas del dolo 49
A. Dolo directo o determinado 49
B. Dolo indirecto 49
C. Dolo eventual o indeterminado 49

IV. LA ACCION 50

V. MEDIOS EMPLEADOS 51

VI. TENTATIVA Y CONCURSO 52

BIBLIOGRAFIA 53

I. CONCEPTO

De acuerdo a la breve y clara enunciación del artículo 111 de nuestro Código Penal (1), el concepto básico del delito de homicidio simple puede definirse afirmando que consiste en causar la muerte, es decir, poner término a la vida de otra persona.

Sin embargo, si bien tal definición resulta plenamente satisfactoria para establecer el tipo del delito de homicidio (2), resulta a todas luces insuficiente o incompleta para proporcionar el concepto legal de este ilícito, esto por cuanto no toda muerte de una persona por obra de otra constituye siempre, legalmente, un homicidio que no se haga pasible, forzosamente de la sanción prevista en la disposición jurídica que nos ocupa. De allí que, desde este último punto de vista, resulta más correcto afirmar que el homicidio consiste en la muerte injusta de un hombre por otro, toda vez que tal hecho no constituirá delito cuando dicha muerte esté jurídicamente autorizada, como en el caso de legítima defensa, estado de necesidad o ejercicio de un cargo.

II. SUJETO PASIVO

Se entiende como sujeto pasivo del delito en estudio, a la persona de existencia visible, es decir, al ser de la especie humana dotado de vida. Este punto que a simple vista pareciera sumamente claro, presenta sin embargo, alguna dificultad, desde que no siempre la doctrina ha coincidido en la fijación del momento a partir del cual el ser humano se encuentra protegido a este título.

1. CONCEPTO DE PERSONA.

En este aspecto conceptual de la persona como sujeto pasivo del delito de homicidio, el penalista Ricardo Núñez (3) se apoya más a la ciencia médica que en las presunciones legales, retrotrae este momento al comienzo del nacimiento, considerando ya como sujeto pasivo del delito de homicidio al ser que comienza a nacer con vida del seno de una mujer. Ahora bien, dentro de esta posición, el avance de la ciencia médica, que hace cada vez más frecuente los casos de partos sin dolor, torna insuficiente la fórmula según la cual el momento del nacimiento estaría dado por el comienzo de los dolores de parto, este criterio lo ha sostenido siempre Sebastián Soler (4); frente a ello lo más correcto resulta afirmar que dicho momento está dado por el comienzo del proceso del parto que conduce a la expulsión del feto y que se presenta con los dolores en el parto natural, o con la provocación de la expulsión en el parto artificial. En consecuencia, resulta indiferente para decidir este punto que el parto se produzca natural o artificialmente. De igual manera carece de importancia que ello ocurra antes de tiempo o que realmente se produzca la expulsión. Contrariamente las acciones ejercidas contra el feto con anterioridad al comienzo del nacimiento y que determina su muerte, no son imputables a título de homicidio, aunque la muerte se produzca con posterioridad a causa del nacimiento prematuro.

2. VIABILIDAD.

En relación a la viabilidad, la protección de la

---

(1) Código Penal, Ley No. 4573 de 4 de mayo de 1970. San José, Librería, Imprenta y Litografía LEHMANN, S.A. Edición 1975. Preparada por Atilio Vincenzi Peñaranda.

(2) SOLER, (Sebastián), Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, T.E.A., sétima reimpresión total, T. II, 1976, p. 17.

(3) NUÑEZ, (Ricardo). Derecho Penal Argentino. Buenos Aires, Editorial Bibliografía Argentina, S.R.L., 2a. Edición T. III, 1965, p. 23.

(4) Ver SOLER (Sebastián), op. cit., Tomo III, p. 12.

persona física por parte de la ley penal, se prolonga hasta su muerte, con lo cual, juntamente con el sujeto pasivo, desaparece también el objeto material del delito de homicidio. En consecuencia carece de toda importancia la condición de viabilidad de la víctima toda vez que este delito protege la vida humana por precaria que ella sea, es decir, cualquiera que sea su valor físico (5) y cualquiera la causa de falta de viabilidad, que puede provenir de un vicio orgánico, o de un nacimiento prematuro, o de una enfermedad de pronóstico como un cáncer, y aún cuando la víctima esté ya moribunda o agónica o bien condenada a muerte aún más, restándole un instante de existencia. Contrariamente, las acciones ejercidas por error sobre un cadáver, creyendo que se trata de un ser con vida, constituye un hecho impune y no una tentativa de delito imposible, habida cuenta que en este aspecto, ningún bien jurídico ha sido puesto en peligro.

III. EL ELEMENTO SUBJETIVO Y SUS FORMAS

Para el respectivo análisis de este elemento subjetivo, es necesario enumerar como tales el dolo y sus modalidades que se pueden presentar en la subjetividad del sujeto activo del delito de homicidio.

1. DOLO.

El dolo, subjetivamente hablando, es la conciencia y voluntad del autor de que con su acción da muerte a una persona, es el saber que está realizando u omitiendo un hecho que se debe ejecutar, del cual derive la muerte de otro.

2. FORMAS DEL DOLO.

A. Dolo directo o determinado.

Como lo especifiqué anteriormente el dolo en el homicidio puede revestir diversas formas entre las cuales está el dolo directo o determinado, esta forma es la de más fácil explicación. Precisamente se denomina dolo directo o determinado, porque la ejecución del delito representa el objeto directo de la intención del autor. De tal forma que obra con dolo directo todo aquel que actúa queriendo un resultado preciso, es decir, determinado; al respecto Núñez (6) señala que *"actúa con dolo directo quien lo hace con el deseo de que suceda aquello en que el delito consiste"*. En el caso del homicidio simple, el autor obra con dolo directo, siempre que con su acción persiga la muerte de la víctima. Consecuentemente, esta especie de dolo no depende de la previsión, sino más que todo de la voluntad, toda vez que se configura cuando el resultado previsto de la acción voluntaria es querido por el agente de manera inmediata (7).

B. Dolo indirecto.

Este tipo de dolo se da cuando el resultado de la acción, aunque no constituya el efecto directamente querido por el autor, se le representa como necesariamente ligado a su propósito o deseo (8). Es decir, que se considera también querido, todo efecto que el sujeto activo se ha representado como efecto accesorio ineludible o bien, como consecuencia necesaria del hecho, aunque dicho resultado sea absolutamente contrario a sus deseos, como sucede en el caso en que el agente dirige su acción contra un grupo de personas en el cual se encuentra la víctima elegida, empleando un medio que necesariamente ha de causar la muerte de una u otras personas (9).

C. Dolo eventual o indeterminado.

Esta especie o forma de dolo es la bien conocida como dolo eventual o indeterminado; respec-

---

(5) Ver NUÑEZ (Ricardo), op. cit., Tomo III, p. 24.

(6) Ver NUÑEZ (Ricardo), op. cit., Tomo II, p. 57.

(7) JIMENEZ DE ASUA (Luis), Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, Ed., Losada, S.A. 2a. Ed. T. V. p. 544.

(8) Ver NUÑEZ (Ricardo), op. cit., tomo II p. 57.

(9) Ibid., p. 58.

to del homicidio la diferencia entre las formas del dolo estudiadas anteriormente y de la que ahora me ocupo, consiste básicamente en que en ésta el autor no tiene la intención directa ni indirecta de matar, sino más bien que le resulta indiferente que la víctima muera o no, como consecuencia de su acción delictuosa. Esta actitud de indiferencia se da toda vez, que el autor o sujeto activo consiente o, por lo menos, no rechaza la eventualidad letal (10).

En conclusión, la diferencia fundamental, entre el dolo eventual y las otras formas analizadas antes, estriba en que en aquél la intención del autor permanece desconocida. La responsabilidad de los actos realizados con dolo eventual se determina por el efecto o por las consecuencias producidas, o más bien, por el daño causado con su acción.

IV. LA ACCION

La acción, como comportamiento humano mediante la cual puede llegarse al homicidio, comprende todas las maneras por medio de las cuales se puede causar la muerte a una persona, ya bien sea en forma directa o indirecta, instantánea o sucesiva.

Atendiendo no ya al concepto natural o material de la acción (hacer o no hacer), sino a su concepto normativo, o sea al significado que ella tiene como violación de la ley penal (cometer u omitir) (11), que es el que se toma en cuenta como fundamento de la clasificación de los delitos desde el punto de vista de la acción, el delito de homicidio es un delito de comisión o, simplemente de acción, según la denominación preferida por algunos penalistas entre los cuales se puede catalogar a Carlos Fontán Balestra (12), y de comisión por omisión (13).

Es frecuente en la doctrina penal, que existan autores que afirmen que el homicidio es un delito de omisión, entre ellos el ya citado Fontán Balestra. Sin embargo es de vital importancia recalcar, que no debe creerse que se refiere a la omisión simple, cuya noción, como lo sabemos, no es conciliable con el delito de homicidio, desde el momento que éste requiere la producción de un efecto como lo es la muerte, este criterio es compartido por el penalista Ricardo Núñez. Por el contrario analizando y estudiando el Tratado de Derecho Penal del profesor Carlos Fontán Balestra, encontramos que éste emplea ese término por oposición a los delitos de comisión, pero resulta claro que se sirven de esa expresión para designar al delito de comisión por omisión.

He venido, líneas atrás, hablando sobre comisión y omisión, propiamente en este último caso como comisión por omisión, ahora bien ¿qué significado les da a estos conceptos la doctrina penalista?, en primer lugar se debe decir que el homicidio es un delito de comisión cuando se consuma mediante una actividad la cual pone en movimiento las propias fuerzas del sujeto activo, u otras energías extrañas a él, es decir, haciendo algo de manera positiva, por ejemplo inferir una herida de enminente carácter mortal (14), a un sujeto determinado. Y en segundo lugar, debemos entender la comisión por omisión como aquella circunstancia en la que se comete el delito de homicidio no haciendo lo que, con arreglo a una norma jurídica obligatoria, se debe hacer en el caso concreto (15). Tratándose de un deber de actuar de carácter jurídico, va de suyo que él debe fundarse sólo en el Derecho. Contrariamente, una obligación simplemente moral, basada en los usos sociales o en la costumbre, no puede constituir la norma preceptiva cuya violación haga incurrir en una omisión comisiva de un delito, ejemplo de ello sería el caso de quien no socorre a quien está en peligro de ser

---

(10) Ver NUÑEZ (Ricardo), op. cit., Tomo II, p. 58.

(11) Ver NUÑEZ (Ricardo), op. cit., Tomo I, p. 235.

(12) FONTAN BALESTRA, (Carlos) Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, Abeledo-Perrot Tomo IV, 1969, p. 69.

(13) Ver NUÑEZ (Ricardo), op. cit., Tomo I, p. 235 (Ibid.).

(14) Ver NUÑEZ (Ricardo), op. cit., Tomo I, p. 236.

(15) Ver SOLER (Sebastián), op. cit, Tomo III, p. 19.

asesinado, siempre, es claro, que conforme a las circunstancias, dicha conducta no importe un acto de participación criminal (16).

Para que la omisión de un deber de actuar sea penalmente típica, y, en consecuencia, su autor incurra en el delito de homicidio, es menester que dicha omisión sea causal en el caso concreto, esto es, que sea productora del resultado mortal, es decir, que ella constituya el antecedente causal concreto de la muerte de la víctima.

V. MEDIOS EMPLEADOS

¿Qué medios pueden ser empleados para la comisión del delito en análisis? Cualquier medio idóneo para causar la muerte, se puede emplear para la comisión del homicidio, pero, sin embargo, esta regla tiene sus excepciones ya que existen circunstancias que vienen a calificar el delito, como por ejemplo que el medio empleado sea el veneno **insidiosamente** suministrado (17); subrayo "insidiosamente" porque ya se ha dado el caso en nuestros Tribunales de justicia, particularmente en el Tribunal Superior Penal de Limón (18), en el cual se ventiló un asunto sobre una persona a la que se le obligó a ingerir una sustancia venenosa a sabiendas de que lo que se obligaba a tomar era un veneno, dicho Tribunal resolvió en el sentido de que lo que se había configurado era un homicidio simple y no calificado, toda vez que la sustancia venenosa que se aplicó no lo fue en su forma insidiosa, es decir, empleando ardid o engaño, como ocurriría si se le hubiera suministrado en un alimento o bebida, ignorando el contenido venenoso.

Resulta indiferente que se trate de un medio directo o indirecto, se tratará de un medio directo en la circunstancia de que la persona muera como resultado de la actividad puesta en funcionamiento por el autor, sin intervención de ningún otro factor extraño. En tal sentido es indiferente que el autor obre directamente sobre el cuerpo de la víctima, mediante el empleo de medios vulnerantes, tal es el caso de los golpes, puñaladas, disparo de armas, etc. o bien de medios morales como el susto, o de otros elementos que actúen bajo su control personal, como el caso de que se valga, el sujeto activo, de aparatos mecánicos o de otros medios que no cumplan sino la función de meros instrumentos cual es el caso de una persona inimputable o un animal bravío.

Los medios indirectos empleados para cometer el delito de homicidio simple puede ser la realización de una cierta actividad que exponga a la víctima a un resultado meramente mortal, pero en la condición de que éste sobrevenga como consecuencia de otros factores extraños, aquí estaríamos ante el caso de exponer a un ser humano a morirse de hambre o bien a condiciones de ambiente o a situaciones peligrosas para su vida.

Desde otro punto de vista, los medios susceptibles de consumar el delito de homicidio que trato en este pequeño estudio, pueden ser materiales, morales o mecánicos (19). Los medios materiales son aquellos que por vía de hechos activos actúan físicamente sobre el cuerpo o la salud del sujeto pasivo. En consecuencia, fuera de las armas en sentido propio, como por ejemplo el arma de fuego o el cuchillo o puñal, son tales todos aquellos instrumentos capaces de ofender la integridad física de las personas, como por ejemplo un garrote o palo, una piedra, un vehículo, un animal, el fuego, el agua, un líquido hirviente, el frío, el calor, la humedad, etc. Igualmente constituyen medios materiales los puntapiés o golpes de puño y todo empleo de fuerza física personal eso sí, capaz de causar la muerte, como la estrangulación, la opresión de las fauces, o el estrechamiento contra la pared o el suelo, la sumersión en el agua, el arrojamiento desde una altura, etc. Dentro del amplísimo campo de los medios materiales, podemos encontrar también todos aquellos que, sin ser vul-

---

(16) Ver NUÑEZ (Ricardo), op. cit., Tomo I, p.p. 239-240.

(17) Ver Código Penal, art. 112 inc. 4.

(18) TRIBUNAL SUPERIOR PENAL, Limón, No. 122 de las 20:00 hrs. del 19 de julio de 1977. Causa seguida contra L.O.O. y otros por el delito de homicidio calificado en daño de V.D.D.

(19) Ver SOLER (Sebastián), op. cit., Tomo III, p. 19.

nerables, son eficaces de actuar físicamente sobre la víctima ocasionándole como resultado de ello, la muerte, en este caso se puede dar la posibilidad de indicarle a un ciego un camino que lo conduce a un precipicio (20).

En lo que respecta a los medios morales, se consideran como tales a aquellas conductas que, sin llegar físicamente a la víctima de manera directa, le producen la muerte (21). Tales conductas pueden consistir en hechos psíquicos o aún en hechos físicos intimidatorios, como las amenazas, que actúan sobre la moralidad del sujeto pasivo, afectando su salud (22) como fuertes sacudimientos morales que produzcan la muerte de una persona, como consecuencia de la influencia persistente de lo psíquico sobre lo orgánico, por ejemplo: las torturas morales; provocar un estado de excitación ya bien sea por causas reales o ficticias; de espanto; de dolor; de miedo, de sorpresa, de sufrimiento, darle malas noticias a una persona enferma del corazón, o bien, un gran susto a un anciano.

Por último, los medios mecánicos, consisten en aparatos predispuestos para funcionar automáticamente, por ejemplo una escopeta con mecanismo que funcionará cuando la víctima penetre a un recinto. Es de observar que el empleo de tales aparatos no excluye la legítima defensa ni el ejercicio legítimo de un derecho (23).

VI. TENTATIVA Y CONCURSO

Como delito de carácter material, está fuera de toda discusión que el homicidio simple admite la tentativa, la cual requiere la **INTENCION DE CAUSAR LA MUERTE** bajo la forma de dolo directo, con exclusión de toda otra forma de culpabilidad. La muerte como fin perseguido por el sujeto activo debe aparecer claramente definida para que una agresión pueda merecer la calificación de tentativa de homicidio. En el supuesto de que dicha intención no se halle plenamente demostrada, la calificación debe ser rechazada en razón del principio in dubio pro reo, en cuyo caso el autor de la agresión responderá solamente por el hecho producido: lesiones, abuso de armas, etc. en función del dolo indeterminado.

Al respecto nuestra Ley Penal dice que *"Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente. . ."* (24). Un ejemplo en cuanto a la tentativa del homicidio simple puede ser cuando un sujeto se dispone a darle muerte a otro con un machete y que por causas ajenas a su voluntad o propósito no llegara a cumplir su cometido, como podría ser el caso de la intervención de terceras personas.

En el delito de homicidio simple es factible el concurso de delitos, al respecto haré un breve análisis en cuanto a qué casos nos encontramos ante un concurso ideal o de acción única con pluralidad de lesiones jurídicas (25) o bien ante un concurso material o real. En cuanto al concurso ideal nuestro Código Penal (26) señala que *"Hay concurso ideal cuando con una sola acción u omisión se violan diversas disposiciones legales que no se excluyen entre sí"*. Por ejemplo, el caso de una persona que su propósito sea el de terminar con la vida de otra se disponga a disparar un arma de fuego y consiga su cometido, aquí tenemos una acción, y la misma bala traspasa a la víctima y lesio-

---

(20) Ver SOLER (Sebastián), op. cit., Tomo III, p. 19.

(21) Ver FONTAN BALESTRA (Carlos), op. cit., Tomo IV, p. 70.

(22) Ver NUÑEZ (Ricardo) op. cit., Tomo III, p. 26.

(23) Ver NUÑEZ (Ricardo) op. cit., Tomo I, p. 370.

(24) Ver Código Penal, art. 24.

(25) CASTILLO GONZALEZ (Francisco), El concurso de delitos en el Derecho Penal costarricense, San José, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981, p. 57.

(26) Ver Código Penal, art. 21.

na a una persona que se encontraba cerca del lugar; como puede notarse en este supuesto con una sola acción se violan dos disposiciones legales, cuales son la del homicidio simple y la de lesiones.

Además el concurso puede ser material o real, en este caso el Código Penal prevé que *"Hay concurso material cuando un mismo agente comete separada o conjuntamente varios delitos"* (27). Volviendo al ejemplo anterior, podemos concluir que este tipo de concurso se puede realizar cuando el sujeto activo en lugar de hacer un disparo, hace varios, o bien, mata hoy a una persona y mañana mata a otra, es evidente e indiscutible que aquí estamos en presencia de dos homicidios en concurso real o material.

BIBLIOGRAFIA

CASTILLO GONZALEZ (Francisco). *El concurso de delitos en el Derecho Penal costarricense,* San José, Litografía LIL, S.A. 1981, 123 p.p.

FONTAN BALESTRA (Carlos). *Tratado de Derecho Penal,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Tomo IV, 1969, 576 p.p.

JIMENEZ DE ASUA (Luis). *Tratado de Derecho Penal,* Buenos Aires, Ed. Losada, S.A. 2a. Ed. T.V. 544 p.p.

NUÑEZ (Ricardo). *Derecho Penal argentino,* Buenos Aires, Editorial Bibliografía Argentina, S.R.L., T. III.

SOLER (Sebastián). *Derecho Penal argentino,* Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 7a. reimpresión total, T. II, 1976, 506 p.p.

CODIGOS

CODIGO PENAL, Ley No. 4573 de 4 de mayo de 1970, San José, Librería Imprenta y Litografía LEHMANN, S.A., Ed. 1975, preparada por Atilio Vincenzi Peñaranda, 223 p.p.

RESOLUCIONES JUDICIALES

TRIBUNAL SUPERIOR PENAL, Limón, No. 122, de las 20:00 hrs. del 19 de julio de 1977. Causa seguida contra L.O.O. y otros por el delito de homicidio calificado en daño de V.D.D.

***

(27) Ver Código Penal, art. 22.

DERECHO AGRARIO COMPARADO COMO FUENTE*

Dra. Roxana Sánchez Boza
Licda. Roxana Salazar Cambronero

INTRODUCCION

El desarrollo de un DERECHO AGRARIO COMPARADO, surge como necesidad de mantener el ambiente histórico-jurídico y económico propio del DERECHO AGRARIO, impidiendo de esta forma que las normas del derecho común, sirvan para interpretar e integrar el DERECHO AGRARIO, en caso de ausencia de una norma agraria.

Tal situación, nos haría regresar a los orígenes del derecho agrario, que los encontramos en las instituciones civiles.

Esto nos llevaría a negar su autonomía, como una rama del quehacer jurídico. Lo que nos ha decidido a plantear la necesidad de que cada ordenamiento jurídico determinado considere como una fuente más en su sistema, los institutos del DERECHO AGRARIO COMPARADO.

DERECHO COMPARADO

Antes de entrar al tema, debemos echar una mirada sobre el DERECHO COMPARADO, visto como método. Ya que éste no es más que un método, que nos sirve para salir de nuestros propios esquemas y limitaciones y nos ubica en la actualidad de las cosas.

El cómo de la investigación comparatista, lo vemos en la necesidad de tener un método que acerque y enfrente los diferentes sistemas, y no sólo las normas de un ordenamiento jurídico a otro, el por qué, aunque varíe históricamente, responde a una elección previa sobre si queremos sólo conocer las diferentes soluciones, o si queremos innovar, unificar la legislación de algún instituto, o lograr unificaciones por acuerdos bilaterales o multinacionales.

EL DERECHO COMPARADO, en su desarrollo reciente, en la vida jurídica, ha venido desempeñando un papel muy importante, ya que con éste, se ha buscado la creación de un DERECHO COMUN LEGISLATIVO, teniendo así, la ciencia jurídica, como misión, la formulación de un derecho común.

EL DERECHO COMPARADO nos sirve para entender otros derechos, que no tienen origen en la familia romano-germánica, además que se busca con éste, el perfeccionamiento de las leyes, y la unificación del derecho.

Actualmente, la tarea más importante del DERECHO COMPARADO, es la de la armonización de las normas jurídicas, junto con la unificación jurídica.

** Tema expuesto en el Primer Congreso Internacional de Derecho Agrario Comparado, celebrado en el mes de marzo de 1982.*

"El Derecho Comparado, desempeña un papel parecido al de la historia. Al estudioso del derecho nacional, le proporciona una perspectiva necesaria para percibir adecuadamente las líneas maestras de ese derecho. Nos pone de relieve el carácter contingente, accidental de ciertas normas e instituciones a las que, de no ser por la comparación, estaríamos tentados a atribuir un carácter necesario y permanente. Permite, igualmente, un planteamiento más correcto de ciertos problemas y una comprensión del carácter inadecuado o anticuado de algunas de nuestras instituciones" (1).

Los diferentes institutos jurídicos existentes en otros sistemas, lo mismo que diferentes soluciones a los problemas, que se plantean en el desarrollo diario de otros sistemas de derecho, nos sirve para acudir a ellos, ya, no solo para estudiarlos, sino también para no "encerrar la ciencia jurídica dentro de las fronteras de un Estado y querer exponerla o perfeccionarla sin tomar en cuenta la teoría y la práctica extranjeras" (2).

El camino contrario limitaría las potencialidades del jurista, para el conocimiento y la acción. Esto, incluso, nos lleva a ver otra utilidad del DERECHO COMPARADO, que es la de permitirnos, abandonar viejas estructuras, pues podemos descubrir institutos en ajenos ordenamientos, que pueden ser útiles para trasplantar o acomodar a las circunstancias propias de tiempo y lugar de nuestro sistema.

El derecho, en general, como ciencia social, no puede ser visto o estudiado, sólo desde un punto de vista puramente nacional, dado que al estudiar otros sistemas, encontramos otras soluciones para mejorar el que tenemos.

Si ante determinado derecho, sólo tomamos en consideración el orden jurídico, tendremos una visión incompleta del mismo. Entre los logros del DERECHO COMPARADO, se ha determinado que prevalece una misma concepción del DERECHO, vinculada a la búsqueda de la justicia. La diferencia, en los sistemas, estriba, en la técnica que utilizan éstos para alcanzarla.

Además, hemos llegado a ver que el derecho no existe sólo en las normas, sobre todo, en los países de la familia romano-germánica, donde la norma jurídica es analizada y caracterizada de modo parecido. "Se ha visto elevada a un plano superior, se le ha concebido como una norma de conducta, dotada de cierta generalidad, y situada por encima de las aplicaciones que los tribunales o profesionales, puedan hacer de ella en el caso concreto" (3).

Debemos recordar, que la norma jurídica, como parte del Derecho, nace como producto de la reflexión fundada en la observación de la práctica, y en influencias de tipo moral, político, etc. Se dice que la norma debe ser lo suficientemente general, para que sirva, a la solución de casos concretos que se presenten.

Y "Cuando suponga una mayor especialización de la norma jurídica, se traduce en aumento automático del papel interpretativo del juez.

La formulación de la norma, en términos muy generales, atribuye a los jueces, a causa de su imprecisión, un poder discrecional mayor, en la aplicación de la misma. . . .Vemos así, que en los países de la familia romano-germánica, el Derecho se halla no sólo contenido en las normas formuladas por el legislador, sino también en la interpretación que de dicha forma llevan a cabo los jueces"(4).

Entender lo dicho, es básico para romper con la idea tradicional de derecho, de que su conocimiento era una simple exégesis de sus códigos. "La pretendida coincidencia entre el Derecho, que es la justicia y la ley, que es la voluntad del legislador, ha podido confundirnos durante cierta época, pero el Derecho Comparado nos ha servido para apartarnos de tal error" (5).

Encontramos así otra función que cumple el Derecho Comparado, al darle una visión más amplia al juzgador, a la hora de fallar, para ayudarle, en la solución del caso concreto, acudiendo a otros sistemas jurídicos.

Una aplicación de Derecho Comparado, al campo agrario, lo encontramos en un agrarista centroamericano, quien nos dice, que el logro del Derecho Agrario Comparado se facilita con la uniformación de sistemas, cuya homogeneidad tiene

---

(1) René, David. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Aguilar, Segunda edición, España, 1973, p. 9.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid.*, p. 72.

(4) *Ibid.*, ps. 76—77.

(5) *Ibid.*, ps. 80—81.

origen en la tradición histórico cultural común, en la vecindad geográfica, y sobre todo, en la similar organización política, económica y social. "Entre sistema y sistema, además, tiende a existir una recíproca influencia, máxime cuando, a través de convenios internacionales se procura conciente-mente uniformar las normas, o cuando por efecto de la asistencia técnica de los arganismos internacionales, para los problemas semejantes que afrontan diversos países se proponen soluciones jurídicas similares.

En otras ramas de derecho, la regulación de un determinado tipo de fenómenos sociales ha dado origen a las leyes semejantes, fundadas en grandes principios doctrinarios, los cuales a su vez realimentan aquellas leyes.

"Apenas vale la pena recordar, el caso del Derecho Civil, en el que las instituciones se repiten de país a país, muchas veces sin cambiar en absoluto y a veces cambiando en meros detalles. (Caso de América Latina, en que el Código Napoleón inspiró al Código Civil). Lo mismo puede encontrarse en otras ramas del derecho, y es lógico que así sea; hay esferas de la conducta humana que tienden, por fuerza, a ser semejantes y es de esperarse que las normas que las regulen sean parecidas.

"En el caso del DERECHO AGRARIO, el objeto sobre el cual recae, es decir, la agricultura, se encuentra presente en todo el mundo; es natural por tanto que si no como sistema de leyes positivas y doctrinas, al menos como leyes se le encuentre en prácticamente todo el orbe. . . Las relaciones sociales que surgen como efecto del ejercicio de la agricultura, varían según el régimen político-económico vigente; pero . . .las soluciones legislativas tienden a agruparse en sistemas y los sistemas entre sí presentan rasgos comunes" (6).

En una distinción hecha por MASREVERY en seis zonas geográficas mundiales, nos dice que el DERECHO AGRARIO muestra claras tendencias a la homogeneidad (7).

DERECHO AGRARIO

En la doctrina encontramos que las definiciones del DERECHO AGRARIO han sido clasificadas en tres categorías:

"La primera identifica al elemento DERECHO contenido en la frase DERECHO AGRARIO con un conjunto de normas jurídicas u otras expresiones equivalentes. La segunda hace de dicho elemento, es decir DERECHO, también un sinónimo de normas pero añadiéndole "principios". La tercera lo asimila en otras expresiones o no lo toma en cuenta específicamente" (8).

Vamos a dar un ejemplo de cada categoría en su orden:

A. "Se entiende por DERECHO AGRARIO el complejo de las normas, sea el derecho privado que de derecho público, que regulan los sujetos, los bienes, los actos y las relaciones jurídicas pertenecientes a la agricultura, es decir, de las normas que tienen por objeto inmediato y directo la regulación jurídica de la agricultura". (Angelo Arcangeli).

B. "EL DERECHO AGRARIO es el conjunto de principios y normas jurídicas autónomas que regulan diversas fases de la explotación agraria con miras a la obtención de una mayor riqueza agropecuaria y su justa distribución en beneficio del productor y de la comunidad" (Eduardo Pérez).

C. ". . .Conjunto de normas, leyes, reglamentos y disposiciones en general, doctrina y jurisprudencia que se refieren a la propiedad rústica y a las explotaciones de carácter agrícola" (Lucía Mendietea y Núñez) (9).

Otra definición, que encontramos, es la que dice que es "aquel conjunto de normas que, en el

---

(6) ALVARENGA, Ivo, *Temas de Derecho Agrario y Reforma Agraria*, Educa, Primera edición, San Pedro, 1977, ps. 21—24.

(7) *Ibid.*, p. 21.

(8) *Ibid.*, p. 16.

(9) *Ibid.*, ps. 14—20.

ámbito de la ordenación del territorio, regulan la propiedad de la tierra, la empresa agraria, y la reforma y desarrollo de las estructuras del campo" (10).

La que consideramos más completa, se encuentra en nuestra doctrina, que dice el DERECHO AGRARIO ES "El conjunto de normas y principios particulares que rigen a las personas, los predios, y bienes de toda clase, las explotaciones y las empresas que, aprovechando de cualquier modo la aptitud frugífera de la tierra se dedican a la creación u obtención de animales y vegetales, gobiernan las relaciones entre los factores que intervienen en la producción de tales bienes, y dado el caso, disponen cambios en las estructuras que determinan estas relaciones e imponen determinado tipo de planificación económica" (11).

Importante, es también, recordar, que el DERECHO AGRARIO es un derecho que aparece recientemente a la vida jurídica, ante los problemas que nacen en el campo, y se ha necesitado de una adecuada y específica legislación para solucionar y prever los problemas que plantea.

Es un derecho novedoso. Juega un papel muy importante, como rama jurídica, en países agrícolas como Costa Rica, y en general en Latinoamérica, donde los problemas del campo son variados y frecuentes.

La realidad jurídico-sociológica de la vida en el campo es sumamente compleja, mucho más de lo que se pueda prever en textos legales o disposiciones dictadas sobre esta materia.

El DERECHO AGRARIO DEBE PODER ENCONTRAR soluciones a los problemas del campo, que armonicen con el nuevo concepto social de la propiedad fundiaria.

Se busca que el DERECHO AGRARIO alcance madurez, desarrollando una teoría propia, cierta unidad, en cierto modo, podemos decir, que desea obtener su universalidad de los conceptos, institutos y también soluciones que den.

El DERECHO AGRARIO tiene mundialmente, aparte de su novedad, ciertas características específicas que permiten identificarlo histórica e institucionalmente, y sustentar, sobre él, toda una vigorosa ciencia, ubicable geográficamente, sobre todo, en Europa y América Latina, aún cuando tiende a difundirse por todo el mundo (12).

AUTONOMIA.

"Uno de los capítulos más bellos. . . de la historia del DERECHO AGRARIO es el referente al debate sobre su autonomía" (13).

La discusión sobre este tema tiene lugar en los primeros años de la RIVISTA DI DIRITTO AGRARIO, fundada por Giangastone Bolla en 1922.

"Tratando la autonomía nos encontramos casualmente con otros presuntos atributos del DERECHO AGRARIO, cuya relación con la noción de autonomía se precisa en integridad, especialidad, organicidad, novedad. . ." (14).

El DERECHO AGRARIO, para consolidar su autonomía, debe encontrar soluciones a los problemas que se le presenten, dentro de su mismo campo. Tratando de no acudir al derecho civil, por ejemplo, como fuente supletoria, pues esto limita sensiblemente su autonomía.

Surgimiento de leyes especiales y la intervención pública, en el sector económico, nos trae como consecuencia, la ruptura de la división básica y tradicional del DERECHO, y la necesaria aparición de sistemas jurídicos autónomos.

El argumento inicial, en cuanto a la autonomía del DERECHO AGRARIO, consistía en la "obligatoriedad de los sostenedores del criterio autonómico de demostrar que la nueva rama jurídica, era autónoma en los planos legislativo, didáctico y científico" (15). Se incluye también el plano jurisdiccional.

En el plano legislativo, en cuanto a Costa

---

(10) SANZ JARQUE, Juan José, *Actualidad y fuentes del moderno derecho agrario, Rivista di Diritto Agrario*, marzo, 1978, p. 16.

(11) Salas-Barahona, *Derecho Agrario*, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1973, p. 42.

(12) Zeledón, Ricardo, *El origen, formación y desarrollo del Derecho Agrario*, inédito, p. 4.

(13) *Ibid.*, p. 37.

(14) CARROZZA, Antonio, *La autonomía del Derecho Agrario, Revista Judicial*, Costa Rica, Año IV, setiembre 1979, p. 30.

(15) Zeledón, *supra* nota 12, p. 6.

Rica, vemos que existen casi cincuenta leyes, decretos y reglamentos, que vienen a regular puntos que abarca el DERECHO AGRARIO, lo que afirma aún más su importancia, en el desarrollo de un país. Pero siempre se busca que el DERECHO AGRARIO tenga carácter completo y sea orgánico a la vez.

En punto al plano DIDACTICO, no hay duda del gran desarrollo teórico que ha surgido y lo vemos en la gran cantidad de investigaciones y publicaciones que sobre el tema existen. Ejemplo claro de ello es que nos encontremos aquí reunidos.

Según su autonomía CIENTIFICA, se afirma por "la teoría institucionalista, según la cual el DERECHO AGRARIO es un IUS PROPIUM en el cual el elemento social predomina sobre el individual, y postula interpretaciones y valuaciones didácticas para llegar al resultado que se denomina de "justicia social". Dicho IUS PROPIUM, es definido como un producto espontáneo de los grupos que integran la comunidad agraria, creado con el fin de regular sus relaciones internas, ante la ausencia o insuficiencia de normas estatales" (16).

Se dice también en cuanto a su CIENTIFICIDAD, que se requiere de principios generales, los cuales han sido enumerados entre otros en los siguientes:

- el de la buena cultivación
- el de la dimensión mínima de la empresa agraria
- el de la indivisibilidad de los resultados totales del año agrario
- el de la colaboración de los contratos agrario y el de colaboración entre fundos
- el de que la propiedad debe cumplir una función social
- el de la protección máxima a la empresa agraria familiar rentable basado en cuanto sea posible en la propiedad sobre la tierra cultivable
- el de la distribución de la propiedad
- el de la dimensión mínima de la explotación agraria
- el de procurar la conservación de las explotaciones agrarias y especialmente las familiares
- el de la planificación de las intervenciones estatales y el de paridad.

Se busca también que además de tener leyes propias, tenga aplicación por medio de TRIBUNALES ESPECIALIZADOS, los que pronto van a ser realidad en nuestro país.

Podemos concluir diciendo que "afirmar que el DERECHO AGRARIO es autónomo en su modo de ser y de operar, consiste en tener un conjunto de institutos jurídicos actuales, propios y exclusivos de tal sector del ordenamiento, donde es evidente, que los atributos de pertenencia y exclusividad van referidos no tanto a los principios sino a los institutos. Frente a la falta de objetivación e individuación de los principios generales, por obra de la doctrina, y la jurisprudencia, se observa que lo que cuenta no son los principios sino la presunta capacidad material para producirlos" (17).

FUENTES DEL DERECHO AGRARIO EN GENERAL.

Hasta el momento nos hemos referido al DERECHO AGRARIO y a su autonomía y al Derecho Comparado, sin realizar una verdadera relación de estos dos perfiles de la Ciencia Jurídica. Nos encontramos en el momento oportuno, para entrar a considerar un enlace de éstos, por medio del estudio de las fuentes del Derecho Agrario.

Debemos plantearnos las siguientes interrogantes: Cuáles son las fuentes del Derecho; el peso que tienen en cada ordenamiento jurídico, en el Derecho Agrario; su estudio, a través de una visión comparatista a interpretativa; la aplicación de la interpretación analógica, a nivel de los principios generales del Derecho agrario.

Ante todo recordemos cuál es el significado preciso que la doctrina jurídica da a la frase "fuentes del Derecho". Estas consisten en los diversos procesos, a través de los cuales se elaboran las normas jurídicas. Estos procesos pueden comprender tanto las manifestaciones que dan origen a las normas jurídicas, por virtud de los distintos factores sociales, económicos, políticos, religiosos, etc., como las formas reguladas por el propio derecho para la creación sistemática y ordenada de las citadas normas, tal como ocurre respectivamente

(16) *Ibid.*, p. 39.

(17) Salas-Barahona, *supra* nota 11, ps. 43—45.

en el proceso legislativo, en la obra constante de la jurisprudencia y en la elaboración que se lleva a cabo por la costumbre jurídica (18).

Así, en la formación del Derecho Agrario, encontramos que la costumbre es su base, como respuesta a la tipicidad social, que se forma alrededor del agro, conforme los intereses que lo circundan, luego, surge la tipicidad jurisprudencial, conforme al conocimiento que los jueces van teniendo de estas figuras sociales, contempladas desde una perspectiva totalmente civilista, hasta que al fin se desemboca en la promulgación de leyes, que contemplan los casos que más notoriamente han surgido en este proceso.

Respondiendo, a la jerarquía de las fuentes, encontramos a nivel doctrinal, que la primera la constituye la Constitución Política, pasando por la legislación agraria, la costumbre, la jurisprudencia, la contratación privada (DERECHO AGRARIO: Bolla), debiéndose agregar a esta enumeración la doctrina y los principios generales del Derecho.

En costa Rica, no existe ninguna disposición a nivel legislativo, que se refiera a las fuentes del Derecho Agrario, siendo forzoso al intérprete, volver sus ojos a normas de carácter general, como lo son los artículos 10 del Código Civil, el 7 sobre primacía de los tratados públicos, convenios internacionales y concordatos sobre leyes y 120 (que prohíbe la abrogación de la ley por el no uso o costumbre en contrario) los dos anteriores artículos de la Constitución Política, y el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (que admite los principios generales como fuente supletoria de la ley).

La enumeración preliminar de las fuentes responde a un criterio formal, pero es necesario dejar claro que hay dos fuentes: la costumbre y la jurisprudencia, que por lo novedoso del Derecho Agrario, lejos de mencionarse al final del listado, ocupan un lugar de primacía que las mismas leyes. Se presentan, entonces, como fuentes reales, porque son los factores y elementos, que determinarán el contenido de futuras normas.

La costumbre agrícola, surge originariamente como fenómeno espontáneo de grupo. Los campesinos cooperan entre sí, para la producción agraria, a nivel familiar, o de villa, o pueblo, hasta que la función jurídica es asumida por el poder político, que interviene en el proceso económico de producción agrícola. El aspecto más importante de la costumbre, fue señalado por Bolla cuando abre su debate sobre las fuentes del Derecho Agrario en 1934, él sostuvo que la importancia de la costumbre consistía, en el mantenimiento del ambiente histórico y económico, propio de lo agrario, negando la posibilidad de reunir, analógicamente, a normas del derecho común en caso de ausencia de norma agraria. Asimismo, la jurisprudencia tiene gran importancia en lo agrario, dado que esta materia, está siempre en proceso de rápida transformación, y los tribunales particularmente los agrarios, (donde existen) se ven precisados a aplicar la ley a nuevas situaciones, que el legislador no pudo prever (19), es la que da vida a la costumbre, aplicándola a casos concretos.

La anterior relación de las fuentes, nos lleva a consideraciones desde el punto de vista del Derecho Agrario Comparado, conocida su existencia y función, a nivel abstracto, consideremos su aplicación, si bien, teórica, pero con constantes referentes empíricos, a partir de la legislación existente en Costa Rica, la cual presenta una serie de disposiciones dispersas en diferentes cuerpos normativos, veamos. . .

1. El establecimiento de un patrimonio agrícola del Estado, la creación del Instituto de Tierras y Colonización, hoy día, órgano agrario encargado del cumplimiento de los fines del derecho agrario, la parcelación de tierras, la colonización, la regulación de conflictos entre propietarios y poseedores en precario, el crédito agrario, la adquisición y expropiación de tierras, la vivencia rural, los arrendamientos de tierras, de aptitud agraria, etc. se encuentran comprendidas en la LEY DE TIERRAS y COLONIZACION No. 2825 de 14 de oct. de 1961.

2. Existe una normativa de protección de los recursos naturales que se encuentran en la Ley de

---

(18) Zeledón, *supra* nota 12, ps. 41—45.

(19) Carrozza, Antonio, *L'individuazione del diritto agrario per mezzo dei suoi istituti, Rivista di Diritto Civile*, No. 2, 1975, ps. 111—112.

Aguas No. 276 de agosto de 1942 y sus reformas y la Ley Forestal No. 4465 del 25 de noviembre de 1969.

3. Y, ya específicamente, a lo que se conoce como derecho fundiario, partimos del Código Civil, pasando por la Ley de Informaciones Posesorias, la Ley de localización de derechos indivisos, etc.

Tal situación, no la encontramos, por ejemplo, en Italia, donde los institutos agrarios, han sido reunidos en una unidad orgánica, a partir de la promulgación del Código Civil de 1942.

Lo anterior nos lleva a plantear el Derecho Agrario Comparado, a partir básicamente de dos niveles:

1. **Legislativo:** cuya ejemplificación hemos realizado en los párrafos anteriores, y

2. **Judicial,** que nos lleva a la aplicación de la interpretación analógica, entre otras, como una necesidad de llenar lagunas del ordenamiento jurídico que, tiene aplicación individual, sea caso por caso.

La doctrina da a conocer dos tipos de analogía: La **analogía legis** y la **analogía iuris;** nos importa esta última, pues a causa de la ya comentada y cuestionada autonomía del Derecho Agrario, nos asombramos de la enumeración variada de ordenamiento, de autor a autor, de los principios generales, que deben integrar el ordenamiento jurídico agrario (20).

De ahí, que se presenta la necesidad de realizar dos tareas, al resolver un caso sin solución determinada en el ordenamiento jurídico, en que se trabaja. De un lado, considerar, los principios generales que informan dicho ordenamiento, estudiarlos y compararlos con otros existentes en otros ordenamientos jurídicos, a fin de determinar si son válidos, en la rama del Derecho Agrario, y no respuestas a caprichos políticos. De otro, tomando en cuenta a aquellos escogidos, a fin de colmar las lagunas que existen en la materia en cuestión. En el caso de un incipiente desarrollo del Derecho Agrario, de un determinado país, la mirada hacia los principios generales, que se encuentran presentes en otro ordenamiento jurídico, será de indudable ayuda; a la resolución del caso concreto. ¿Por qué se propone tal vía de solución?; la respuesta la encontramos en el desarrollo actual del Derecho Comparado, que tiende a la uniformación de los Institutos, y consideramos que los beneficios de tal propuesta son múltiples, siendo la jurisprudencia, y luego la costumbre, las fuentes que tienen más peso real en el Derecho Agrario, lográndose mediante la comparación un mejor entendimiento de los pueblos y la acertada aplicación de las leyes (21).

CONCLUSIONES

Como todo derecho de la familia romano-germánica, el Derecho Agrario procura siempre dar respuestas al caso concreto, buscando cumplir con la hermeticidad del ordenamiento jurídico. Dada la novedad apuntada de esta disciplina, que es además un derecho dinámico, cambiante, complejo; síntesis de numerosas normas civiles, administrativas forestales, fiscales, procesales, un derecho proteccionista y tutelar; eminentemente social y comunitario; sabemos que el derecho agrario nacional no ha tenido un desarrollo tan amplio y sistemático, que permita cumplir con tal exigencia, dentro de sus propios límites. Caso contrario deberá complementarse con las otras ramas del derecho, básicamente al DERECHO CIVIL que en el campo de la propiedad fundiaria o territorial, se presenta no acorde con la necesidad del Derecho Agrario en sí. Esto iría en contra de la misma autonomía, referido en la exposición que esta rama del Derecho ha ganado con su desarrollo.

Se persigue, entonces, que para lograr afirmar su autonomía, busque soluciones a problemas que se presenten, dentro de sí mismo, y una forma de lograrlo es acudir al DERECHO AGRARIO COMPARADO como fuente supletoria de nuestro derecho agrario.

---

(20) Salas-Barahona, *supra* nota 11, ps. 46—55.

(21) BOBBIO, N. Voce *Analogia in Enciclopedia del Diritto.* Giuffrè, 1964, p. 11.

BIBLIOGRAFIA

ALVARENGA, I. *Temas de Derecho Agrario y Reforma Agraria,* Educa, 1a. Ed. 1977.

BOBBIO, N. Voce, *Analogia* in *Enciclopedia del Diritto,* Giuffrè, 1964.

CARROZZA, A. *La autonomía del Derecho Agrario,* en Revista Judicial, Costa Rica, Año, IV, setiembre 1979.

L'individuazione del diritto agrario per mezzo dei suoi istituti, Rivista di Diritto Civile, No. 2 1975, Padua.

SANZ JARQUE, J. J. *Actualidad y fuentes del moderno derecho agrario,* in *Rivista di Diritto Agrario,* marzo 1978.

ZELEDON ZELEDON, R. *El origen, formación y desarrollo del Derecho agrario,* inédito.

***

LEGITIMA DEFENSA Y DEFENSA PUTATIVA

Lic. Freddy Gmo. Segura Salazar

DEFENSA PUTATIVA

PLANTEAMIENTO DEL TEMA:

La presente disertación (*) tiene como objetivo fundamental determinar en qué consiste la defensa putativa, cuál es su campo de análisis tanto doctrinal como jurisprudencial, es decir, si debe considerarse como causa de justificación o causa de inculpabilidad, o sea su ubicación dentro de la teoría del delito y la legislación costarricense.

Para tal fin, se hace un análisis del fundamento de las causas de justificación y en particular de la legítima defensa, pues precisamente de ella se derivan la defensa putativa o conforme a la doctrina tradicional, la legítima defensa putativa.

Asimismo se analizan las causas de exculpación en general, su fundamento y en particular el error, sea de hecho o de derecho.

Con ese marco teórico, se pretende definir en qué consiste la defensa putativa, cuál es su ubicación dentro de la doctrina, la legislación y su campo de acción en la jurisprudencia costarricense.

CAUSAS DE JUSTIFICACION

CONCEPTO Y NATURALEZA:

Se denominan causas de justificación aquellas que excluyen, borran, eliminan la antijuridicidad de la conducta humana, desde un punto de vista objetivo. En ese sentido Ricardo Núñez, afirma que son "esas circunstancias particulares que transforman el hecho jurídicamente perjudicial por ofender un interés prevaleciente, en un hecho beneficioso, porque a costa del daño que ocasiona se resguarda otro interés más valioso que el de evitar ese daño" (1). Mientras que para la doctrina finalista son "disposiciones permisivas que impiden que la norma abstracta (general) se convierta en deber jurídico concreto y que permiten por eso, la realización típica" (2). Es decir, que son determinados actos que el Derecho prevé o permite para

(*) N. DE A: La charla sobre el tema, constituye el trabajo de incorporación al Centro de Estudios Jurídicos J. Francisco Chaverrí Rodríguez, formado por un valioso grupo de juristas nacionales, que se reúne los días lunes de cada semana en el Colegio de Abogados, para discutir temas de interés jurídico nacional.

(1) Núñez, Ricardo C.: *"Derecho Penal Argentino"*, Tomo I, parte general, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, pág. 308.

(2) Véase entre otros: Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán y Derecho Penal*, parte General y Zaffaronni, Eugenio: *Manual de Derecho Penal*, parte general.

la realización de sus fines, que precisamente por ello tienen la virtud de hacer desaparecer la antijuridicidad del hecho, de modo tal que aún cuando la acción es típica, le falta uno de sus elementos más importantes la antijuridicidad, entiéndese por tal, el resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva, que determina la contradicción existente entre la conducta típica y la norma jurídica reconocida por el Estado. Es importante determinar esa adecuación entre conducta y resultado, a fin de establecer si es acorde con el tipo penal descrito, porque precisamente la antijuridicidad exige que la acción sea acorde con el tipo penal y en consecuencia contrario al ordenamiento jurídico en su totalidad, en cuanto este señala cuáles son los principios generales. Así por ejemplo la Constitución Política establece el principio general: la vida humana es inviolable, mientras que el Código Penal establece concretamente la conducta: ". . .el que matare a otro", con lo cual cada persona para ser sancionado, debe adecuar su conducta a la norma descrita, violando así el orden jurídico, en su conjunto, mediante la realización del tipo. En suma, las causas de justificación son actos realizados conforme al derecho, pues únicamente puede hablarse de ella, en tanto que el acto realizado se encuadre en una figura penal y además que reúna los requisitos establecidos en la causa de justificación, por ende, es un acto justo, ajustado a derecho. En ese sentido Soler afirma: "un hecho solo del derecho puede recibir justificación" (3). Esas conductas lícitas que el ordenamiento jurídico prevé de una manera objetiva, son acciones conforme al derecho, excluyendo el injusto penal que se deriva de la tipicidad y la antijuridicidad y teniendo como efecto que también se excluye además la obligación de resarcir civilmente el daño.

Las fuentes de justificación son dos: la ley y la necesidad: en cuanto a la primera no puede negarse que quien actúa conforme a la ley, en cumplimiento de lo prescrito por el derecho, no puede realizar de manera alguna un acto que se considere antijurídico (ejs. ejercicio legítimo de un derecho, cumplimiento de la ley). Mientras que la necesidad no puede considerarse por sí y ante sí, una fuente autónoma de justificación, sino en tanto que esa necesidad es reconocida por el derecho, en tanto que esa opción, ya sea por la preponderancia de intereses en que se actúa, ya sea mediante la colindancia de intereses, en cualesquiera forma, la misma ha sido previamente reconocida por el Ordenamiento Jurídico y por ende no le es extraña, sino que es una conducta permisiva, que debe reunir los requisitos establecidos en el fundamento de la justificación (legítima defensa y estado de necesidad). De ahí que como afirma Fraf Zu Dohna: "una acción jurídicamente impuesta no puede, al mismo tiempo ser jurídicamente prohibida, ni tampoco una acción jurídicamente permitida no puede ser al mismo tiempo prohibida por el derecho" (4). Ahora bien, estas causas de justificación son de índole objetivo y su análisis debe realizarse exclusivamente sobre el comportamiento extremo del individuo, con estricto apego al acto realizado.

Dentro de las causas de justificación tenemos:

a. cumplimiento de la ley,
b. ejercicio legítimo de un derecho,
c. consentimiento del derecho habiente,
d. estado de necesidad, y;
e. legítima defensa.

LEGITIMA DEFENSA

CONCEPTO: La legítima defensa, que es la causa de justificación más antigua, por ello, no es extraña la frase de Geib que dice que "la legítima defensa no tiene historia", ha sido definida por todos los autores, pero sin embargo, es la conceptualización de Jiménez de Asúa la que me parece más acertada. Este autor afirma: "repulsa de la agresión ilegítima, actual e inminente por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirla o repelerla" (5). En esta definición, se

---

(3) Soler Sebastián: *Derecho Penal Argentino*", Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1976, pág. 314.

(4) Graf Zu Dohna, Alexander: *"La estructura de la teoría del delito"* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.

(5) Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho Penal*", Tomo IV, 3 edición, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1965, pág. 26.

establece con claridad cuál es la extensión y condiciones que debe contener tanto la agresión como la defensa, a las que nos referiremos al analizar los elementos de esta figura. Soler por su parte afirma que la "reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada" (6). Por su parte, Zaffaroni dice: "es una afirmación del derecho. Nadie está obligado a soportar lo injusto. Se trata de una situación conflictiva en la cual el sujeto puede actuar legítimamente porque el derecho no tiene otra forma de garantizarle el ejercicio de sus derechos o mejor dicho, la protección de sus bienes jurídicos" (7).

NATURALEZA Y FUNDAMENTO JURIDICO:

La doctrina considera la legítima defensa como un verdadero estado de necesidad, en el cual, una persona se ve agredida ilegítimamente, poniendo en peligro los bienes jurídicos que le son propios, por lo que ante esa situación, el Estado le da al individuo la posibilidad de defenderse ante el ataque de que está siendo objeto, bien porque el derecho no puede obligar a nadie a tolerar la ofensa o violación a su derecho, bien por la colindancia de interés, bien por la preponderancia de intereses jurídicos que el derecho da. En este último supuesto la lesión al bien jurídico solamente puede evitarse mediante la lesión de otro bien jurídico, aunque debe existir proporcionalidad entre el bien jurídico atacado y el defendido, porque no es posible, como lo afirma Mezguer, en un caso práctico, que una persona inválida que tiene un frutal, pueda dispararle a un menor que está sustrayendo frutas, porque si bien existe la violación o quebranto de una norma jurídica, también es cierto que no existe proporción necesaria para matar al menor. Es evidente que la legítima defensa, debe ser estudiada como causa de justificación (que excluye la antijuridicidad), en contra de las tesis sostenidas que ven la legítima defensa como una excusa o sea como motivo de inimputabilidad (Kant) o como mera colisión de intereses (Von Buró que afirma que entre dos intereses que están en colisión y en conflicto, de tal modo que uno no puede ser conservado sin la destrucción del otro, el Estado sacrificará el menos importante). A ese respecto cabe destacar que el que se defiende ejercita, como ha quedado dicho, un acto justo y conforme a derecho, en base a la preponderancia del interés jurídicamente atacado, aunque ambos bienes: sean de igual jerarquía, la vida en la agresión donde resulta muerta una persona al ejercitar la defensa. Ello constituye fundamentalmente la crisis de la tesis de la colisión de intereses, en los cuales siempre debe existir un bien jurídico de mayor jerarquía que el otro.

Del carácter objetivo que contiene la defensa legítima, como causa de justificación que es, se derivan tres consecuencias que son anotadas por Díaz Palos y Jiménez de Asúa en idéntica forma: "a) no cabe la defensa contra el que a su vez se defiende legítimamente, esto es, no puede hablarse de legítima defensa recíproca, b) como causa de justificación que es, ampara a todos los partícipes en ella, posibilitando la legítima defensa de un tercero; c) al no haber antijuridicidad no puede haber responsabilidad civil alguna" (8).

BIENES DEFENDIBLES:

Conforme a la doctrina y la legislación nacional, cualquier bien jurídico puede ser defendido mediante la legítima defensa, pues aún cuando en los primeros tiempos fue entendida referida única y exclusivamente a la integridad personal, en la actualidad, pueden ser objeto de defensa, toda clase de bienes jurídicos, como por ejemplo: la vida, la propiedad, el honor o el patrimonio.

SUJETOS:

Activo: puede ser cualquier persona humana. Todo sujeto, con independencia de su capacidad o imputabilidad, aún el menor o el enfermo mental puede ser sujeto de la defensa, porque aún en estos casos, la persona puede ser atacada o agredida y por ende, se hace necesario la defensa. Ahora bien, si existiere exceso en la defensa o la creencia errónea en tratándose de un menor o de un incapaz, una vez realizado el juicio crítico

---

(6) Soler Sebastián, *op cit.*, pág. 344.

(7) Zaffaronni, Eugenio, *op. cit.*, pág. 419.

(8) Ver obras citadas de dichos autores.

de antijuridicidad, el autor de tal acto se ubicará dentro de las causas de inimputabilidad, (en razón de edad o capacidad mental), con lo que su acto sería antijurídico, pero no culpable. No puede considerarse sujeto activo de una legítima defensa, una persona jurídica representada por su apoderado, pues éstas aún cuando pueden sufrir la lesión, no pueden defenderse y en todo caso ello se referirá no a una defensa propia, sino a la defensa de un tercero.

SUJETO PASIVO: Cualquier persona humana que realice la agresión, puede ser sujeto pasivo, incluyendo como ha quedado dicho, al menor, al ebrio o al enfermo mental.

REQUISITOS:

La legítima defensa, contiene dos requisitos esenciales que se encuentran previstos en el artículo 28 del Código Penal, a saber:

a. AGRESION: Jiménez de Asúa dice: "es el acto con el que el agente tiene a poner en peligro o lesionar un interés jurídicamente tutelado" (9). Asimismo Fontán Balestra dice: "es la amenaza actual o inminente para un bien jurídico" (10). De tales definiciones pueden derivarse algunas consideraciones:

1. Existe agresión aún cuando la misma solamente represente un peligro para los bienes jurídicos y no solamente cuando la agresión es actual.

2. Solamente puede referirse a la violación o presunta violación de un bien jurídico, pero con un carácter actual; no puede considerarse incluida en ella la amenaza verbal, lo que sería aceptar la posibilidad de defensa de un peligro de peligro.

3. La agresión tiene que ser ilegítima, pues a contrario sensu cuando la misma es legítima, por ejemplo, el funcionario judicial que realiza un embargo, la policía que practica un allanamiento o una detención, en estos casos, al no ser la agresión ilegítima no puede estarse en presencia de esta justificante.

4. Si la agresión consiste en un hecho pasado, futuro o incierto no existirá la legítima defensa, pues en ese evento, tal hecho podría considerarse abusivo o de venganza, por carecer el ataque de la inminencia necesaria.

5. La agresión debe ser real, debe existir objetivamente dentro del plano de los fenómenos del mundo, con realidad física y no puramente imaginada, porque lo contrario sería caer en la defensa putativa.

b. DEFENSA: La defensa es justamente la repulsa contra la agresión que se sufre y será el complemento para considerar la legítima defensa, cuando reúne ciertas condiciones a saber:

1. Debe existir un ánimo de defensa en la persona que la utiliza, no se puede estimar que exista en el caso de que A ve a B su enemigo que viene en su busca armado y entonces A decide darle muerte; porque como ha quedado dicho, es necesario que de parte del sujeto activo exista esa intensión de defenderse. Ahora bien, dicho ánimo es indispensable que exista, aunque puede concurrir con otro, pues solamente se invalida la legítima defensa cuando el ánimo es ilegítimo.

2. La defensa debe ser necesaria, porque cuando dicha necesidad no existe, tampoco existe la defensa que se opone a la agresión o no es al menos justificada.

3. La necesidad debe ser considerada en forma relativa y no absoluta, en el tanto que no existen otros medios posibles de salvación. La ley no obliga a la fuga, aunque puede considerarse un medio de salvación en muchos casos e inclusive, nadie puede afirmar que huir puede hacer cesar la agresión, pues en el caso de un ebrio, ello es perfectamente factible, pero no en el caso de un enfermo mental o de un enemigo, que puede sentir más bien furor por la huida.

4. Como afirma Jiménez de Asúa, la necesidad no es imposibilidad de usar otros medios, sino necesidad de usar otros cuando fueran eficaces.

---

(9) Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, pág. 160.

(10) Fontán Balestra, Carlos: *"Derecho Penal"*, 9 edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 288.

Supone oportunidad del empleo de la defensa, imposibilidad de usar otros medios menos drásticos, inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro que nos amenaza, a la entidad del bien jurídico que directamente amparamos y a la figura típica que surge de la reacción.

5. La defensa ha de ser racional al ataque, entendiéndose por tal, que sea racionalmente proporcionada a la amenaza que la agresión entrañe.

6. Que tal racionalidad debe ser valorada en cada caso concreto, en forma individual y objetiva del hombre, en el momento preciso en que es agredido.

7. La defensa debe ser necesariamente la respuesta a una agresión ilegítima, inminente y actual, no a una agresión buscada previamente por el individuo que quiere defenderse, es lo que se llama pretexto de legítima defensa, por lo que se hace necesario que exista realmente el ánimo de defensa de parte del sujeto activo.

LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD: EL ERROR

FUNDAMENTO DE LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD:

La culpabilidad en nuestro derecho penal, se encuentra prevista como otro elemento de la definición del delito y manifestado principalmente en el dolo (intención directa o eventual) o en la culpa en cualesquiera de sus modalidades (imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de leyes y reglamentos) o en su modalidad de preterintención, que se produce por un inicio de acción dolosa y un resultado culposo no querido por el agente (teoría mixta). Ahora bien, existen ciertas circunstancias en las cuales no existe la culpabilidad, así por ejemplo el caso fortuito o fuerza mayor, considerado el límite interior de la culpa. Una vez delimitados someramente los alcances y límites de la culpabilidad, existen ciertas circunstancias que pese a que la acción se ha considerado típica y antijurídica, no puede hacerse el juicio de reproche al individuo, por ende no puede ser declarado culpable. A estas se les ha denominado causas de inculpabilidad, causas de exculpación o causas de exclusión de la culpabilidad y pertenecen a estas el error, la coacción y la osedencia debida. Estas causas son de índole subjetiva, personal e intransitivas. Su fundamento radica en que el acto realizado ha sido anormal o irregularmente motivado, ora porque el agente creía erróneamente de modo invencible que actuaba conforme a derecho, cuando en verdad no era así, ora porque el sujeto se vio obligado a obrar de manera antijurídica (coacción).

ERROR:

El error significa de una manera simplista, una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto, es un estado positivo, es decir un conocimiento falso de la realidad. Es decir, supone como afirma Soler la presencia de nociones falsas, equivocadas o disparatadas. El error se ha diferenciado precisamente de la ignorancia en que en esta última simplemente no se conoce, falta absolutamente el conocimiento, la representación y la falta de noción. Aún cuando como afirma Jiménez de Asúa, no existen razones de índole práctica para tal diferencia.

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO:

El error de hecho versa sobre hechos jurídicos, es decir sobre las condiciones exigidas en cada caso para la aplicación de una regla jurídica mientras que el error de derecho recae sobre una regla de derecho, es decir, sobre el derecho objetivo. El error de hecho, es que impide al sujeto activo lograr la representación real del acontecimiento, se refiere a la representación de las características objetivas esenciales sin atender a su significado jurídico, es decir, estrictamente fácticas, que han de hallarse en correspondencia con el núcleo o las exigencias determinantes al objeto o los sujetos expresado en el tipo penal. Por lo que se ha considerado que es un error que incide sobre la materialidad del hecho ejecutado. "El error sobre el hecho es el error que recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente conocer, advertir la adecuación del hecho que ejecuta al hecho abstractamente formulado en el precepto legal". (Vannini, citado por Jiménez de Asúa) (11). Mientras que el error de derecho se da cuando el sujeto

(11) Jiménez de Asúa, *op cit.*

conociendo las características de hecho del acto que ejecuta, desconoce la obligación de respetar la norma por ignorancia de la antijuridicidad de su conducta, basada en el desconocimiento de la ley penal que prohíbe o que ordena obrar o sin ignorarla absolutamente solo tiene de ella noticia imperfecta que le conduce a una apreciación falsa. Ambos institutos error de hecho o error de derecho, tienen los mismos efectos: eliminar la culpabilidad, ya sea el efecto más frecuente o bien trasladar del dolo a la culpa cuando era un error vencible. Con posterioridad surge la tesis de Bindign que pretende unificar ambos institutos en uno solo: hechos con significación jurídica por ende, aunque el que no produzca modificación alguna en el derecho no debe tomarse en cuenta.

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION:

La nomenclatura tradicional, ha sido sustituida por la doctrina en error de tipo y error de prohibición, asimilándolo a los errores de hecho y de derecho respectivamente. Ahora bien, tal similitud, solamente es inicial, porque existen casos en los cuales el error de prohibición debe ser considerado como un auténtico error de hecho. Ahora bien, Welzel, afirma que el error de tipo es un error sobre las circunstancias objetivas del hecho de tipo penal y tiene la virtud de excluir el dolo de la realización típica, mientras que el error de prohibición consiste no en la falta de representación del hecho, sino también en la falta de representación de la antijuridicidad y excluye la culpabilidad (12). Este error, permite cuando es invencible, elimina la culpabilidad pero si es vencible elimina el dolo para caer en la culpa. Para Maurach, este error puede contener tres formas: "1.—desconocimiento del mandato general de la norma; 2.—como error sobre las excepciones de la norma (cree estar autorizado para obrar) y 3.—falta de fuerza determinante en la norma" (13).

CLASES DE ERROR:

ESENCIAL: Cuando versa sobre alguno de los elementos constitutivos de la figura delictiva, sobre una circunstancia agravante de la calificación o sobre la antijuridicidad del hecho y ACCIDENTAL cuando versa sobre circunstancias que rodean el hecho, pero que no modifican su esencia o calificación (error en persona o en objeto).

INVENCIBLE O VENCIBLE: Es invencible cuando no puede atribuírsele a título de negligencia, mientras que el vencible sí. Es decir, que el primero se hubiera podido evitar obrando el sujeto con la diligencia exigible, dadas las personales circunstancias, mientras que el primero era inevitable aún obrando con la máxima diligencia. Precisamente cuando el error es esencial y vencible desaparece el dolo, aunque subsiste la culpa.

DEFENSA PUTATIVA

CONCEPTO:

Por defensa putativa, se entiende la creencia errónea del autor de que se dan los presupuestos objetivos de la legítima defensa. Se da cuando el sujeto cree estar siendo objeto de una agresión que realmente no existe, habida cuenta que la agresión no es real sino imaginada.

UBICACION:

La defensa putativa se deriva de la legítima defensa. Esta contiene como requisitos la agresión ilegítima actual o inminente susceptible de poner en peligro o lesionar a un bien jurídicamente tutelado. Mientras que en aquélla solo existe la apariencia de la agresión, que en concepto del supues-

(12) Welzel, Hans, *op. cit.*, pág. 13.

(13) Maurach, citado por Graf Zu Dohnna, *op. cit.*, págs. 79 y ss.

to agredido interfiere en un derecho subjetivo propio o de un tercero. Con base en esos hechos, se hace importante fijar su ubicación, es decir, si realmente debe ser considerada una causa de justificación o de inculpabilidad. Así Battaglini considera que en la legítima defensa putativa, cuando se produce la agresión con un arma de fuego, nos encontramos en presencia de una legítima defensa, porque "el Juez debe tener en cuenta el aspecto objetivo de la cosa en el momento del hecho y admitir la legitimidad verdadera y real siempre que objetivamente se haya presentado una situación de peligro, como el que amenza con una arma de fuego descargada. Pues para él, lo que debe subsistir es la existencia del peligro, no su subsistencia real, en cuyo caso no existe defensa putativa, sino legítima defensa.

En ese sentido, es interesante la definición de defensa putativa que nos da Maggiore: "si creo por error y sin culpa de mi parte que corro un peligro actual que es necesario defenderme, tengo derecho a invocar la causa justificativa de legítima defensa, aunque efectivamente la necesidad no existiera. Tal es el caso de la llamada legítima defensa putativa. Si procedo por culpa, seré eventualmente responsable del delito culposo. En ese mismo sentido, citada por Maggiore, la Casación Penal italiana dijo: "la legítima defensa putativa, cuando la hubiere, equivale a la real" Casación, sección 2, 31 enero de 1941, en Giusticia Penal (14). Aún así, la mayor parte de la doctrina, se ha inclinado por lo que a mi parecer constituye la tesis correcta: la defensa putativa constituye una causa de inculpabilidad, es decir una eximente putativa y no justificante putativa como afirma la teoría alemana. Como tal, ha de ser estudiada en nuestro ordenamiento jurídico, pues en el párrafo 2 del artículo 34 del Código Penal, se establece como tal. La defensa putativa, debe ser estudiada como un error de hecho y no como un error de derecho, pues precisamente incide sobre los extremos fácticos, haciendo pensar al sujeto activo que se está ante la presencia de una agresión real. La diferencia de enfoque se encuentra precisamente en que mientras la legítima defensa, debe ser estudiada objetivamente, en forma individual para caso concreto, como todas las causas de justificación, pues su análisis incide sobre la antijuridicidad del hecho, la defensa putativa, constituye una causa de inculpabilidad, que se fundamenta en el plano subjetivo. La doctrina asimila la defensa putativa con el error en la doctrina alemana (Welzel y Maurach) sería un error de prohibición, mientras que con fundamento en el Código Penal de Costa Rica, se asimila al error de hecho; en ese sentido Núñez afirma: La sola creencia del autor de que obra para impedir o repeler una agresión que en realidad no existe, basta para darle el carácter de defensivo. No solo lleva la mano al bolsillo del saco, como para sacar armas, sino desde el bolsillo lo apunta como si tuviera revólver (15). Puig Peña, afirma: "el sujeto cree que se encuentra en una situación de defensa, pero este supuesto desplaza la cuestión pues estaríamos en presencia de un caso de error" (16). Welzel al referirse a ella dice: "si el autor supone erróneamente que se dan los supuestos de la legítima defensa —sea que suponga erróneamente que se dan los presupuestos objetivos de la legítima defensa o la antijuridicidad de la agresión— el hecho será antijurídico (17).

Considero que la defensa putativa debe ser analizada, como ha quedado dicho, como un error de prohibición (error en las causas de justificación) que con base en nuestra terminología como error de hecho, pues incide sobre la creencia errónea que el sujeto se encuentra ante una situación de agresión ilegítima, inminente o actual y que se hace necesaria la defensa racional y proporcionada, la cual no es real sino simulada. Esta concepción, elimina la terminología simplista que pretende equiparar al error de prohibición con el error de derecho y al error de tipo con el error de hecho.

Así analizada, el error para que surta efectos jurídicos debe ser un error esencial, ya sea vencible o invencible; pues depende de si el autor con un obrar cuidadoso hubiere podido evitar la acción (vencible) en cuyo evento desaparece el dolo pero queda subsistente la culpa, como ocurre en el mayor número de casos o si es invencible o sea que no se hubiera podido evitar aún actuando con mayor diligencia, en cuyo caso se elimina la culpa-

---

(14) Maggiore, Giuseppe: "*Derecho Penal* " Volumen I, Editorial Temis, Bogotá, 1971, pág. 412.

(15) Núñez Ricardo, *op cit.* pág. 378.

(16) Puig Peña, Federico: "*Derecho Penal*", parte general, tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 57.

(17) Welzel, Hans, *op. cit.*, pág. 129.

bilidad. En ese sentido Díaz Palos afirma: "la invencibilidad del error en la defensa putativa da paso a la inculpabilidad, la vencibilidad del error sobre cualquiera de los requisitos de la agresión o la defensa genera culpa" (18).

De lo expuesto deben derivarse algunas consecuencias:

a. La defensa putativa, en cuanto el agente considera que se encuentra ante una agresión imaginada, puede hacer surgir para la persona que sufre la defensa ante ese ataque imaginado, una legítima defensa, en el tanto que estaría sufriendo una agresión ilegítima y actual.

b. En virtud de ella, al autor puede hacérsele únicamente el juicio de reproche por delito culposo, cuando subsiste esta modalidad o bien, se elimina la culpabilidad del hecho.

c. La responsabilidad civil queda vigente, aunque la responsabilidad penal no exista.

d. Solamente ampara al sujeto que se encuentra ante una agresión imaginada no ampara a los partícipes del hecho, únicamente en cuanto los cobija la misma situación o error.

En nuestro país, la jurisprudencia no ha aceptado la defensa putativa, pues mientras que la ha considerado como legítima defensa acogiendo la tesis de Battaglini, cuando ha dicho: "se ha admitido que en casos especiales y debidamente analizadas las circunstancias antecedentes y concomitantes en que la actitud del ofendido puede haber dado al procesado la impresión de un ataque peligroso para su seguridad personal, es dable a los jueces conceder la eximiente de legítima defensa del procesado" (19). "el riesgo o peligro tal como se ha presentado a los ojos y a la imaginación del agente del hecho es lo que constituye el estado de legítima defensa, hay que respetar pues hasta el terror del ofendido, su debilidad y cualesquiera otras circunstancias naturales y legítima que lo hayan precipitado a defenderse" (20). Lo ha considerado también como causa de atenuación de la pena: "la legítima defensa puede ser incompleta cuando solamente existe alguna o algunas de las circunstancias que la ley exige caso en el cual no es eximente sino atenuante" (21). Y por último la jurisprudencia ha mantenido en forma constante la tesis de que si no hay agresión actual o inminente no puede existir legítima defensa, pues es indispensable la acción que revista las características de un ataque actual o inminente capaz de crear una situación de peligro, véase entre otras: "no se ha producido la situación de riesgo efectivo para un indiciado, característica de la legítima defensa, si las heridas que este proporcionó se produjeron cuando el lesionado no lo estaba agrediendo en forma alguna y si fuera cierto que lo hirió por sospecha de que se iba a abalanzar contra él, ese temor no puede tenerse por justificado si el agraviado ni hizo siquiera ademán de acometerlo, que diera pábulo a tal creencia" (22). Lo anterior, se denota del estudio de la jurisprudencia, que parte de ese extremo, dada la dificultad probatoria que tiene la misma y que su aceptación, pura y simple puede desequilibrar el ordenamiento jurídico, pues siendo la defensa putativa de índole subjetiva, ello implica que la generalidad de las personas, ante esos hechos, trate de evitar el juicio de reproche, alegando que se consideró injustamente agredido y que debía defenderse, por lo que su aceptación debe hacerse de una manera científica, metódica y exhaustiva, analizando cada caso concreto de manera individual, a fin de determinar la versión subjetiva con las circunstancias objetivas que rodean el hecho, a fin de determinar si nos encontramos ante esta eximente.

---

(18) Díaz Palos, *op. cit.*, pág. 82.

(19) Véase Casación número 81 de 1962. Murillo Alfaro vs. González Arias, I semestre, I tomo Colección, pág. 250.

(20) Véase Casación de las 16 horas del 3 de octubre de 1950, segundo tomo, pág. 1030.

(21) Véase Casación número 18 de 1958, I semestre, I tomo, pág. 357.

(22) Véase entre otras Casación 27 de 1952, I semestre tomo único, pág. 274; Casación 29 de 1968, I semestre, I tomo, pág. 497 y Casación de las diez horas del 14 de julio de 1977 de la Sala Segunda Penal, número 43-F.

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

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DETERMINACION DE LOS PORCENTAJES DE ALCOHOL ETILICO EN SANGRE, EN RELACION CON LOS ACCIDENTES DE TRANSITO

Lic. Claudio A. Hernández Guerrero

La Ley de Tránsito en su artículo 111, inciso a) dispone: "Se impondrá multa fija de trescientos colones, sin perjuicio de otras sanciones: Al que conduzca bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas enervantes".

Como puede notarse, nuestra legislación no establece un límite máximo susceptible de punición, con relación al porcentaje de las alcoholemias que se practiquen a los conductores, que se han involucrado en accidentes de tránsito o que simplemente han sido sorprendidos conduciendo bajo ese estado. El Código Penal en su artículo 128, párrafo final, contiene similar disposición.

Obviamente, se presentan dos problemas de capital importancia: uno primero para el juzgador, que no cuenta con una escala definitoria, a partir de la cual proceda a declarar la responsabilidad por infracción a la norma; y una segunda para el conductor que ha ingerido alcohol, quien bajo esa misma perspectiva no sabe a qué atenerse.

Al no existir el límite aludido, se crea un cierto clima de incertidumbre, puesto que quedará al criterio del juzgador, el aplicar la sanción a partir de un porcentaje que particular o personalmente estime punible. Así, el criterio de un Juez Penal puede ser diferente del de un Tribunal Superior Penal, y éste a su vez diferente del de un Alcalde de Faltas y Contravenciones. Y los tres, en el ejercicio de sus funciones, deberán aplicar sanciones a los que han cometido delitos culposos y contravenciones "bajo los efectos de bebidas alcohólicas".

Al no tener los juzgadores conocimientos —in extenso— sobre la ciencia médica, deben irremediablemente recurrir al estudio de los efectos que el alcohol causa en el organismo humano. Considérese que "el alcohol afecta a todas las células del cuerpo, pero su efecto más notable se aprecia en las células del cerebro y se manifiesta en la conducta". (Noyes, PSIQUIATRIA CLINICA MODERNA, Laurence C. Kolb, pág. 229, 4a. edición en español, primera reimpresión 1973, La Prensa Médica Mexicana, México). Si aún después de realizar este paso, el juzgador tiene dudas, puede recurrir al Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial, para recibir la orientación pertinente. (Véase en particular "Revista Judicial, No. 17, Sección VI: La Ciencia al Servicio de la Justicia, Criterio para un límite legal máximo de alcoholemia en conductores, por el Dr. Carlos Matías González Lizano, pág. 93").

Por otra parte, deviene del conocimiento adquirido a través del estudio de la ciencia médica sobre este particular, y de la praxis judicial que el juzgador obtiene con el transcurso de tiempo, el poder formar un criterio aceptable, que internamente le permita fijarse un límite máximo de alcoholemia, a partir del cual va a decidir la declaratoria de responsabilidad y la consiguiente imposición de la pena.

De ahí que referirse a esa determinación que el juzgador debe hacer, resulta harto difícil, ya que obedece a un proceso de integración del conocimiento adquirido, a cada caso en particular, considerando desde luego, las circunstancias que atañen

al modo, tiempo, lugar, grado de culpa, número de víctimas y magnitudes de los daños causados.

Este problema de la determinación de la responsabilidad a raíz de la ingesta de bebidas alcohólicas, va íntimamente ligado con lo dispuesto en el artículo 84, párrafo segundo de la Ley de Tránsito, que dice: ". . .De igual modo, y salvo prueba en contrario, se presumirá responsable del accidente, al conductor que estuviere infringiendo lo dispuesto en esta ley y sus reglamentos, al momento de producirse aquél". Evidentemente esta norma lo que establece es una presunción "iuris tantum", que no viene a solventar el criterio a aplicar en los casos que medie un resultado de alcoholemia.

Ante este defecto de legislación, quizá por falta de asesoramiento en materia médico legal, lo conveniente resulta ser la propuesta de una reforma de ley, tanto al Código Penal como a la Ley de Tránsito, con el fin de que se establezca un límite máximo, a partir del cual, el juzgador esté obligado a declarar la responsabilidad del conductor que ha ingerido bebidas alcohólicas, evitándose con ello la disparidad de criterios que ostentan los juzgadores y la eventualidad de fallos contradictorios bajo similares circunstancias alcohólicas.

***

Sección III: Reseña legislativa extranjera.

EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES Y LA INFLACION

*Julio Cesar Rivera**

CONTENIDO

Pág.

CONCEPTOS PRELIMINARES
1. El dinero. Diversas concepciones . . . 74
2. Moneda, papel moneda y moneda de papel . . . 76
3. La inflación . . . 76
4. Desvalorización y depreciación . . . 77
5. El nominalismo . . . 77
6. Crítica del nominalismo. Las soluciones valoristas . . . 79
7. Obligación de dinero y obligación de valor. . . . 79
8. Crítica a la distinción entre obligaciones de dinero y obligaciones de valor . . . 80

DERECHO COMPARADO
9. Alemania. 81
10. Otros países europeos . . . 84
11. Los países latinoamericanos . . . 84
12. Chile . . . 85
13. Uruguay . . . 86

PANORAMA DEL DERECHO ARGENTINO
14. Textos legales comprometidos. . . . 86
15. El criterio generalizado en la doctrina nacional . . . 87
16. Los primeros precedentes judiciales. . . . 88
17. Algunos antecedentes legislativos . . . 88
18. Las cláusulas de estabilización. . . . 88
19. La reacción judicial . . . 91
20. La evolución de la doctrina . . . 93
21. Revalorización por vía legislativa . . . 94
    a) Revalorización de los créditos laborales . . . 94
    b) La actualización en los juicios de quiebra . . . 96
    c) Locaciones urbanas . . . 96
    d) Honorarios profesionales. . . . 96
    e) La ley de expropiaciones. . . . 97
    f) Garantías reales . . . 97
22. Nuevos avances: revalorización sin mora del deudor y revalorización con mora del acreedor . . . 97
23. El problema de los índices . . . 99
24. Otras cuestiones. . . . 101

JUICIO CRITICO SOBRE LAS SOLUCIONES VALORISTAS EN EL DERECHO ARGENTINO
25. Introducción. . . . 102
26. Problema del sistema valorista. . . . 102
    a) Carencia de un índice general . . . 102
    b) Realimentación de la inflación . . . 103
    c) La indexación y la protección de los débiles. . . . 104
27. Conclusiones. . . . 104

BIBLIOGRAFIA . . . 105

* *Prof. Titular de Derecho Civil I (Parte General) en la Univ. del Salvador (Buenos Aires).*
Prof. Adjunto de Derecho Civil IV (Dchos. reales) en la Univ. Nacional de Buenos Aires.
Prof. Asociado (a cargo de cátedra) de Sistemas Legales Contemporáneos en la Univ. de Belgrano (Bs. As.).

CONCEPTOS PRELIMINARES

1. El dinero. Diversas concepciones.

Desde su mismo origen y por muchos siglos, el dinero fue confundido con el metal precioso (oro y plata) que en forma de piezas circulaba como medio o instrumento de cambio.

Esta concepción se conoce como "metalista del dinero". Dícese que para los autores metalistas la moneda venía a ser una mercancía como cualquier otra. Su valor residía —como se apuntó ut supra— en la materia de que estaba compuesta. Sus funciones resultaban entonces medida de valor y medio general de cambio, consecuencia de la idoneidad del metal que la integra, de su aspecto cualitativo, más allá del valor atribuido por la autoridad que la puso en circulación.

Sin embargo, durante este período se desarrollan ya algunas ideas nominalistas, especialmente con la aparición de la obra de Doumoulin y la posterior de Pothier (ver infra, No. 5 y nota 30). Es que, además, el metalismo no se desarrolló idénticamente en todos los países europeos.

El metalismo riguroso se convirtió en el siglo XIX en una idea más espiritualizada. No era necesario que la pieza circulante tuviera en sí el contenido de metal, bastaba con que quien la emitía tuviera el metal suficiente que respaldara la emisión de lo que ya fue la moneda de papel. Así este instrumento tiene, debido a ese respaldo, una determinada cantidad abstracta de poder adquisitivo y de pago (2).

Ya en el siglo XX las profundas evoluciones que se manifiestan en las ideas políticas, jurídicas y económicas, así como las transformaciones que se producen en el orden económico internacional, en el orden interno de las naciones, las guerras continuadas entre estados europeos, el surgimiento de economías industriales poderosísimas y otra multitud de factores, hacen que el metalismo sea abandonado, tanto en la teoría como en la práctica.

Así aparece en primer lugar la teoría estadista o carlista o cartalista del dinero, cuyo primer y fundamental expositor es Knapp, y que en realidad, como se verá más adelante, sirve de sustento teórico al nominalismo moderno (3).

La teoría de Jorge Federico Knapp fue expuesta en su obra inicial, aparecida en Leipzig en 1905. Fue profundizada en muchos otros trabajos posteriores, y pese a las críticas que recibió tuvo una enorme difusión y gran importancia en los hechos.

Ella sustancialmente reduce el dinero a un fenómeno puramente jurídico. El dinero ha sido creado por la ley y se encuentra sujeto a su control (4). En cuanto medio de pago y cambio es siempre un producto del ordenamiento jurídico; su forma "cartal" o su pago cartal de modo certificado resulta de la representación que es atribuida a cada pieza por el Estado, de un valor nominal (5).

Así afirma Hirschberg que la tesis estadista del dinero reposa sobre dos ideas o presupuestos principales:

a) la unidad básica de valor —marco, dólar, peso— es fijada arbitrariamente por el Estado;
b) los medios de pago para el cumplimiento de las obligaciones son "cartales" (o "cartalísticos") y su valor está determinado por las leyes que prescriben su uso.

Es decir que la esencia de la moneda no radica en el material con el cual ha sido acuñada, sino en las normas legales que le dieron origen. Son estas normas las que determinan su valor (6).

En una concepción más avanzada, Nussbaum dice que para definir a la moneda es preciso atender a sus funciones. Tradicionalmente se afirmaba que ellas son:

---

(1) Bonet Correa, José, *Las deudas de dinero*, No. 5, ps. 125 y ss.

(2) Bonet Correa, J., *ob. cit.*, ps. 125 y ss.

(3) Hirschberg, Elyahu, *El principio nominalista*, cap. I, No. 6, p. 7.

(4) Hirschberg, E., *ob. cit.*, p. 7.

(5) Bonet Correa, J., *ob. cit.*, No. 6.1., p. 142.

(6) Hirschberg, E., *ob. cit.*, p. 7.

a) ser instrumento o medio común de los cambios;
b) denominador común de valores;
c) servir como instrumento legal de pago.

Sin embargo, todavía no se ha llegado adecuadamente a una definición precisa de ese concepto, ya que la moneda es una cosa fungible.

Nussbaum se pregunta: ¿en qué difiere la moneda de otras cosas fungibles como el trigo, el carbón o un automóvil? La respuesta es que difiere en el hecho de que la materia de que está compuesta carece jurídicamente de importancia. Sólo la relación de la cosa moneda con una determinada unidad ideal (dólar, libra, franco) tiene significación, siempre que sea considerada y tratada como moneda y no como una simple pieza de metal o un pedazo de papel. Para ello son revestidas por el Estado de curso legal y declaradas de aceptación obligatoria por los acreedores para la cancelación de sus créditos.

La moneda por consiguiente es una cosa que independientemente de la materia de que está compuesta es dada y recibida por el uso corriente como una fracción o un múltiplo equivalente de una unidad ideal (7) (marco, dólar, libra, peso), unidad que es fijada por el Estado.

Las ideas de Knapp han recibido críticas desde diversos puntos de vista. El mismo Nussbaum quien como se vio participa de la teoría estadista del dinero— reconoce que pueden encontrarse a lo largo de la historia, aun en la reciente, ejemplos de "monedas privadas" a las que los tribunales siempre reconocieron eficacia cancelatoria de los créditos. Como ejemplo podemos citar la moneda emitida por los estados rebeldes americanos durante la guerra de secesión, o títulos, bonos o documentos de otra especie emitidos por algunas empresas durante la Primera Guerra Mundial (8).

Por lo demás los estudios llevados a cabo por los economistas durante este siglo advirtieron que al lado de la moneda emitida por el Estado aparece la monea escritural, giral o bancaria, pues los bancos o entidades autorizadas a recibir depósitos no se limitan a guardar en sus arcas el dinero depositado por los cuentacorrentistas o ahorristas y a pagar sobre ellos los cheques o giros que se libran, sino que sólo mantienen una porción de esos depósitos (lo que en derecho nacional se denomina encaje bancario) y el resto lo prestan creando nuevos medios de pago (9).

Finalmente se aduce que la tesis de Knapp no tuvo en cuenta la segunda función esencial del dinero que es la de servir como medida de valor, esto es, que los precios de los bienes sólo pueden establecerse en dinero pero, a su vez, los precios se determinan por innumerables factores sociales de donde, según afirma Hirschberg, la función de la moneda como patrón de valor no se origina en la ley sino en usos y costumbres. Aun cuando es el Estado quien generalmente satisface esta necesidad social, no es él quien la crea. La necesidad social de un sistema estable de valores económicos precede a la acción del Estado y es el factor determinante de ella (10).

Además, la indudable interdependencia entre los medios de pago y los precios llevaron a los economistas a la conclusión de que los precios dependían en gran medida de las oscilaciones de los medios de pago. A mayor cantidad de medios de pago sucede inevitablemente un aumento de los precios: es la inflación. Ello lleva a la consideración de un nuevo valor intrínseco del dinero que no es el del metal en que está acuñada la pieza —ya que las monedas metálicas han sido sucesivamente sustituidas por la moneda de papel y el papel moneda (ver infra No. 2)— sino el de su poder adquisitivo (11).

Así pues, como se verá, las concepciones nominalistas, rígidamente sostenidas por estudiosos de gran nivel como Nussbaum, van cediendo paso a las ideas valoristas, por lo menos en ciertos países. Especialmente, como es obvio, en aquéllos en los que la inflación carcome ese valor intrínseco descubierto hoy en la moneda, que es su poder adquisitivo.

---

(7) Nussbaum, Arthur, *Derecho monetario nacional e internacional*, cap. I, No. III, p. 18.

(8) Nussbaum, A., *ob. cit.*, cap. I, sec. I, No. II, ps. 8 y ss.

(9) Trigo Represas, Félix A., *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, No. 21, p. 28.

(10) Hirschberg, E., *ob. cit.*, ps. 13/14.

(11) Trigo Represas, *ob. cit.*, No. 22, ps. 29 y ss.

2. Moneda, papel moneda y moneda de papel.

Como se ha dicho, en los primeros tiempos la moneda era siempre una pieza de metal precioso, cuyo valor estaba determinado por el peso y la ley del metal. Esto imponía la obligación de pesar en cada caso la pieza de que se trataba; la libra, el marco, el as y el talento —que hoy constituyen denominaciones monetarias— eran originariamente medidas de peso (12).

Un autor argentino atribuye a algún rey de Libia la idea de imprimir algunos signos en los pequeños lingotes o trozos de metal para garantizar oficialmente su peso y su ley. Luego se les dio forma de discos regulares y se los acuñó con figuras en relieve en ambas caras para impedir que se los limara sin dejar rastros visibles. Así apareció la moneda metálica (13).

Entre los siglos XV y XVI los banqueros italianos y holandeses emitieron billetes por los depósitos que recibían, los que circularon por el valor de la moneda metálica que representaban. Este es el origen de la moneda de papel.

Ella era entonces un documento que representaba exactamente la cantidad de oro en él descripta, cantidad que se encontraba depositada en el banco emisor. Constituía un título de crédito que tenía incorporada la promesa de pagar a quien lo presentara la cantidad de metal expresada. En un segundo período, más avanzado, los bancos emisores no tenían como respaldo la totalidad del metal representado en los billetes que lanzaban a la circulación, pero siempre debían mantener una relación mínima entre moneda de papel circulante y metálico de respaldo (14).

Cuando finalmente el Estado decreta la inconvertibilidad, esto es, que el emisor —el Estado mismo, pues quien hoy tiene el monopolio de la emisión de moneda, salvo la escritural o bancaria— no está obligado a entregar a quien presente un billete su cantidad en metálico, se pasa al papel moneda, el que circula pese a su carencia de efectivo valor mediante el curso forzoso y el poder cancelatorio que el Estado le atribuye (15).

Se ha dicho que los estados pueden crear moneda de la nada, y esto ha sido reconocido por los tribunales ingleses en un sonado caso en el que tal situación fue implícitamente admitida al Banco de Portugal (ver infra, No. 3 y nota 20).

3. La inflación.

La inflación es un fenómeno puramente económico que, en términos amplios, es descripta por Nussbaum como una abundancia general de dinero en circulación que tiene como efecto un continuo y gran aumento de los precios (16).

Se señala que la inflación es un fenómeno universalmente conocido, cuyos más remotos antecedentes se encuentra seguramente en el siglo II A.C., cuando un emperador chino, para remediar la escasez de circulante, autorizó a los gobiernos y príncipes locales a que acuñaran monedas de cobre, lo que provocó una gran inflación. Recién pudo superarse cuando el gobierno imperial asumió el monopolio de la emisión de la moneda (17).

Desde ese entonces es un fenómeno común, que se producía aun con la circulación de la moneda metálica, pues ésta era "depreciada" mediante el simple expediente de disminuir su peso o la ley del metal (18).

Mas sin duda es la aparición de la moneda de papel lo que permite que la inflación llegue a revestir características inusuales, ya que el Estado encuentra en la emisión de billetes el medio más cómodo para reemplazar los impuestos tradicionales y obtener fondos para sus gastos, sin que los ciudadanos adviertan claramente que todos están contribuyendo pesadamente a esos gastos (19).

---

(12) Nussbaum; A., *ob. cit.*, cap. I, sec. I, No. IV, p. 19.

(13) Salas, Acdeel, *Deudas dinerarias, nominalismo y mora*, "Revista del derecho comercial y de las obligaciones", 1977, vol. 10, p. 692.

(14) Trigo Represas, *ob. cit.*, No. 19, p. 26.

(15) Cazeaux, Pedro N., Tejerina, Wenceslao, *Reajuste de las obligaciones dinerarias*, p. 11.

(16) Trigo Represas, F.A., *ob. cit.*, No. 20, p. 27.

(17) Moisset de Espanés, Luis, Pizarro, Ramón D., Vallespinos, Carlos G., *Inflación y actualización monetaria*, cap. I, No. 3 a), p. 11.

(18) Salas, A., *ob. cit.*, No. 1, p. 689.

(19) Moisset de Espanés-Pizarro-Vallespinos, *ob. cit.*, cap. I, No. 4, p. 33.

Inclusive con este sistema se admite que el Estado puede crear moneda "de la nada" (20).

Doctrinariamente se distingue también entre inflación crónica e inflación precipitada, también denominada maligna. La primera es la inflación que se sufre en forma permanente a lo largo de un período temporal y que es lo que caracteriza en realidad a la economía argentina y a otras economías latinoamericanas.

La inflación precipitada se ha dado en algunos supuestos peculiares, como fue en los EE.UU. el del dólar confederado (21), y en la Argentina el fenómeno particular, más reciente, que se dio en llamar "rodrigazo por derivación del nombre del entonces Ministro de Economía, Celestino Rodrigo, quien con una serie de medidas produjo un gran pico de inflación que generó efectos jurídicos que serán analizados en la segunda parte de este trabajo.

4. Desvalorización y depreciación.

Es común que en los escritos forenses y aun en las sentencias la desvalorización y la depreciación de la moneda sean utilizados como términos equivalentes. Sin embargo, son dos conceptos distintos.

La depreciación es un fenómeno económico que consiste en la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en el mercado de cambios o en el de los bienes, o en ambos a la vez. La desvalorización, por el contrario, constituye un acto legislativo que establece la fijación de la relación entre el oro y la unidad monetaria en un nivel inferior al que existía hasta ese momento (22).

No obstante, desde el punto de vista jurídico es en cierto modo explicable el trato indiscriminado de uno y otro concepto, pues ambos conducen a situaciones análogas.

5. El nominalismo.

Aun cuando los primeros avances del nominalismo aparecen en la obra de Doumoulin (1546) y se repiten en Pothier (ver infra, nota 30), el nominalismo moderno es una teoría esencialmente vinculada a la concepción estatista de la moneda (23) que se puede sintetizar diciendo que una unidad monetaria es siempre igual a sí misma; un peso es siempre igual a un peso (24).

Es un principio que ha tenido vigencia universal y que se refleja en el derecho anglosajón y en algunos países de Europa continental y de América Latina, con formulaciones legislativas expresas.

Entre los precedentes conocidos, en el derecho anglosajón se menciona ineludiblemente el denominado *case* o *mixed money,* fallado en el año 1604. El tribunal dijo: "No obstante que al tiempo del contrato y constitución de la obligación la moneda pura de oro y plata era corriente en este reino, la *mixed money* instituida en él con anterioridad al vencimiento de la obligación puede ser perfectamente ofrecida en pago y el acreedor está obligado a aceptarla". Desde entonces, se dice, la inmutabilidad del monto nominal ha sido ley en Gran Bretaña (25).

En EE.UU. la doctrina fue sustentada por la Corte Suprema en los denominados *Legal Tender cases.* El *Justice Holmes* estableció el principio dominante en una sentencia dictada en 1926, que decía: "Es evidente en efecto, que un dólar o un marco pueden tener distintos valores en diferentes momentos, pero para la ley que los ha creado son siempre los mismos" (26). La referencia a la ley de creación de los signos monetarios revela una clara influencia de la concepción estatista del dinero.

Sin embargo los autores no dejan de destacar algunas infracciones a este principio, por lo menos en su aplicación absoluta. La Corte Suprema de

---

(20) Es la doctrina que resulta de "Banco de Portugal c. Waterlow & Sons Ltde.", fallado en 1932; Hirschberg, E, *ob. cit.*, No. 7, p. 17.

(21) Nussbaum, A., *ob. cit.*, cap. II, sec. 13, No. I, p. 279.

(22) Nussbaum, A., *ob. cit.*, cap. II, sec. 12, No. I, ps. 250/251; Salas, A., *ob. cit.*, p. 689, nota 1.

(23) Nussbaum, *ob. cit.*, cap. 1, sec. 1, No. V, ps. 23 y ss.

(24) Moisset de Espanés-Pizarro-Vallespinos, *ob. cit.*, cap. II, No. 2, p. 40.

(25) Nussbaum, A., *ob. cit.*, cap. II, sec. 12, p. 252.

(26) Citado por Nussbaum, A., *ob. cit.*, ps. 252 y 255; también por Hirschberg, E., *ob. cit.*, cap. I, No. 5, p. 35, nota 12.

EE.UU., en la causa "Willard vs. Taylor" rechazó la pretensión de comprar un inmueble del locatario del mismo que tenía una opción de compra por diez años y que quiso hacerla valer en 1864, cuando el dólar se había depreciado en más de un 40 por ciento en relación con la fecha del convenio. El tribunal argumentó: "Sería inequitativo compeler a una transferencia de dominio contra un pago de billetes cuyo valor en el mercado en el momento del pago es sólo un poco más de la mitad del precio estipulado" (27).

Además, al terminar la guerra de secesión, en EE.UU. se presentó un problema muy singular en virtud de la notable depreciación de la moneda emitida por los estados rebeldes. En esa circunstancia se procedió a la revaluación de las obligaciones, lo que la mayoría de los estados sureños hizo por vía legislativa adoptando como pauta de revaluación el valor tenido en cuenta por las partes el día de la celebración del contrato. Amén de ello, la Corte Suprema se pronunció en algunos casos (28) siguiendo el criterio de revaluación con base en la idea de que las partes al contratar no pudieron haber tenido la intención de asumir el riesgo de semejante depreciación monetaria (29).

En el derecho continental europeo el principio nominalista aparece expresamente consagrado en el art. 1895 del Code Napoleón (30). Por lógica extensión pasa a varios de los Códigos Civiles americanos. Pueden mencionarse entre los que contienen el principio nominalista en forma expresa el art. 2710 del Cód. Civil español; el art. 1277 del Cód. Civil italiano de 1942; el art. 404 del Cód. Civil boliviano de 1976; el art. 2199 del Cód. Civil chileno; el art. 2224 del Cód. Civil de Colombia; el art. 1957 del Cód. Civil de la República de El Salvador y el art. 2199 del Cód. Civil uruguayo (31).

---

(27) Cazeaux-Tejerina, *ob. cit.*, p. 69; Hirschberg, E., *ob. cit.*, cap. I, No. 32, p. 73.

(28) "Thorington vs. Smith", 1868; "Effinger vs. Kenney", 1885.

(29) Hirschberg, E., *ob. cit.*, cap. III, No. 22, ps. 132 y ss.

(30) La regla nominalista aparece expresada en el art. 1895, referida al contrato de mutuo de dinero. Dice el texto comprometido: "La obligación que resulta de un préstamo de plata será siempre la suma numérica expresada en el contrato. Si ha sufrido un aumento o disminución de especies antes de la época del pago, el deudor debe volver la suma numéricamente prestada y no debe volver esta suma sino en las especies que tengan curso en el momento del pago".
Es lógico que el Código Napoleón haya adotado esta postura nominalista. Es que la aparición de los fundamentos teóricos del nominalismo se produce en la obra de Domoulin *(Tractatus contractuum et usurarum*, 1546), autor que con base en un texto de Paulo descarta el valor intrínseco de la moneda. Sobre la importancia de esta obra en los cimientos teóricos del nominalismo ver Hirschberg, Elyahu-Phil, Ph. D. M., *El derecho monetario y el desafío de la inflación en nuestra era*, "Revista de Derecho Privado", Madrid, oct. 1982, p. 929. Pothier proclama nuevamente el nominalismo al decir: ". . .nuestra jurisprudencia se funda sobre el principio de que en la moneda no se considera sino el valor que el príncipe le asigna". Ver López Santamaría, Jorge, *Le droit des obligations et des contrats et l'inflation monetaire*, París, 1980, No. 11, p. 20.
Sin embargo, tal principio no se aplica a la responsabilidad por daños; Trib. Casación de Bruselas, 7/7/38, citado por Nussbaum, A., *ob. cit.*, p. 263, nota 210. Y el art. 1895 no contiene una norma de orden público; Trib. Supremo Francia, 27/7/57, citado por Bonet Correa, J., *ob. cit.*, No. 6.2, p. 157.

(31) El art. 1170 del Cód. Civil español dice: "El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España. . .". Sin perjuicio de distintos criterios que se han desarrollado alrededor de la interpretación de este precepto, que han llevado a sostener la existencia de diferencias conceptuales y de régimen entre la "deuda monetaria", la "deuda de especie monetaria" y la "deuda pecuniaria" (Diez Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 1, No. 86, p. 451), es claro que por lo menos a estas últimas se aplica el principio nominalista que surge del art. 1170 (Espín Cánovas, Diego, *Manual de derecho civil español*, vol. III, p. 68/69; Puig Brutau, José, *Fundamentos de derecho civil*, t. I, vol. II, cap. VII, No. 2, p. 377; Hernández Gil, Antonio, *Derecho de obligaciones*, t. I, p. 190 y ss.). Sobre el tema, en derecho español es imprescindible Bonet Correa, J., *ob. cit.*, cap. V, ps. 333 y ss.; y del mismo autor *Las cuestiones interpretativas del art. 1170 del Código Civil sobre el pago de las deudas de dinero*, "Anuario de Derecho Civil", oct./dic. 1971, p. 1085.
El art. 1277 del Código Civil italiano de 1942 se expresa así: "las deudas pecuniarias se extinguen con la moneda que tenga curso legal en el Estado en el momento del pago y por su valor nominal". La Casación italiana ha hecho aplicación rigurosa de este principio sobre la base de que debe atenderse al objeto primigenio de la obligación (sentencias de 3/3/54 y 20/3/69 citadas por Pescatore, G., Ruperto, C., *Codice Civile annotato, comentario al art. 1277*, p. 1199).
El Código Civil de Bolivia de 1976 sienta el mismo principio en el art. 404, conforme al cual: "Las deudas pecuniarias se pagan en moneda nacional y por el valor nominal de ella".
El Código Civil chileno sentaba el principio nominalista en el art. 2199; se halla reproducido en el art. 2224 del Cód. Civil de Colombia. Sobre el derecho chileno nos extendemos infra, No. 12.
El Cód. Civil del Uruguay en el art. 2199 y el Cód. Civil de El Salvador en el art. 1957 reproducen la regla con expresiones semejantes a las transcriptas.
En Alemania el principio nominalista fue primero adoptado por las autoridades de ocupación, y más tarde recogido por la ley monetaria de la República Federal dictada en 1948. Para algunos juristas este principio constituye una norma de derecho constitucional monetario, o sea un principio fundamental de derecho público con carácter

6. Críticas del nominalismo. Las soluciones valoristas.

El nominalismo fue sostenido rígidamente por los tribunales anglosajones y en general por la jurisprudencia de casi todos los países (32), sobre la base fáctica de que las modificaciones del valor del dinero no resultaban significativas.

Se ha afirmado también que uno de los fundamentos del principio nominalista se halla en el interés del Estado, ya que le permite cumplir sus obligaciones con una moneda depreciada en relación con aquélla que había recibido anteriormente. Por lo demás, la deuda nacional disminuye como consecuencia de la inflación; en EE.UU., por ejemplo, durante el período 1939–1952 el total de la deuda se redujo en US$ 500.000.000, por lo que el poder adquisitivo de los particulares acreedores se trasladó al gobierno federal deudor (33).

Las crisis económicas desatadas por las dos grandes guerras mundiales produjeron lisa y llanamente la desaparición o destrucción del sistema económico de varios de los países afectados. Ello dio lugar, en primer término al replanteo de los principios teóricos del nominalismo y, luego, al desenvolvimiento de nuevas corrientes de pensamiento que descubren en el dinero, como nueva función, ser un cúmulo de valor y, por sobre todas las cosas, que el dinero representa un determinado poder adquisitivo. De allí que, junto al valor nominal del dinero, aparece su valor comercial o valor de tráfico, producto de ese valor adquisitivo que el acontecer diario, la coyuntura normal o adversa y las manipulaciones concretas le van asignando (ver supra No. 1) (34).

Esas notables crisis sufridas por las monedas europeas como consecuencia de la guerra provocaron además numerosas objeciones al principio nominalista. En primer lugar, el mantenimiento estricto del principio llevaba a soluciones evidentemente injustas en las *litis* individuales, pues la desproporción era tan considerable que se creía destruido el equilibrio de las obligaciones de las partes.

La doctrina alemana desarrollada durante el periodo de la inflación de 1923 es muy expresiva en este sentido (35). Además, se sostuvo que la pretensión de cumplir con moneda absolutamente depreciada importaba la violación del principio de buena fe (36).

Finalmente, la doctrina alemana afirmó que el traspaso de riquezas que suponía a favor de una de las partes la posibilidad de cumplir con moneda absolutamente depreciada importaba un supuesto de enriquecimiento sin causa. Esto era incompatible con los principios vigentes respecto de la asunción de riesgo, de la justicia y de la equidad (37).

Es un autor llamado Ekcstein quien propone el tratamiento valorista de todas las obligaciones, inclusive las de dinero. En la función de medida de valor que tiene el dinero —olvidada en la tesis de Knapp según la crítica de Hirschberg (ver supra, No. 1)— es en la que Eckstein pone todo el acento para considerar cómo las obligaciones pecuniarias son obligaciones equivalentes. Ante las alteraciones monetarias y la fluctuación general del nivel de precios, deduce la relatividad de cada valor y comprueba un valor interior y un valor exterior del dinero (38).

7. Obligación de dinero y obligación de valor.

Se señala, a nuestro criterio con sumo acierto, que la principal finalidad del valorismo es extender

---

imperativo. Dentro del derecho privado aparece implícitamente adoptado en el art. 607 para el contrato de mutuo; Bonet Correa, J., *ob. cit.*, No. 6.2, ps. 151/153.

(32) Bonet Correa, *ob. cit.*, No. 7.2, p. 172.

(33) Hirschberg, E., *ob. cit.*, cap. I, Nos. 7 y 9, ps. 38 y ss.; del mismo autor ver *Política pública y nominalismo monetario*, "Revista de Derecho Privado", Madrid, oct. 1981, p. 897 y *Los cimientos teóricos del principio nominalista*, "Revista de Derecho Privado", Madrid, may. 1982, p. 447.

(34) Bonet Correa, J., *ob. cit.*, No. 7.1, p. 167; Hirschberg, E., *ob. cit.*, cap. I, No. 14, p. 46; Trigo Represas, F.A., *ob. cit.*, No. 22, p. 29.

(35) Ver Hirschberg, E., *El principio. . .*, cap. I, No. 18, p. 51, nota 44.

(36) Es el fundamento de la sentencia de la Corte Suprema de Alemania del 28 de noviembre de 1923 (ver infra No. 9).

(37) Hirschberg, E., *El principio. . .*, cap. I, No. 20, ps. 52/53.

(38) Bonet Correa, J., *ob. cit.*, No. 7.2, p. 173; Eckstein, Hubrecht y Wohle son los principales representantes del primer movimiento valorista. Suele decirse también que Savigny en su doctrina o teoría del valor corriente que expone en el primer volumen de su obra sobre obligaciones da cimiento teórico al valorismo. La importancia de la tesis de Savigny es minimizada por Nussbaum, *ob. cit.*, cap. II, sec. 14, No. V, p. 313, pero Bonet Correa, *ob. cit.*, p. 173, pone de relieve que a partir de esa idea desarrollada originalmente por Savigny la doctrina alemana mantiene que en las obligaciones pecuniarias el objeto de la deuda es un valor o la suma de un valor. Así se puede comprobar en Ennecerus, Ludwig, *Derecho de obligaciones*, vol. I, No. 7, ps. 36 y ss.

a las obligaciones de dinero el tratamiento que se da a las deudas de valor (39). Por ello, antes de seguir adelante y como esta distinción es trascendental en gran parte de la doctrina europea y en la argentina, y por lo tanto fundamental para interpretar el sentido que ha tomado la jurisprudencia, es preciso deslindar los conceptos a los que hacemos referencia.

Concretamente la obligación es de dar dinero nacional cuando su objeto es un monto determinado de circulante. Se adeuda pues un *quantum* y el dinero actúa tanto *in obligatione* como *in solutione:* se debe tanto dinero y se paga tanto dinero o, a la inversa, se paga la suma de dinero que se debe.

En la obligación de valor, en cambio, se debe un *quid,* no un *quantum.* El objeto de ella es un valor abstracto o una utilidad referida necesariamente, en términos comparativos, a una porción o masa de bienes. Así pues, en la obligación de valor, al deberse un *quid* el dinero entra *in solutione,* pero no *in obligatione.* Se paga dinero, no porque se deba dinero, sino como un mero mecanismo para liquidar la deuda de valor (40).

La distinción entre obligaciones de dinero y obligaciones de valor constituye indudablemente un modo de atenuar el principio nominalista (41), pues las obligaciones de valor deben cumplirse entregando la cantidad de moneda que en el día del cumplimiento efectivo sea necesaria para satisfacer el valor debido. Para ello deberá tenerse en cuenta la fluctuación sufrida por la moneda del pago (42).

La tesis fue desarrollada inicialmente por Nassbaum, quien destaca entre las obligaciones de valor justamente a las que emergen de daños. Dice al respecto: "Quien culposamente destruye la propiedad de un tecero, debe pagar una suma suficiente que permita a éste adquirir una cosa equivalente a la destruida. Si en el ínterin se ha depreciado la moneda, la cosa costará más que en el momento en que se ocasionó el perjuicio. Lo mismo puede decirse, *mutatis mutandi,* con respecto a otros tipos de daño (incumplimiento de contrato, lesiones a la persona, etc.). Mientras los daños no sean "liquidados" —es decir, mientras no haya deuda líquida— no existirá un monto nominal inmutable. Sólo las obligaciones pecuniarias que impliquen el pago de una suma deprimida de dinero constituyen el objeto específico de la regla de la inmutabilidad. Consecuentemente la depreciación monetaria debiera ser incluida en el resarcimiento de daños y perjuicios" (43).

Esta tesis encontró eco luego en las doctrinas italiana, española y, como se ha señalado, en la doctrina argentina (44).

8. Crítica a la distinción entre las obligaciones de dinero y de valor.

Frente a la tesis que considera que la distinción entre ambas categorías es ontológica por gravitar en el objeto, se alza hoy la idea de que esa diferenciación constituye sólo un recurso de técnica jurídica, al que recurrieron doctrina y jurisprudencia para tratar de eludir o paliar las injusticias emergentes de la estricta aplicación del principio nominalista en épocas de notoria depreciación monetaria (45).

Variados argumentos se dan para afirmar que

---

(39) Bonet Correa, J., *ob. cit.*, No. 7.2, No. 7.2, p. 175.

(40) Bonet Correa, J., *La cláusula de estabilización en las obligaciones pecuniarias,* "Revista de Derecho Notarial", Madrid, año XI, abr./jun. 1963, No. 40, p. 95; del mismo autor *Problemática actual de las obligaciones pecuniarias,* "Revista de Derecho Notarial", Madrid, año X, abr./jun. 1962, No. 36, p. 199; Alterini, Atilio A., *Improcedencia del reajuste de las obligaciones dinerarias, JA,* 1975—29—673; Llambías, Jorge J., *¿Hacia la indexación de las deudas de dinero?, ED,* 63—871; Bustamante Alsina, Jorge H., *Indexación de deudas de dinero, LL,* 1975—D—584; del mismo autor, *Deudas de dinero y deudas de valor. Alcance de la distinción y posibilidad de suprimirla, LL,* 149—952; Salas, A., *ob. cit.*, No. 5; Cazeaux, Pedro N., *Panorama general del reajuste por depreciación monetaria en la doctrina y en la jurisprudencia* en "Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. Luis Moisset de Espanés", p. 387.

(41) Trigo Represas, F.A., *ob. cit.*, No. 39, p. 64.

(42) Recomendación V del despacho mayoritario de las I Jornadas Nacionales de Derecho, San Nicolás, 1964.

(43) Mussbaum, A., *ob. cit.*, cap. II, sec. 12, No. II, ps. 261/262.

(44) Una extensa nómina de autores de estos tres países aparece en Trigo Represas, F.A., *ob. cit.*, p. 66, notas 170, 171 y 172.

(45) Trigo Represas, F.A., *ob. cit.*, No. 73, p. 153; Ray, José Domingo, *Obligaciones de valor y de dinero, LL,* 1975—B—1136; Boffi Boggero, Luis María, *Tratado de las obligaciones,* t. III, No. 986, ps. 365 y ss.; Moisset de Espanés-Pizarro-Vallespinos, *ob. cit.*, cap. III, No. 2, ps. 69 y ss.; Mosset Iturraspe, Jorge, *Justicia contractual,* cap. VI, No. 3, ps. 247 y ss.; Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Deudas pecuniarias y de valor: hacia una jurispruden-*

tal distingo no es más que un sutil recurso técnico. En primer lugar se dice que si tal diferencia naciera del elemento objetivo, no se justificarían las discusiones que motivaron muchos supuestos que algunos autores y fallos catalogan como típicas deudas dinerarias y otros caracterizan como de valor (46).

En segundo lugar, se hace difícil admitir que el valor de cambio del dinero interese solamente a las obligaciones de valor. Ascarelli respondía que, desde el punto de vista económico, ello parece exacto pero que jurídicamente se contesta porque el principio del valor nominal está asentado; el orden jurídico no considera la suma debida desde el punto de vista del poder de compra, sino que tiene en cuenta solamente la obtención de una cierta cantidad de medios de cambio determinados por su solo valor nominal. En contra de este razonamiento, afirma el profesor chileno López Santamaría que el argumento es indudablemente débil si se toma en consideración el hecho de que actualmente, al menos en ciertos países, el dogma nominalista no ocupa más que un lugar residual y el realismo monetario es el principio general.

Así, conjeturalmente al menos, la deuda de valor podría ser considerada simplemente como la noción que ha facilitado el lento pasar del nominalismo al realismo monetario (47). Es que como ha señalado el célebre profesor argentino Trigo Represas, todas las obligaciones pecuniarias son de valor en cuanto no es posible pensar en el dinero sin tener en consideración el valor que él representa. Estrictamente, el objeto de la obligación dineraria —continúa diciendo Trigo Represas— consiste no en las piezas monetarias que deben ser entregadas, sino en la cantidad de valor de tales especies debidas, ya que su finalidad es la de transferir valores o hacer ingresar en el patrimonio del acreedor un valor que representa un poder adquisitivo de otras cosas. Los signos monetarios son simples instrumentos de pago o vehículos del valor prometido (48).

Como se verá más adelante, esta corriente doctrinaria ha sido paulatinamente aceptada por la jurisprudencia, la que se ha insertado decididamente en el valorismo o realismo monetario y propicia la actualización de todas las obligaciones, en particular ante la existencia de mora por incumplimiento del deudor, o el mero retardo, a veces incluso sin que exista mora del deudor y aun mediando mora del acreedor. Esto se funda en la básica idea de que la actualización de una obligación dineraria no hace más gravosa la deuda en su origen, sino que se limita a mantener la equivalencia de la presentación y la convierte simplemente en nuevos signos monetarios (49).

DERECHO COMPARADO

9. Alemania.

Es conocida por todos la singular experiencia de la primera postguerra que se vivió en Alemania. Según datos proporcionados por Nussbaum, en junio de 1918 la paridad con el dólar era de 4,21 marcos. En diciembre de 1922 la paridad había llegado a 7.579 marcos por dólar; en enero de 1923 a 17.972; en junio de ese mismo año, a 109.996; en julio, 353.412; hasta llegar a 1.200.000 marcos el 9 de octubre; 12.000.000.000 el 19 de octubre; 1.000.000.000.000 el 14 de noviembre y

---

cia de valoraciones, JA, 1976—IV—277; Molinario, Alberto D., *Del interés lucrativo y contractual y cuestiones conexas, ED*, 43—1155.

(46) Kemelmajer de Carlucci, A., *ob. cit.*, Trigo Represas, F.A., *ob. cit.*, No. 73, p. 154. En el derecho francés nace la discusión de si las obligaciones sometidas a cláusula de estabilización son de dinero o de valor; el profesor Malaurie *(L'inflation et le droit civil des obligations)* dice al respecto que se trata de una institución inconclusa y que probablemente las imperfecciones de la noción son debidas a su origen empírico, y que esta institución conoce de graves incertidumbres (transcripto por López Santamaría, J., *ob. cit.*, No. 16, p. 38).

(47) López Santamaría, J., *ob. cit.*, No. 16, ps. 36/37.

(48) Trigo Represas, F.A., *ob. cit.*, No. 73, ps. 155/156; Puig Brutau, J., *ob. cit.*, t. I, vol. II, p. 333; Mosset Iturraspe, J., *ob. cit.*, cap. VI, No. 4, p. 251.

(49) CSJN, 21/5/76, *ED*, 67—410. En sentido análogo, Neumayer, Karl, *Exposición y crítica de la modificación judicial en Alemania de las obligaciones dinerarias afectadas por la crisis*, "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1951, p. 485.

4.000.000.200.000 el 23 de noviembre de 1923 (50).

Es obvio señalar que esta catástrofe de la economía alemana tuvo importantísimas repercusiones en el plano jurídico, pues resultaba indudablemente chocante a los más elementales sentidos de justicia y equidad que algún deudor pretendiese satisfacer sus obligaciones con una moneda cuya relación con aquella moneda con la cual había contratado era virtualmente inexpresable (51).

Planteada la situación en los tribunales, la Corte Suprema del Reich tuvo oportunidad de pronunciarse en la sentencia del 28 de noviembre de 1923. En ella se sostuvo que sería contrario a la buena fe (242 del Cód. Civil alemán) estimar procedente la amortización de deudas pecuniarias originarias en marcos oro mediante el pago en marcos papel de igual importe nominal. Se trataba de un mutuo garantizado por hipoteca, contratado con anterioridad a la Primera Guerra Mundial. El tribunal ponderó la existencia de las leyes de la moneda, pero tuvo en consideración que quien las dictó no había pensado en una desvalorización sustancial del dinero, y menos aun, que esta podía ser tan grande como ocurrió después del desgraciado final de la guerra y de la revolución. Se abstuvo además de establecer una medida fija de revalorización y mantuvo el punto de vista de que la revalorización debía ser en todos los casos según las consideraciones particulares del caso concreto acorde con las reglas de la buena fe (52).

De acuerdo con ello, el tribunal tuvo en cuenta diversas circunstancias, en particular la posición económica de las partes. Según esto, el deudor pobre debía pagar menos que un rico, así como un acreedor de escasos recursos debía recibir más que uno adinerado. Ello determinó que los procesos fueran largos, ya que las partes no podían prever cuál sería la pauta que iba a ser utilizada; por lo demás, no había un índice de tipo general que pudiera adoptarse (53).

Una de las características más singulares de la revaluación de las obligaciones en el derecho alemán, lo constituyó la decisión de los tribunales de que no regía el principio nominalista ni aun en aquellos casos en que ya hubiera sido pagada la obligación. En esos supuestos resolvían que el pago realizado debía ser considerado como parte de pago y que el deudor debía ser compelido a pagar el monto resultante de la revaluación de la obligación, previa deducción de la parte ya pagada (54). Así, en nombre de la buena fe la retroactividad llegó hasta 1920 (55).

La experiencia referida a la revalorización judicial en Alemania ha sido objeto de juicios diversos. Por ejemplo para Nussbaum, más allá de toda consideración de índole técnico-jurídica, la objeción fundamental es que tal valorización debe recurrir necesariamente a vagas nociones de equidad, las que nunca pueden proveer una buena base para resolver los numerosos y graves problemas jurídicos en juego, la cantidad de pleitos que se generaron, la circunstancia de que las sentencias hubieran sido dictadas en el mismo momento en que el país estaba en un tembladeral económico (lo que en Alemania no se notó demasiado ya que la experiencia de un nuevo signo monetario fue feliz); en síntesis, un grave desorden que la valorización no hacía sino acrecentar (56).

Para Hirschberg, por el contrario, la iniciativa tomada por los tribunales alemanes de comenzar la revaluación debe ser aplaudida. Ella fue la que instó al Poder Legislativo a sancionar las leyes de revalorización a las que oponían cierto grupo de intereses. La revaluación —agrega Hirschberg— fue una medida de carácter revolucionario que alteró el sistema legal de relaciones entre particulares, pero esa desviación no es culpa del tribunal sino de la inflación, que fue la que realmente interfirió en los derechos de las partes. Señala por otro lado que en épocas de inflación la vigencia del principio nominalista determina una transferencia de propiedad del poder adquisitivo de una parte a la otra, sin que medie ninguna disposición específica del legislador. Además, la revaluación alemana no pretendió convertirse en un principio general vigente

---

(50) Nussbaum, A., *ob. cit.*, cap. II, sec. 13, No. IV, ps. 286 y ss.

(51) Enneccerus, L., *ob. cit.*, No. 7 a), ps. 39/40.

(52) Enneccerus, L., *ob. cit.*, ps. 39/40.

(53) Hirschberg, E., *El principio. . .*, cap. III, No. 11, p. 121; Nussbaum, A., *ob. cit.*, cap. II, sec. 14, p. 299.

(54) Sentencia del 13/3/52; Hirschberg, E., *El principio. . .*, cap. III, No. 13, ps. 122/123.

(55) Nussbaum, A., *ob. cit.*, cap. II, sec. 14, p. 297; sentencias del 16/1/26, 25/5/27, 22/11/27, etc.

(56) Nussbaum, A., *ob. cit.*, cap. II, sec. 14, p. 309.

permanentemente, sino sólo proveer una solución de emergencia que regulara con justicia los intereses de deudores y acreedores y tuviera en consideración el empobrecimiento general y la disminución del nivel de vida (57).

Instado el Poder Legislativo por las decisiones judiciales, se procedió a la revalorización legislativa. Se sancionó primero el decreto-ley del 14 de febrero de 1924, y luego dos leyes el 16 de julio de 1925 que entraron en vigor el 15 de julio de ese año. Esas leyes trazaron límites reducidos de revalorización para los casos más importantes, v.gr. para todas las pretensiones que representasen una inversión del patrimonio estableció, en lugar de la revalorización individual, una revalorización del 15 por ciento de su valor en marcos oro. Además emparejaba la revalorización con ciertos deberes de pagar impuestos que se imponían por una parte al deudor enriquecido por la revalorización retaceada, pero que indirectamente recaían sobre el acreedor o sobre aquél que había perdido su capital en mayor parte. Las leyes del 16 de julio de 1925 elevaron el tipo de revalorización al 25 por ciento.

Por otro lado es digno de señalar que el pago del importe de la revalorización no pudo exigirse antes del 1 de enero de 1932. Sin embargo, el propietario y el deudor estaban facultados para pagar antes de esa fecha, previo aviso; y existía cierta tolerancia a favor del propietario y del deudor, como también del acreedor en cuanto lo exigiera apremiantemente su situación (58).

Finalmente, debe señalarse que el 15 de noviembre de 1923 se lanzaron al mercado los billetes para circulación que representaban el nuevo signo monetario adoptado por el Estado alemán a la cotización de un billón por cada uno de los nuevos. Afortunadamente para la economía alemana, la paridad 4,2 fue defendida con éxito y se adoptó por último, el 30 de agosto de 1924, el *reich mark* convertido en la base del nuevo sistema monetario alemán. A partir de allí los tribunales defendieron nuevamente el principio nominalista (59).

El derecho alemán de la época, naturalmente también, tuvo que ocuparse de las incidencias que la debacle económica produjo sobre los contratos celebrados con anterioridad.

Debe señalarse que el BGB no contiene disposiciones generales sobre los supuestos de frustración de la finalidad o eximición de la causa, pero ya en 1921 aparece la famosa obra de Oertmann *De la base subjetiva del contrato* que en cierta medida viene a mejorar la teoría de la presuposición de Winscheid, expuesta en la obra de este autor que se publicó en 1850.

La teoría de la base subjetiva del contrato fue utilizada por la jurisprudencia alemana de la primera preguerra para legitimar la resolución o la denuncia de ciertos contratos de tracto sucesivo, con distintos fundamentos. En particular, el tribunal tuvo en cuenta por ejemplo la imposibilidad económica de alguna de las partes para el cumplimiento del contrato, es decir, que la ejecución del mismo llevaría a quien debe cumplir a la ruina(60). Se encuentra además en la jurisprudencia alemana la imposibilidad temporal de cumplimiento producida por la guerra, que podía llevar en caso de exigirse su cumplimiento una vez finalizada la contienda a que la situación fuese completamente distinta de la estipulada en el contrato. De modo que la imposibilidad temporal ocasionada por la guerra fue considerada como permanente debido a la imposibilidad económica de la satisfacción de la prestación (61).

En general se sostiene que el tribunal del Reich había aceptado así la aplicación de la teoría de Oertmann, especialmente antes de la derrota de 1945 en la Segunda Guerra Mundial (62). Luego de ella, durante la que el cataclismo alemán llegó a su punto máximo, se remozó un sistema muy peculiar: el amparo judicial para la revisión de contratos. Este había aparecido en leyes sin importancia a partir de 1936 y reflotó como consecuencia de la guerra. La nueva situación produjo naturalmente una considerable disminución de la potencia económica en virtud de la suspensión de pagos de los

---

(57) Hirschberg, E., *El principio. . .*, cap. III, No. 10 y ss.; ps. 118 y ss.

(58) Enneccerus, L., *ob. cit.*, No. 7 b), ps. 43 y ss.

(59) Nussbaum, A., *ob. cit.*, cap. II, sec. 13, p. 289.

(60) Ver Larenz, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, cap. III, No. I, ps. 99 y ss.

(61) Larenz, K., *ob. cit.*, ps. 99 y ss.

(62) Espert Sanz, Vicente, *La frustración del fin del contrato*, cap. III, No. 1, p. 71, Larenz, K., *ob. cit.*, cap. I, No. I, ps. 7/8.

entes públicos, la pérdida o imposibilidad de recuperación de patrimonios, la imposibilidad de exigir al deudor el pago íntegro de las deudas afectadas por la reforma monetaria, etc.

Mediante esa protección extraordinaria, el juez debía intentar un arreglo amistoso y, si fuera posible, debía intervenir él mismo reglamentando de nuevo y según su libre apreciación las relaciones contractuales en armonía con las circunstancias. Con preferencia se adoptaron medidas tales como la protección extraordinaria al deudor contra la ejecución, la reglamentación del vencimiento, la revisión de la deuda, la rescisión del contrato (63). Obviamente ese fue un remedio de excepción.

Finalmente, ya en la segunda postguerra aparece la famosa obra de Larenz *Bases del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos* en la que este afamado autor alemán, en un aporte doctrinario de verdadera trascendencia, distingue adecuadamente entre la base subjetiva del contrato —representación mental o esperanza de ambos contratantes por la que ambos se han dejado guiar al convenirlo— de la base objetiva del contrato, por la que ha de entenderse el conjunto de circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, pueda continuar como regulación dotada de sentido.

Esta base objetiva desaparece —según Larenz— cuando la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación presupuesta en el contrato se ha destruido en tal medida, que no pueda hablarse razonablemente de una contraprestación (supuesto en el que se incluye naturalmente el desajuste de las prestaciones como consecuencia de una inflación desmesurada), y también desaparece cuando la común finalidad objetiva del contrato, expresada en su contenido, hubiera resultado definitivamente inalcanzable (frustración de la finalidad) (64).

10. Otros países europeos.

La Primera Guerra Mundial evidentemente afectó a otros países europeos; Polonia, por ejemplo, llegó a tener una depreciación de un millón ochocientos mil veces. Por esta razón se dictó una ley de revalorización y se procedió a la sustitución del signo monetario.

Ya desde 1922 la Suprema Corte de Polonia había acordado compensaciones en casos de deudas de valor u obligaciones de cumplimiento diferido; concedió también valorizaciones en algunos otros casos y hasta llegó a rechazar una demanda de un deudor hipotecario que pretendía cancelar la deuda con el pago del monto nominal, aunque el tribunal no fijó el monto a pagar porque consideró que no tenía facultades para ello y lo difirió a una ley futura (65).

Los tribunales húngaros, por su lado, también aceptaron la distinción entre deudas dinerarias y deudas de valor, y si bien no hicieron una revalorización general, acogieron demandas por daños y perjuicios derivados de la mora del deudor (66). En cambio en Austria, donde la devaluación llegó a ser de catorce mil cuatrocientas veces, nunca se admitió la revaluación (67).

11. Los países latinoamericanos.

La mayor parte de los países latinoamericanos soporta desde hace años un notable incremento de los índices inflacionarios. Algunos, como la Argentina, Chile y Uruguay han sufrido picos hiperinflacionarios evidentemente terribles, y más allá de estos picos se advierte la existencia de una inflación endémica que se caracteriza por mantenerse en niveles constantes cada vez más altos (68).

El primero de los países latinoamericanos que recogió una legislación valorista fue la República Federativa del Brasil. Comenzó con la Ley 4357 de

---

(63) Neumayer, K., *ob. cit.*

(64) Larenz, K., *ob. cit.*, ps. 224/225.

(65) Nussbaum, A., *ob. cit.*, p. 308, nota 358.

(66) Nussbaum, A., *ob. cit.*, p. 308, nota 358.

(67) Hirschberg, E., *El principio. . .*, cap. III, No. 4, p. 112.

(68) Ver las tablas que incluye López Santamaría, *ob. cit.*, Nos. 7 y ss., ps. 21 y ss.

1965, referida a la corrección monetaria de los activos fijos de las personas jurídicas, a la vez que permitió al fisco actualizar sus créditos impagos a la fecha de la sanción. La Ley 4728 autorizó la revaluación de los créditos instrumentados en papeles de comercio, la 4491 actualizó los alquileres y finalmente la 4686 determinó el reconocimiento de la desvalorización monetaria en materia de expropiaciones (69).

12. Chile.

El Código Civil chileno, a semejanza del Código Napoleón, adhirió al principio nominalista al reglamentar el contrato de mutuo, pues según el art. 2199 si se ha prestado dinero sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato. El plexo normativo se complementaba con el art. 2206, de acuerdo con el cual el interés previsto en el contrato no podía exceder de la mitad del interés en vigor en el momento de la conclusión del contrato, esto es, del interés corriente en plaza. Por último, el art. 1559 del Cód. Civil ordenaba que la indemnización por retardo en las obligaciones de dinero se limitase a los intereses.

La economía chilena se vio fuertemente sacudida a partir del año 1972 como consecuencia de un proceso hiperinflacionario acompañado de desabastecimiento y desempleo (70).

El primer precedente valorista lo constituye una sentencia de la Corte de Valparaíso dictada en 1970 que admitió la revaluación en materia de indemnización por retardo en el pago de una obligación contractual de dinero. Sin embargo, la sentencia no se convirtió en jurisprudencia sino hasta 1975, cuando la Corte Suprema de Santiago acogió la tesis de la revalorización en sentencia del 8 de enero de ese año. Esa sentencia se fundó, en primer lugar, en el derecho a la reparación integral del daño, lo que establece la regla de oro en materia de responsabilidad tanto contractual como extracontractual; y en que ni el sentido literal ni el sentido intrínseco del art. 1559 del Cód. Civil rehusa al acreedor de manera directa o indirecta el derecho a la reparación completa de los perjuicios causados por el retardo del deudor. Ello surge de la interpretación de la Corte del segundo párrafo del artículo citado, conforme al cual el acreedor no está obligado a aportar la prueba de los perjuicios cuando él no percibe más que los intereses, de donde al contrario, en el caso de que él no pretenda solamente los intereses, debe probar esos perjuicios. De allí que el art. 1559 no impide al acreedor de una obligación pecuniaria reclamar, además de los intereses que reparen la mora, la indemnización por los perjuicios resultantes de la desvalorización monetaria durante el período de retardo del deudor (71).

Sin embargo, ya en 1974, se había dictado el decreto-ley 455 que dispone la revalorización de las obligaciones dinerarias de crédito que se encuentran definidas en el art. 1 de ese cuerpo legal como ". . .todo acto o contrato en virtud del cual una persona entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero a otra, quien se obliga a restituir el valor recibido, numérico o reajustado, con o sin intereses, sea bajo la forma de préstamo o mutuo, depósito, apertura de crédito, avances o préstamos contra suscripción de instrumento, o en cualquier otra forma, incluyéndose especialmente el descuento. Para estos efectos se entiende por dinero la moneda nacional o extranjera".

La ley citada distingue entre créditos a corto, mediano y largo plazo. Los de corto plazo son hasta el término de un año, los de mediano y largo, de más de un año. En las obligaciones a corto plazo el acreedor sólo puede exigir la suma nominalmente adeudada más los intereses pactados o legales, que no pueden exceder en más de un 50 por ciento los intereses corrientes vigentes en el momento de la convención, con lo que se mantiene la regla general del art. 2206 que habíamos visto. El interés legal máximo es el 6 por ciento. En las operaciones de mediano y largo plazo se entiende convenida la cláusula de reajuste salvo pacto en contrario, y la actualización se efectúa según el índice de precios al consumidor.

En cuanto a los intereses la ley chilena distingue entre: interés legal —cuya tasa anual es del 6 por ciento—; interés bancario máximo para las operaciones no reajustables —que puede ser fijado por el Banco Central—; interés bancario máximo para operaciones reajustables —en el que, según

---

(69) Ver Gurfinkel de Wendy, Lilian, *Revaluación de deudas dinerarias*, pág. 151; Moisset de Espanés-Pizarro-Vallespinos, *ob. cit.*, cap. II, No. 5 b), ps. 56 y ss.

(70) Moisset de Espanés-Pizarro-Vallespinos, cap. II, No. 5 c), p. 58; López Santamaría, J., *ob. cit.*, No. 7, ps. 21 y ss.

(71) López Santamaría, J., *ob. cit.*, No. 68, ps. 149/150.

información de López y Santa María, era del 13,18 por ciento en 1976—; interés corriente —que en los hechos corresponde en Chile a la tasa de interés bancario máximo fijada con cierta periodicidad por la Superintendencia de Bancos y que, como se dijo, era en 1976 del 13,18 por ciento para las operaciones reajustables y del 133,90 por ciento para las operaciones no reajustables—; interés para operaciones a 30 días —que según la reforma del decreto-ley 1553 equivale, a falta de estipulación de las partes, a la tasa normal de interés para los depósitos a 30 días en vigor la última semana del mes anterior—. Por último, el interés convencional máximo como habíamos dicho representa el límite que la ley permite estipular y que sólo puede exceder en un 50 por ciento la tasa del interés corriente conforme al principio del art. 2206 del Cód. Civil, hoy en día nuevamente en vigor en virtud de la abrogación que el decreto-ley 455 hizo de la Ley 4694 y de la referencia expresa hecha por el art. 29 del decreto-ley 455 al citado art. 2206 (72).

13. Uruguay.

Como otros países sudamericanos, el Uruguay soportó un agudo inflacionario que, desde el punto de vista jurídico, culminó con la sustitución del principio nominalista —sentado por el art. 2199 del Cód. Civil— por el sistema de la Ley 14.500 que suprimió la distinción entre obligaciones de dinero y de valor y adoptó el principio del valorismo o realismo monetario para cualquier tipo de obligación en la que intervenga la moneda, sea *in obligatione* o *in solutione*. Es suficiente con que la obligación consista en la entrega de una suma de dinero —sea que ella constituya su objeto desde el momento del nacimiento, sea que su objeto inicial hubiera sido no monetario— para que sea aplicable el reajuste.

Según los arts. 1 y 2 de la Ley 14.500, para liquidar el monto de las obligaciones que se traducen en una suma de dinero y cuando la ejecución sea el objeto de una acción judicial, se tomará en cuenta la variación de la moneda durante el tiempo comprendido entre las fechas de origen y extinción de la obligación, salvo que se trate de obligaciones convencionales a término o a condición, caso en el que la fecha inicial del reajuste será el de la exigencia.

El valor de la moneda varía en función del índice general de precios al consumidor, elaborado cada mes por el Ministerio de Economía y Finanzas (73).

PANORAMA DEL DERECHO ARGENTINO

14. Textos legales comprometidos.

Nuestro Código Civil contiene diversas disposiciones que tienen implicancia en el tema. Presenta la particularidad de que el capítulo IV de la sección I del libro II se dedica exclusivamente a las obligaciones de dar sumas de dinero.

El primer dispositivo de ese capítulo es el art. 616. Según él, resultan aplicables a las obligaciones de dar sumas de dinero las disposiciones sobre las obligaciones de dar cosas ciertas no fungibles determinadas sólo por su especie, y sobre las obligaciones de dar cantidad de cosas no individualizadas.

Es decir que se remite, en principio y entre otras, a la regla del art. 607, conforme a la cual en estas obligaciones el deudor debe dar en lugar y tiempo propio una cantidad correspondiente al objeto de la obligación de la misma especie y calidad.

Particular importancia para la interpretación del derecho nacional reviste el art. 619, que dice: "Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple la obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corre en el lugar al día del vencimiento de la obligación".

---

(72) López Santamaría, J., *ob. cit.*, No. 34, ps. 82 y ss.

(73) López Santamaría, J., *ob. cit.*, No. 20, p. 47; Cazeaux-Tejerina, *ob. cit.*, cap. VI, No. 7, p. 74.

No puede interpretarse acabadamente el derecho argentino si no se toman en cuenta las notas del Codificador, sin perjuicio del alcance limitado que debe dárseles toda vez que no constituyen ley propiamente dicha. No obstante deben ponerse de resalto, ya que muestran el itinerario racional que ha seguido Vélez Sársfield en la redacción de los preceptos.

La nota al art. 619 pone de relieve que el Codificador adopta el principio nominalista, pues hace saber en el primer párrafo que se abstiene de proyectar leyes para resolver la tan debatida cuestión sobre la obligación del deudor cuando ha habido alteración en la moneda, porque esa alteración que debe ser ordenada por el cuerpo legislativo es cosa casi imposible. Por lo demás, agrega Vélez, hoy la moneda no se estima por la cantidad que su sello oficial designe sino por la sustancia, por el metal, oro o plata que contenga. Luego recuerda las disposiciones de algunos otros Códigos, en particular el art. 1895 del Code Napoleón, que transcribe, aunque finaliza diciendo: "Si hubiese de darse ley, suponiendo la alteración de las monedas, nosotros aceptaríamos el artículo del Cód. de Austria", con lo que hace referencia a los dispositivos 989 y 990 de ese cuerpo legal. Según estos, si se ha alterado el valor intrínseco de la moneda, quien la recibió debe reembolsarla sobre el pie del valor que tenía al tiempo de contratar.

Por último, el art. 622 se refiere a la responsabilidad del deudor moroso y señala que él debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación desde el vencimiento de ella. Si no los hubiere convenido, debe los intereses legales; si no se hubiere fijado el interés legal, los jueces determinarán los intereses que debe abonar. En la nota al art. 622 dice Vélez Sársfield: "Me he abstenido de proyectar el interés legal, porque el interés del dinero varía tan de continuo en la República, y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos. *Por lo demás, el interés del dinero en las obligaciones de que se trata corresponde a los perjuicios e intereses que debía pagar el deudor moroso".* Este párrafo de la nota ha tenido singular importancia en la interpretación del sistema del Código Civil.

15. El criterio generalizado de la doctrina nacional.

La tendencia casi uniforme en la doctrina nacional se ha manifestado en un doble sentido.

Por un lado, existía coincidencia en que el art. 619 del Cód. Civil incorpora el principio nominalista (74), como no podía ser de otro modo en el momento histórico en que Vélez Sársfield redactó el proyecto del Código Civil (75). Ese principio nominalista encontraba además sólido respaldo legal en la remisión que surge del art. 616 al art. 607, ambos ya transcriptos, pues tratándose del dinero como objeto de la obligación el deudor cumple bien entregándolo en igual cantidad de la moneda debida, aunque haya variado su poder adquisitivo. Solución además ratificada por el art. 619 (76).

En un segundo aspecto, un sector muy importante de la doctrina nacional coincidiría en aceptar la distinción entre las obligaciones dinerarias y las de valor. Afirmaba que tal distinción radica en el distinto objeto de la obligación, por lo que reviste carácter ontológico y no puede ser abandonada para extender a las obligaciones dinerarias el régimen de las obligaciones de valor (77).

En un tercer plano y con relación a la situación específica del deudor moroso, decíase que el art. 622 —única disposición que prevé el tratamiento que ha de darse al incumplimiento de dar sumas de dinero— constituye una regulación peculiar definida por dos rasgos particulares: a) la prescindencia de toda prueba referente al daño que pueda derivarse del incumplimiento para el acreedor; b) esa prescindencia, atribuyendo sin más el pago de los intereses moratorios, significa una dosificación legal del daño de la que en principio no cabe apartarse, salvo que lo justifique el comportamiento doloso del deudor (78).

Esto aparece ratificado por la nota al art. 622, de la que se deriva que hay sustitución de la indemnización ordinaria por los intereses y no acumulación de ambos rubros (79).

---

(74) Risolía, Marco Aurelio, *La depreciación monetaria y el régimen de las obligaciones contractuales*, p. 58; Casiello, Juan José, *Desvalorización monetaria*, ps. 27 y ss.

(75) Bustamante Alsina, Jorge H., *Indexación de deudas de dinero*, *LL*, 1975—D—584.

(76) Llambías, Jorge J., *ob. cit.*

(77) Ver supra, No. 7 y autores citados en nota 40.

(78) Llambías, Jorge J., *ob. cit.*, Borda, Guillermo A., *Las deudas de dinero y la desvalorización monetaria*, *LL*, 1975—C—793.

(79) Llambías, Jorge J., *ob. cit.*

16. Los primeros precedentes judiciales.

La jurisprudencia nacional recogió desde antaño la distinción entre obligaciones dinerarias y de valor. Tradicionalmente se recuerda como primer precedente un fallo de la Cám. Civ. y Com. de La Plata, en el que el juez Safontás hizo aplicación del distingo en erudito voto (80).

A partir de allí, la jurisprudencia avanzó notablemente y receptó numerosísimos supuestos de deuda de valor. Atilio A. Alterini enuncia los siguientes: indemnizaciones de daños generados por hechos ilícitos; indemnizaciones de daños generados por incumplimiento contractual; crédito del asegurador de la víctima que ha resarcido, que reclama el pago al responsable (art. 80 de la Ley 17.417); la acción de enriquecimiento sin causa; el reintegro del valor de las mejoras en las obligaciones de dar; los créditos provenientes de las relaciones laborales, lo que luego fue reconocido expresamente por la Ley 20.695; la restitución del valor de la cosa donada que ya no existe cuando la donación es revocada; el reintegro de los aportes sociales cuando la sociedad es liquidada parcialmente (art. 1788 bis del Cód. Civil); las deudas por honorarios no sometidos a una escala arancelaria rígida; las deudas por medianería; los créditos por alimentos; los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal cuando es disuelta; la contabilización que implica la colación de los anticipos de herencia (art. 3477); la valuación de las donaciones a los fines de determinar la legítima (art. 3602); la indemnización expropiatoria (81).

Es permanente el aporte de la jurisprudencia en este sentido, lo que se demuestra por la circunstancia de que muy recientemente se ha considerado que pertenece a esta categoría la obligación de pagar al socio que recesa el reembolso de su participación accionaria (82).

Ahora bien, el mantenimiento de la distinción entre las obligaciones dinerarias y de valor llevaba a la conclusión de que la actualización de los créditos de valor sólo podía ser hecha hasta el tiempo de la sentencia, pues allí la deuda se transformaba en puramente dineraria y quedaba por lo tanto cristalizada. Era sólo admisible el devengamiento de intereses por el incumplimiento de la condena en el tiempo establecido por la sentencia (83).

17. Algunos antecedentes legislativos.

Varios dispositivos legales había previsto —aun antes del proceso hiperinflacionario de junio de 1975— algunos sistemas de actualización. Ello se daba particularmente en el plano de los empréstitos públicos. Excepcionalmente y para el derecho privado la Ley 17.253 preveía la actualización del saldo de precio en la compra del predio rural, y el art. 8 de la Ley de Locaciones Urbanas estableció un régimen de reajuste de precios con base en la escala progresiva porcentual sobre el valor locativo del inmueble; además el art. 9 disponía el reajuste con base en los ingresos del locatario, y el art. 10, tomando en cuenta los gastos del locador.

La Ley 20.695 fue la primera que dispuso el reajuste de los créditos de origen laboral. Fue sustituida por la Ley de Contrato de Trabajo, sancionada con el No. 20.744, que a su vez fue luego modificada por la Ley No. 21.297. Como el régimen de actualización de los créditos laborales es muy peculiar y ha sido objeto de importantes resoluciones del máximo tribunal de la Nación, su comentario será hecho aparte (ver infra No. 21, a) (84).

18. Las cláusulas de estabilización.

En la doctrina extranjera suele discutirse la validez de ciertas cláusulas que son denominadas cláusulas de estabilización o cláusulas de seguro o garantía, con las que las partes buscan asegurar el poder adquisitivo que la cantidad original objeto del contrato representaba al tiempo del nacimiento de la obligación. Esta controversia ha tenido lugar especialmente en Francia y en España (85).

El en derecho argentino, dos antiguos fallos de la Corte Suprema se pronunciaron contra la validez

---

(80) C. Ia. Civ. y Com. La Plata, Sala I, 15/4/52, *LL*, 66—659.

(81) Alterini, Atilio A., *ob. cit.*

(82) CN Com., Sala D, 27/10/82, "Ruberto, Guillermo M. c. Bieckert S.A.".

(83) Entre muchos precedentes en el sentido del texto pueden citarse CN Civ., Sala A, 20/10/76, *ED*, 72—631, CN Com., Sala B, 15/10/76, Sala B, 14/10/76, *ED*, 70—269.

(84) Ver la síntesis de Zannoni, Eduardo A., *Revaluación de obligaciones dinerarias*, No. 11, ps. 27 y ss.

(85) Ver Geny, François, *La validité juridique de la clase "payable en or" dans les contrats entre particuliers en temps de cours forcé*, "Revue trimestrielle de droit civil, 1925—557; Roca Sastre, Ramón María y Puig Brutau, José, *Las*

de esas cláusulas (86). Pero tal criterio no ha sido ejemplificador, de tal modo que virtualmente la totalidad de la doctrina nacional participa de la tesis de que las cláusulas de estabilización, seguridad o garantía son perfectamente válidas (87).

Se arguye que una cláusula de estabilización monetaria, aun cuando se refiera a una moneda extranjera, no ofende al orden público, pues del sistema de curso forzoso no deriva la prohibición del contrato o pago en moneda extranjera. El valorismo convencional en cuanto no exista norma prohibitiva se subsume en el campo de la convención inherente a la voluntad contractual o autonomía de la voluntad (88); y la inserción de tales cláusulas no importa alterar el valor nominal de la moneda nacional, lo que es resorte exclusivo del poder público, sino que las partes se atienen al valor de cambio entregando en pago una cantidad mayor de signo monetario para lograr la equivalencia con el patrón elegido (89).

Tal criterio fue el que sostuvo la jurisprudencia actual. La Sala A de la CNCiv., justamente, dijo hace ya algunos años, que las cláusulas de estabilización de la prestación que suelen imponer reajustes conforme a los estándares más variados, tienen en común que persiguen el mantenimiento de la ecuación económica inicial que existía entre las partes, procurando que el acreedor reciba y el deudor entregue un valor real y no nominal, que sea equivalente al originario. Mediante su empleo se corrige el principio nominalista en las deudas de dinero, las que respecto de las partes quedan asimiladas a las deudas de valor (90).

Así pues, en principio, en nuestro derecho son válidas las obligaciones en las que se hubiese estipulado dar moneda que no es de curso legal en la República, aunque en tal supuesto la obligación debe ser considerada como de dar cantidades de cosas (art. 617, Cód. Civil). La jurisprudencia ha interpretado siempre que cuando se trata de obligaciones constituidas en moneda extranjera, se puede cumplir en la moneda pactada o en la moneda nacional al cambio de la fecha de vencimiento, y/o a la fecha del pago a elección del acreedor, si el pago se verificase en fecha distinta de la prevista (91).

Del mismo modo debe considerarse válida la cláusula oro, o la cláusula pagadera en moneda de oro, con la aclaración de que si la moneda de oro dejara de tener curso legal o debiera pagarse en metálico y por una prohibición legal fuese imposible conseguir el oro, detrás de esas cláusulas está siempre implícita la cláusula valor oro, en la que el metálico funciona como moneda de cuenta para hacer el cálculo de la moneda circulante que debe entregarse (92).

Ha de señalarse que, sin embargo, algunas leyes han limitado en el derecho nacional la validez

---

cláusulas de estabilización en "Estudios de derecho privado", vol. I; Espín Cánovas, D., *ob. cit.*, p. 69; Bonet Correa, José, *Las cláusulas de estabilización en las obligaciones pecuniarias*, "Revista de Derecho Notarial", Madrid, 1963, No. 40, p. 91.

(86) CSJN, 5/3/53, *LL*, 70—399; CSJN, 13/6/53, *LL*, 71—759.

(87) Bustamante Alsina, Jorge H., *ob. cit.*, *LL*, 1975—D—584; Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II—A, No. 49; autores citados en nota 162; Spota, Alberto G., *Validez y alcance de las cláusulas estabilizadoras de la moneda*, *LL*, 147—272; Mosset Iturraspe, Jorge, *ob. cit.*, cap. XIV, No. 3 a), p. 342; Trigo Represas, F.A., *ob. cit.* No. 124, p. 330; Gurfinkel de Wendy, Lilian, *El peso argentino oro y su valor de cambio a la luz de la justicia del caso concreto*, "Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones", 1977—10—79.

(88) Spota, Alberto G., *ob. cit.*, *LL*, 147—272.

(89) Gurfinkel de Wendy, L., *ob. cit.*, en nota 74; Trigo Represas, *ob. cit.*, en nota 87.

(90) CN Civ. Sala A, 14/3/72, ED, 42—262; LL, 147—272. Cabe advertir que en nuestro sistema jurídico también se discute si por el juego de la cláusula de estabilización la deuda dineraria se convierte en deuda de valor. La tesis afirmativa que recoge el fallo citado, es sostenida con numerosos y sólidos argumentos por Trigo Represas (*ob. cit.*, No. 123 ps. 325 y ss.); se pronuncian en contra Casiello, J.J., *ob. cit.*, p. 57; y Mosset Iturraspe, Jorge, *Cláusula de estabilización y riesgo imprevisible*, JA, 1976—II—9. En la jurisprudencia se afirma hoy unánimente la validez de estas cláusulas, v.gr. CN Civ., Sala D, 25—9—72—, ED, 45—485; SC Mendoza, Sala I, 7/3/66, ED, 45—504; CN Civ., Sala A, 5/6/63, ED, 4—939. En esta última sentencia se afirma: ". . .si bien puede temerse que una generalización de las cláusulas de garantía sea un factor más de envilecimiento de la moneda, tal posibilidad daría lugar eventualmente a que el legislador las prohibiera o limitara, como ocurrió en Estados Unidos de Norteamérica, con la Joint Resolution (5/6/33), que abrogó la cláusula tanto en las obligaciones del Estado como en las de los particulares, y que la Corte Suprema de ese país declaró constitucional; pero entre nosotros no hay ley alguna que altere los efectos de la cláusula examinada por lo que cuadra esta a ella".

(91) CN Com., en pleno, 21/10/67, ED, 21—758.

(92) Trigo Represas, F.A., *ob. cit.*, No. 127, p. 337; Moisset de Espanés-Pizarro-Vallespinos, *ob. cit.*, cap. XIV, No. 3 a), p. 342; Schoo, Alberto D., *La cláusula oro*, p. 67; Nussbaum, A., *ob. cit.*, cap. II, sec. 17, No. II, p. 352 y jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de la Cámara de los Lores del Reino Unido y Tribunales de Dinamarca, Finlandia, Holanda, Suecia, Checoslovaquia, Corte Permanente de Justicia Internacional y otros tribunales, citada por Nussbaum, A., *ob. cit.*, ps. 352 y 353, notas 490 a 498.

Sección IV.

RESEÑA BIBLIOGRAFICA

Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado.
La propiedad.
Editorial Juricentro, San José, 1983.

La Editorial Juricentro, que se ha destacado ampliamente por su labor de promoción de la Ciencia Jurídica en Costa Rica, ha publicado los documentos del Coloquio Internacional sobre la Propiedad, que se celebró en nuestro país recientemente, bajo la acertada coordinación del Dr. Ricardo Zeledón.

La obra ha sido estructurada sobre la base de las tesis de Josserand y Pugliatti según las cuales no puede hablarse ya de un concepto unitario del derecho de propiedad. El segundo autor citado, en su obra "La propiedad y las propiedades", desarrolla con gran amplitud el tema, mostrando que la diversidad conceptual y positiva de las diversas formas de propiedad obliga a una redefinición que tome en cuenta estas particularidades. En este sentido la obra editada por Juricentro hace honor al maestro y representa el primer esfuerzo serio, por lo menos en América Latina, de aplicar esta metodología al Derecho positivo.

La lectura de la obra revela las enormes diferencias que existen, por ejemplo entre la propiedad minera, la propiedad intelectual, la propiedad urbana, la propiedad agraria, la propiedad de aguas, la propiedad forestal, o la propiedad de marcas, y muestra con ello la importancia del análisis particularizado de estas diversas formas.

En el volumen colaboran juristas nacionales y extranjeros: Mario Aguilar Molina, Olman Arguedas Salazar, Antonio Agúndez Fernández, Rodrigo Barahona Israel, Elvira Batalla, Luis Baudrit Carrillo, Virgilio Calvo Murillo, Gastón Certad Maroto, José Luis de los Mozos, Olga Nidia Fallas Madrigal, Guillermo García Murillo, Carlos Gómez Rodas, Alfonso Gutiérrez Cerdas, Roberto Iglesias Mora, Agustín Luna Serrano, Carlos Andrés Manavella Caballero, Hugo Alfonso Muñoz Quesada, Eduardo Ortiz Ortiz, Hugo Picado Odio, Rodolfo Piza Rocafort, Sonia Picado Sotela, Enrique Rojas Franco, Jorge Romero Pérez, Ligia Roxana Sánchez Boza, Juan José Sanz Jarque, Rogelio Sotela Montagné, Pasquale Stanzione, Gerardo Trejos, Francisco Luis Vargas Soto, Ana Lorena Umaña, Ricardo Zeledón Zeledón y Wolfgang Winkler.

La obra tiene tres partes: la Primera Parte titulada Teoría General de la Propiedad incluye los siguientes temas: Teoría General de la Propiedad, Un nuevo concepto de propiedad, Filosofía del Derecho y Propiedad, La propiedad en el Derecho Constitucional costarricense, La propiedad según el Derecho Romano, La propiedad en los bienes muebles y el tráfico jurídico, La propiedad como hecho, como norma y como valor, La propiedad y los derechos reales nuevos y La función social de la propiedad.

La Segunda Parte está dedicada a Las Propiedades; en ella se incluye: La propiedad agraria, La propiedad como instituto del Derecho Agrario, La propiedad urbanística, La propiedad Horizon-

tal, La propiedad en las aguas, La propiedad minera, La propiedad Forestal, Las marcas como bienes, y Derecho Urbanístico.

La Tercera Parte se titula La propiedad y sus problemas actuales. Los trabajos aquí incluidos son: La propiedad y sus problemas actuales, Expropiación, limitación de interés social y sacrificio indemnizable de la propiedad privada, Un nuevo concepto de propiedad en el Derecho Societario, Propiedad y reivindicación de bienes inmuebles, Aspectos civiles y administrativos de la expropiación forzosa, La propiedad conyugal, el fenómeno del desapoderamiento en los procesos concursales, La influencia de la Sociedad Anónima en la evolución del derecho de propiedad, El derecho de propiedad en los sistemas socialistas, Separación del derecho de edificar del derecho de propiedad, CODESA, modalidad de empresa pública en Costa Rica y Perfiles Históricos y dogmáticos de la propiedad fundiaria y sus orientaciones actuales como instituto del Derecho Agrario.

El Dr. Ricardo Zeledón afirmó sobre esta obra: "La propiedad se encuentra analizada, estudiada, profundizada, criticada y reconstruida en esta obra por distinguidos juristas de diferente nacionalidad y con formación en distintas escuelas. . . confluyen posiciones con distinta interpretación sobre el mismo fenómeno, pero no limitado —como ha sido planteado tradicionalmente— sólo desde el punto de vista del Derecho Civil".

Víctor Pérez Vargas.

***

Sección VI.

PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES

JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA

TARJETAS DE CREDITO

José María Pereira Pérez
*Víctor Pérez Vargas**

Con relación al valor ejecutivo de la certificación expedida por un contador público autorizado sobre el saldo de una cuenta relativa a una tarjeta de crédito hay en la jurisprudencia nacional posiciones contradictorias.

El problema se ha centrado en la cuestión de si el "contrato de tarjeta de crédito" tiene o no las características de la cuenta corriente mercantil.

Por la actualidad del tema nos hemos limitado al estudio de las sentencias dictadas sobre la materia en los últimos cinco años.

Un sector de la jurisprudencia (los tribunales contencioso administrativos) ha sostenido una posición afirmativa, en el sentido de que tales certificaciones constituyen verdaderos títulos ejecutivos; para ello se ha afirmado como fundamento el Código de Comercio en sus numerales 611 y 602, sobre la base de —se afirma— se trata de un contrato de cuenta corriente mercantil.

Esta posición fue sostenida originalmente por el Tribunal Superior Civil, el que luego cambió de criterio, como veremos. Se expresó en aquella ocasión:

> "...la certificación extendida por un contador público presentada como base de la acción es título ejecutivo" (Tribunal Superior Civil, No. 412 de las 10:10 hrs. del 24 de mayo de 1978). Cabe aclarar, sin embargo, que en este caso el personero de la accionada había hecho un reconocimiento del saldo adeudado".

Igualmente, el Tribunal Superior Contencioso Administrativo, expresó:

> "De conformidad con el Código de Comercio, la certificación expedida por un contador público autorizado del saldo de una cuenta corriente, constituye documento idóneo para exigir su pago por la vía ejecutiva, de ello se desprende que no es que la tarjeta de crédito sea una cuenta corriente bancaria, sino que representa la forma en que opera el contrato de cuenta corriente regulado en el citado cuerpo de leyes" (Tribunal Superior Contencioso Administrativo, No. 4794 de las 16:05 hrs. del 16 de junio de 1981).

En otra resolución la Sección Segunda del mismo Tribunal manifestó:

> "...de un estudio cuidadoso de la realidad jurídica del tipo de contratos que se estila suscribir para la utilización de las llamadas "tarjetas de crédito" de la Sección correspondiente del Banco de Crédito Agrícola de Cartago y la naturaleza de las certificaciones que los contadores públicos autorizados expiden, se mantiene la tesis de que estos últimos documentos constituyen verdaderos títulos ejecutivos —si se otorgan con las formalidades de ley—, útiles para servir de base para el cobro judicial" (Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Segunda, No. 506 de las 10:45 hrs. del 30 de setiembre de 1982).

Más recientemente, la misma Sección del citado Tribunal, reiterando los argumentos transcritos afirmó que:

> "...tratándose en la especie de un contrato de cuenta corriente, la certificación de un Contador Público Autorizado, sobre el saldo adeudado, constituye título ejecutivo a fin de hacer

* *Colaboró en la fase de investigación de este estudio el señor Edgardo Flores Albertazzi. A él nuestro reconocimiento y agradecimiento. En su opinión se requiere legislar sobre la materia.*

exigible la obligación" (Sección Segunda del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, de las 9:55 hrs. del 15 de febrero de 1983).

Otra parte de la jurisprudencia (en particular la del Tribunal Superior Primero Civil) ha mantenido la tesis opuesta, afirmando que en este caso no nos encontramos frente a una relación de cuenta corriente mercantil y que por ello no basta que un contador público autorizado exprese que certifica el saldo de una cuenta corriente, sino que debe mirarse la verdadera relación jurídica entre las partes. Se afirma, dentro de esta segunda tesis que en el contrato de tarjeta de crédito faltan elementos esenciales de la cuenta corriente mercantil, tales como la reciprocidad de remesas y la compensación "a los cortes" o "finalización", pudiendo resultar en esos momentos cualquiera de las partes acreedora de la otra.

Dentro de esta segunda tendencia se ha afirmado:

> "La relación jurídica que surge de la tarjeta de crédito no es la de un contrato de cuenta corriente. Este resulta claramente tipificado en el Código Mercantil, consistiendo en remesas recíprocas de los pactantes constituidas por sumas de dinero, títulos valores o mercaderías sin aplicación a empleo determinado, con el deber de hacer los créditos y débitos correspondientes, de modo que a la fecha prevista o de cancelación legal, se determine el saldo deudor a cargo *de uno u otro* de los negociantes. El concepto de remesa, al decir de Cervantes Ahumada, va más allá del envío material de mercaderías y consiste más bien en toda operación que motive una anotación en la cuenta corriente, creando un crédito contra *alguna* de las partes. Morando dice: "La operación, el negocio jurídico, no son propiamente la remesa, ésta es precisamente el crédito que de aquellos resulta" (Cit. p. Rafael de Pina y Vara, Derecho Mercantil Mexicano, Porrúa, 1967, tercera edición, páginas 294 y 295). En la idea funcional tenemos dos entidades comerciales que se compran y venden mercaderías recíprocamente; para no estar haciendo cancelaciones y contracancelaciones diarias, acuerdan crear una cuenta corriente que se cierra, verbi gratia, por liquidación trimestral, de modo que a esa fecha se hace la conciliación pertinente, de la cual indistintamente y según el tráfico mercantil ambos pueden resultar *acreedores o deudores* por el resto resultante. En ese especial supuesto es que el artículo 61.1 del Código de Comercio determina que la finalización de la cuenta fija invariablemente *la compensación* de *todas* las partidas y hace exigible por vía ejecutiva el saldo deudor, según conste en certificación expedida por un contador público autorizado. La tarjeta de crédito involucra algo más complicado, sin poder tampoco asimilarse a la *cuenta corriente bancaria* que es un contrato por el cual se *recibe* dinero o valores en la institución quien lo deposita a nombre del acreditante para poder girar contra ella por medio de cheques". (Tribunal Superior Civil, de las 8:00 hrs. del 30 de abril de 1980).

La sentencia en examen realiza un claro y global análisis de lo que es la tarjeta de crédito, cuya lectura recomendamos, por lo que se agrega como anexo de estas notas. Por el momento nos interesa, únicamente destacar los aspectos por los cuales se diferencia este contrato de la cuenta corriente mercantil. El fallo citado concluye afirmando que "En cuanto no se proponga una reforma legislativa que otorgue el carácter de títulos ejecutivos a los cortes periódicos de las entidades crediticias respecto a los saldos a cargo de los tarjetahabientes, no puede abrirse esa vía sin forzamiento y desnaturalización del sistema vigente". La tesis de que los contratos de tarjeta de crédito no se regulan por las normas de la cuenta corriente se ha manifestado reiteradamente en otros fallos: Tribunal Superior Primero Civil, No. 1174 de las 8:15 hrs. del 23 de setiembre de 1981; No. 1397 de las 9:40 hrs. del 28 de octubre de 1981 y No. 1374 de las 8:25 hrs. del 23 de octubre de 1981.

A nuestro juicio, la solución acertada es la establecida por los Tribunales Civiles. En efecto, la cuenta corriente mercantil se caracteriza por referirse a la realidad de una relación permanente, en la que hay términos negociales de carácter suspensivo para la exigibilidad de las obligaciones recíprocas. Tiene como elemento caracterizante una relación permanente de negocios, en la que hay remesas *recíprocas* entre las partes, de modo que *cualquiera* de ellas puede resultar acreedora o deudora, y donde las partidas individuales se confunden en una masa contable de la que surge un saldo exigible al momento de corte o finalización de la cuenta (sobre el tema V. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, Contratos Bancarios, 2a. edición, Federación Latinoamericana de Bancos, Bogotá, 1977, ps. 149 y ss.). Estos caracteres no se presentan en la relación de "tarjeta de crédito".

La tarjeta de crédito es, en cambio "un contrato mediante el cual una entidad crediticia —banco o institución financiera— concede un crédito rotatorio, de cuantía y plazo determinados, prorrogables indefinidamente a una persona natural, con el fin de que ésta lo utilice en los establecimientos afiliados" (Tribunal Superior Primero Civil, No. 1174

de las 8:15 hrs. del 23 de setiembre de 1981). El tenedor de la tarjeta puede obtener, en un gran número de establecimientos comerciales, crédito para el pago de servicios o mercancías y, en algunos casos, la entrega de dinero, mediante la presentación de la tarjea (v. MANTILLA MOLINA, Las Tarjetas de Crédito, Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, UNAM. México, 1971). En esta figura tenemos en primer lugar un contrato de apertura de crédito entre el acreditante creador de la tarjeta y el acreditado titular de ella; a la par hay una serie de contratos llamados "de afiliación" por los cuales diversos establecimientos comerciales se obligan a proporcionar a los tenedores de las tarjetas bienes y servicios, cuyo precio cobrará al acreditante (v. CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y operaciones de crédito, Editorial Herrero S.A., México, 1979, p. 306. Y URIA, Rodrigo, Derecho Mercantil, Madrid, MCMLXXVI, 1976, p. 689).

El artículo 611 del Código de Comercio es claro al expresar: "La terminación de la cuenta fijará invariablemente el estado de las relaciones jurídicas de las partes, producirá de pleno derecho *la compensación* de todas las partidas hasta la cantidad concurrente y hará exigible por vía ejecutiva el saldo deudor que conste en certificación debidamente expedida por un contador público autorizado. . .".

El texto claro de esta disposición nos muestra que se refiere a un contrato determinado, la cuenta corriente mercantil; a ello se agrega el argumento meramente formal de su ubicación dentro del capítulo del Código de Comercio relativo a la cuenta corriente mercantil, de modo que es a ella que resulta aplicable.

La diversidad expuesta entre los dos contratos (cuenta corriente mercantil y "tarjeta de crédito") es real e implica una diversidad de regímenes jurídicos, a pesar de lo que pueda expresar la certificación del contador público autorizado. Ya nuestra jurisprudencia ha afirmado la insuficiencia de la interpretación gramatical y ha afirmado que "la naturaleza de una determinada relación jurídica no depende de las palabras sino de sus verdaderas características" (Sala de Casación, No. 49 del 12 de mayo de 1971, No. 74 del 31 de julio de 1969, 15:10 hrs. del 22 de diciembre de 1942 y sentencia del 31 de marzo de 1949, I semestre, tomo único, p. 314 de la Colección de Sentencias).

Por las razones expuestas nos inclinamos por avalar la tesis del Tribunal Superior Primero Civil.

ANEXO

(Texto tomado de la sentencia del Tribunal Superior Civil, No. 377 de las 8:00 hrs. del 30 de abril de 1980).

"La tarjeta de crédito responde a necesidades más modernas y a una relación contractual más compleja. ¿Cómo opera? Veamos sus elementos: a) **La entidad crediticia,** que generalmente en un banco aunque puede ser un instituto económico similar, la cual pagará por las mercaderías o servicios que reciba el tarjetahabiente. b) **El establecimiento afiliado,** persona natural o jurídica que ante la sola presentación de la tarjeta concede los servicios o entrega las mercaderías que le requiere el usuario. En ese momento no recibe suma de dinero; le basta consultar la solvencia del titular documental, por vía telefónica o de las listas que periódicamente le remiten al efecto. c) **El usuario, tenedor de tarjetahabiente,** quien se beneficia del crédito otorgado por la entidad respectiva. No necesita haber realizado un depósito previo ya que se trabaja sobre una base de confianza, fundamentado en su solvencia económica y previo estudio exhaustivo de la misma. Al adquirir mercaderías o servicios resulta económicamente vinculado con la entidad crediticia y no con el establecimiento afiliado, debiendo hacer a la primera las cancelaciones de rigor a fin de mes o bien en tractos con tasa de intereses, en aquellos casos que así sea previsto.

IV.—Vemos entonces que surgen varias relaciones contractuales independientes pero interrelacionadas. A) **Entre entidad crediticia y tarjetahabiente.** Dicen tratarse de un contrato de **apertura de crédito.** No es un pacto de cuenta corriente o cuenta bancaria. Sino un crédito abierto, **reutiliza-**

ble, por suma fija y fecha de cancelación preestablecida. Además el usuario no está intercambiando remesas; ni de los cortes mensuales pude resultar acreedor. Al tarjetahabiente se le concibe como eventual deudor. Si bien puede ocurrir que no utilice el crédito, lo que señala que la tarjeta no presupone un tráfico económico necesario, sino posee un factor de disponibilidad del crédito el cual, agregamos, siempre está limitado a un tope. Ese quantum lo fija la entidad emisora; es posible volver a concederlo e incluso ampliarlo si el usuario se ha hecho acreedor a ello. Señala el margen de riesgo que se puede permitir la entidad. La apertura de crédito es un contrato típico bancario en otros países. Aquí lo debemos calificar de atípico. B) **Entre establecimiento afiliado y entidad financiera.** Se le acostumbra denominar **contrato de afiliación,** que es claramente atípico por lo que debe solucionarse por las normas respectivas, sea investigación de la voluntad de las partes al través de las cláusulas pactadas a falta de ello las normas generales de la contratación; las del contrato típico más afín (Ley); los usos, costumbre y la equidad. El establecimiento afiliado reconoce a la entidad financiera una suma porcentual sobre las ventas que realiza con su cliente. Para el negocio comercial la transacción opera de contado ya que la financiadora le reconocerá el valor de la factura en los días inmediatos siguientes como si fuera un cheque a la vista. Recibido el pago, el afiliado se desliga de la operación. C) **Entre establecimiento y tenedor de la tarjeta.** Su naturaleza depende del tipo de contrato que se realice: compraventa, hospedaje, arriendo de servicios, transporte, seguros, etc. Sin embargo, estas negociaciones individuales tienen como denominador común, según expusimos, que se cancelan directamente por el acreditante y no por el usuario. En caso de incumplimiento, el titular del reclamo lo es la entidad emisora y no el afiliado.

V.—Establecido lo anterior podemos dar el concepto de contrato de tarjeta de crédito. Utilizaremos la definición de Hernando Sarmiento Ricaurte, de cuya obra "La Tarjeta de Crédito. Su concepto Jurídico y Económico", Temis, Bogotá, 1973; hemos tomado los esbozos básicos de este análisis. "Contrato mediante el cual una entidad crediticia (banco o institución financiera), persona jurídica, concede un crédito rotatorio, de cuantía y plazo determinados, prorrogable indefinidamente, a una persona natural con el fin de que ésta lo utilice en los establecimientos afiliados". (Págs. 7 y 8). Agrega el citado expositor que la tarjeta involucra los tres tipos de contrato mencionados pero que "el sistema funciona con la combinación de ellos de modo que si uno falta, hace inefectivos los otros dos". (Opus citada, página 19).

VI.—En síntesis, de lo expuesto se desprende que la tarjeta de crédito sólo puede operar al través de esa triple negociación, con lo cual nos alejamos cada vez más del concepto típico del contrato de cuenta corriente. El punto tiene muchos otros aspectos de gran interés que escapan al marco de esta sentencia. Por tratarse de un criterio que sustenta el Tribunal con nuevos elementos de convicción y distinta integración, es que se ha permitido hacer un análisis sintetizando lo de más trascendencia. No basta que un contador público autorizado diga que certifica un estado de cuenta corriente; es indispensable que el negocio jurídico responda a la figura concreta. Los saldos deudores resultado del incumplimiento al contrato de tarjeta de crédito no puede equipararse al pacto de cuenta corriente ya que su naturaleza jurídica es distinta y en consecuencia el título ejecutivo que hace del artículo 611 del Código de Comercio carece de vigencia en autos por lo que debe denegarse la vía sumaria de cobro.

***

LA ACCION CIVIL RESARCITORIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CASACION PENAL

Daniel González Alvarez
Juez Tercero Penal

INDICE

PRESENTACION. 121

INTRODUCCION. 121

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA ACCION CIVIL RESARCITORIA 123

2. APLICACION DE LAS REGLAS CIVILES A LA ACCION RESARCITORIA 124
   2.1. APLICACION DE LAS REGLAS PROCESALES. 124
   2.2. APLICACION DE LAS REGLAS DE FONDO 124

3. FUNDAMENTACION DE LA SENTENCIA PENAL EN EL ASPECTO CIVIL. 125
   3.1. DEBER DE EXAMINAR LA PROCEDENCIA DE LA ACCION CIVIL AUNQUE NO EXISTA OPOSICION 125
   3.2. FALTA DE ELEMENTOS PROBATORIOS NO DA BASE PARA DENEGAR LA ACCION CIVIL. . 125
      3.2.1. Obligación del Juez instructor de comprobar el daño. 125
      3.2.2. Ofendida que no demostró su condición de comerciante. 125
      3.2.3. Daños que dependen de lo que se demuestre con posterioridad a la sentencia. 125
      3.2.4. Cálculo imposible de realizar 126
   3.3. NULIDAD DE LA SENTENCIA POR NO INDICAR LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO RESPECTO A LA ACCION CIVIL 126
   3.4. NULIDAD DE LA SENTENCIA POR NO ANALIZAR ASPECTOS DE FONDO DE LA ACCION CIVIL 126
   3.5. NULIDAD DE LA SENTENCIA PENAL SOLO EN EL ASPECTO CIVIL 127
   3.6. INCIDENCIA PROBATORIA DE LA REGULACION PRUDENCIAL DE OBJETOS EN LA ACCION CIVIL. 127

4. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION 127
   4.1. ADMISIBILIDAD EN EL ASPECTO PENAL, POR PERMITIRLO EL ASPECTO CIVIL. 127
   4.2. CONSIDERAR DESISTIDA LA ACCION CIVIL EN SENTENCIA NO LE IMPIDE AL ACTOR CIVIL RECURRIR EN CASACION. 128
   4.3. FALTA DE SANA CRITICA EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS DEBE PLANTEARSE COMO ERROR DE FORMA EN MATERIA PENAL 128
   4.4. CASOS DE ADMISIBILIDAD E INADMISIBILIDAD DEL RECURSO EN CUANTO A COSTAS . . 128

5. LA ACCION CIVIL EN CASOS DE SOBRESEIMIENTO O ABSOLUTORIA 129
   5.1. LA ACCION CIVIL EN CASOS DE PRESCRIPCION. 129
   5.2. LA ACCION CIVIL ANTE UN CASO FORTUITO. 129
   5.3. NO ES POSIBLE ACORDAR RESARCIMIENTO EN CASO DE INEXISTENCIA DEL HECHO PUNIBLE 130
   5.4. ADMISIBILIDAD DE OTRAS CONSECUENCIAS CIVILES AUN ANTE INEXISTENCIA DEL HECHO PUNIBLE 130

6. GENESIS DE LA CONDENATORIA CIVIL EN ABSTRACTO 130
   6.1. CRITERIO DE LA SALA PRIMERA PENAL. 130
   6.2. CRITERIO DE LA SALA SEGUNDA PENAL 131
   6.3. CRITERIO DE LA ANTIGUA SALA DE CASACION, HOY SALA PRIMERA 131
   6.4. CRITERIO DE LA SALA SUPERIOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 131
   6.5. TESIS DE LA SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 132
   6.6. CONDENATORIA EN ABSTRACTO HASTA UN MONTO MAXIMO DETERMINADO. 132
   6.7. CONDENATORIA EN ABSTRACTO EN COSTAS 133

7. LIMITACIONES DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES CIVILES 133
7.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO POR HECHOS DELICTIVOS ES SUBSIDIARIA . . 133
7.2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL DUEÑO DEL VEHICULO ES LIMITADA 134
7.3. LAS PARTES CIVILES NO PUEDEN SOLICITAR CONDENATORIA PENAL EN CASACION . . . 134
7.4. FORMA DE SOLICITAR LA CONDENATORIA CIVIL 135
7.4.1. No concretar el monto de cada una de las partidas 135
7.4.2. Ibídem 135
7.4.3. No solicitar partida en subsidio de otra cuyo fundamento no se probó. 135
7.5. POSIBILIDAD DE LA PROCURADURIA DE INCOAR LA ACCION CIVIL RESARCITORIA. . . . 135
7.6. RECLAMACION CIVIL EN REPRESENTACION DE UN MENOR 135

8. NO COMPARECENCIA DE LAS PARTES CIVILES AL DEBATE 136
8.1. LLEGADA TARDIA DEL ABOGADO DEL ACTOR CIVIL 136
8.2. REBELDIA DEL DEMANDADO CIVIL QUE NO COMPARECE A JUICIO 136
8.3. ACTOR CIVIL QUE NO COMPARECE A LA CONTINUACION DEL DEBATE 136
8.4. NO COMPARECENCIA AL DEBATE DEL ACTOR CIVIL Y SU ABOGADO 136
8.5. EFECTOS DEL DESISTIMIENTO 136
8.5.1. No impide al actor civil recurrir en casación 136
8.5.2. Si es tácito, puede todavía recurrir a la vía civil 137

9. FORMALIDADES DE LA ACCION CIVIL 137
9.1. NOMBRE DEL IMPUTADO EN EL ESCRITO INICIAL 137
9.2. OMITIR EL NOMBRE DEL ACTOR CIVIL EN EL ACTA DEL DEBATE Y EN LA SENTENCIA NO ES CAUSA DE NULIDAD 137
9.3. DOCUMENTOS PARA PRESENTAR ACCION CIVIL 137
9.4. MOMENTO PARA CUESTIONAR LA PERSONERIA DEL ACTOR CIVIL 137
9.5. INTERPOSICION DE LA ACCION CIVIL EN LA QUERELLA 138
9.6. NO ES NECESARIA LA DECLARATORIA DE HEREDERO PARA FORMULAR LA ACCION CIVIL A ESTE TITULO 138
9.7. ACTOR CIVIL PATROCINADO POR ABOGADO SIN PODER ESPECIAL 138
9.8. NOTIFICACIONES. 138
9.8.1. El auto que da curso a la acción civil no es necesario notificarlo personalmente al imputado 138
9.8.2. Falta de notificación a los actores civiles causó nulidad del falio 138
9.9. CASACION NO PUEDE ACORDAR EL PAGO DE LA INDEMNIZACION CIVIL EN TRACTOS . . 139

10. CONSECUENCIAS CIVILES DEL HECHO PUNIBLE. 139
10.1. DAÑO MATERIAL. 139
10.1.1. Bases — salario mínimo. 139
10.1.2. Rechazo de partida por no demostrarse condición de comerciante 139
10.1.3. Reducción del monto por culpa de la víctima 139
10.1.4. Dictamen médico provisional en cuanto a la incapacidad para el trabajo. 139
10.2. DAÑO MORAL 140
10.2.1. Procedencia en delitos que no son contra el honor 140
10.2.2. Procedencia del daño moral sufrido por un menor 140
10.2.3. No es indemnizable el daño moral de terceros. 140
10.2.4. Ibídem 140
10.2.5. El daño moral puede fijarlo prudencialmente el Juez. 140
10.3. LUCRO CESANTE 140
10.3.1. Procedencia 140
10.4. INTERESES. 140
10.5. INDEMNIZACION FIJA EN SEDE PENAL EN CASO DE CHEQUES 141
10.6. NULIDAD DE CONTRATOS EN SEDE PENAL 141
10.7. OBLIGACION DE SUSCRIBIR ESCRITURA IMPUESTA EN UNA SENTENCIA PENAL. 142
10.8. COSTAS EN GENERAL. 142
10.8.1. Obligación de pronunciarse, aún cuando no se soliciten 142
10.8.2. Es posible eximirlas al litigante de buena fe 143
10.8.3. Es posible condenatoria en costas en abstracto 143
10.8.4. Admisibilidad del recurso de casación en cuanto a costas 143
10.9. HONORARIOS DE ABOGADO 143
10.9.1. Reglas para fijarlos por hechos anteriores al decreto de 1982 143
10.9.2. Fijación de honorarios, cuando no sea entre abogado y su cliente 143
10.9.3. Es utilizable en sede penal el incidente privilegiado de cobro de honorarios 143

PRESENTACION

La siguiente recopilación de la jurisprudencia penal sobre la acción civil resarcitoria es un excelente trabajo elaborado por el doctor Daniel González Alvarez, Juez Tercero Penal de San José, el cual nos complace presentar en este número, con el afán de facilitar a nuestros lectores la búsqueda de orientaciones sobre este amplio tema.

Queremos hacer público nuestro agradecimiento al doctor González por su valiosa labor, la que, a la vez de constituir un invaluable aporte, estimula nuestro esfuerzo por mejorar cada día las tareas que aquí realizamos.

Cecilia Sánchez Romero
Directora del Digesto

* * *

INTRODUCCION

Desde el año de 1933, como bien se concluye de la lectura de una de las sentencias citadas, estábamos acostumbrados a que la condenatoria civil, en sede penal, se realizará en abstracto, y con ello eludíamos, debemos confesarlo, el estudio de las reglas civiles para acordar la indemnización motivada en un delito. Así, la acción resarcitoria resultaba un problema de los tribunales civiles, pero la situación cambió para los tribunales penales, con la entrada en vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1973, al instaurarse la acción civil resarcitoria en sede penal. Poco menos de diez años después de la vigencia de este "nuevo" sistema, es orientador para los que laboramos en la judicatura, observar cuáles han sido los criterios que, luego de discusiones, algunas veces encontradas, ha acogido la Sala de Casación Penal, o mejor, las Salas de Casación Penal, porque la verdad, durante ese período hemos tenido más de una, aunque sus componentes siguen siendo casi los mismos. En efecto, con la "Ley Especial sobre Jurisdicción de los Tribunales" (No. 5711 del 27 de junio de 1975), se atribuyó a la Sala Primera Penal y a la Sala Segunda Penal la función de la casación penal. Cada una de dichas Salas estaba compuesta por tres Magistrados. Esa misma Ley instituyó la "Sala Superior de la Corte Suprema de Justicia", que se integraría con los miembros de las dos Salas Penales, y por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, para cuando existiere jurisprudencia contradictoria entre las dos Salas Penales. Se pretendía con ello hacer vinculante para las Salas Penales lo resuelto por la Sala Superior. Así funcionó desde julio de 1975 (cuando entró en vigencia también el C.P.P.), hasta que entró en vigencia la Ley No. 6434 del 22 de mayo de 1980, la cual reorganizó a toda la Magistratura en tres Salas, la Primera, la Segunda y la Tercera, correspondiéndole a esta última la función de la Casación Penal. Por lo anterior es que, desde que entró a regir el Código Procesal Penal en julio de 1975 hasta la fecha, para estudiar la Casación Penal en el punto que nos interesa, deba hacerse referencia a las resoluciones de la Sala Primera Penal, de la Sala Segunda Penal, de la Sala Superior de la Corte Suprema de Justicia, y de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Para ello, el Digesto de Jurisprudencia nos facilitó las resoluciones de Casación de los años anteriores a 1980. Tuvimos a mano la totalidad de las resoluciones dictadas por la Sala Superior, gracias a la publicación que de ellas hizo la Escuela Judicial. Revisamos todas las sentencias dictadas por la Sala Tercera desde enero de 1981 hasta julio de 1983. Ocasionalmente, cuando ello fue necesario, consul-

tamos los expedientes; también hicimos una pequeña incursión a la jurisprudencia de la antigua Sala de Casación (hoy Sala Primera), así como a la jurisprudencia civil y a la de los Tribunales Superiores Penales, aunque el objetivo fue la casación penal. Hemos preferido utilizar citas al pie para dejar elencadas, al mismo tiempo, las resoluciones que se consultaron, y no duplicarlo al final. En la medida en que este trabajo sirva para orientar y facilitar la tarea del intérprete, en esa medida creemos cumplido nuestro propósito.

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA ACCION CIVIL RESARCITORIA

Siendo ésta, una recopilación de la jurisprudencia penal sobre la acción resarcitoria, consideramos oportuno transcribir *"in extenso"* una resolución de la Sala Superior Penal, que expone con claridad los antecedentes normativos a la acción civil contenida en el Código de Procedimientos Penales: ". . .la atribución de competencia a los órganos de justicia penal para resolver acerca del monto de los daños y perjuicios derivados de un hecho punible, no ha sido extraña al Derecho costarricense con anterioridad al vigente Código de Procedimientos Penales, pues ya el Código General de 1841 (de Carrillo) contenía algunas disposiciones sobre ello, acaso un tanto lacónicas, pero que daban idea clara del sistema que adoptó el legislador de entonces, como el artículo 720 de la Parte Tercera (ubicado en el Libro Tercero, que se refería a la "Administración de Justicia en lo Criminal"), artículo a cuyo tenor "La acción civil y la criminal deberán seguirse en pieza separada"; y luego, en el artículo 898 disponía que "Las sentencias se ejecutarán por los Jueces de primera instancia que hubiesen conocido en la causa". Al emitirse el Código de Procedimientos Penales de 1910, el artículo 6 dispuso: "La acción civil que nace de delito público sólo puede instaurarse juntamente con la criminal, antes del auto de enjuiciamiento o después que ésta haya sido resuelta en sentencia que causa ejecutoria"; y en el artículo 102 se decía que las sentencias debían resolver sobre "el monto de lo debido a título de responsabilidad civil". Recuérdese que ya desde 1888 estaba vigente el Código de Procedimientos Civiles que sustituyó en esa materia al Código de Carrillo; y lo que hizo el Código de Procedimientos Penales de 1910 fue seguir prácticamente el sistema establecido en ese Código Procesal Civil de 1888, pues el artículo 9 de éste disponía: "Los Tribunales de Justicia represiva son competentes para conocer sobre la indemnización de daños y perjuicios que se reclaman, sea de los autores del delito, o de aquellos que sean civilmente responsables de esos daños y perjuicios, con tal que la reclamación se haga en el mismo proceso criminal seguido por tal delito. La acción de daños y perjuicios procedentes de un delito podrá ejercitarse ante los Tribunales Civiles, sin necesidad de que la existencia del delito y la responsabilidad penal hayan sido declaradas por el Tribunal de Justicia represiva, en el caso de que los daños y perjuicios se exijan contra los herederos del delincuente". Es oportuno poner de relieve, por lo que se dirá después, que en ese mismo Código de 1888, con el número 90, existía una regla que se ha mantenido en la legislación procesal civil sin modificaciones de fondo (ahora con el número 85), y que decía: "Cuando hubiere condena al pago de frutos, daños y perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida, o se establecerán por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación. Sólo en caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se establecerá la condena con reserva de fijar su importe y hacerla efectiva al ejecutar la sentencia". El Código de Procedimientos Civiles fue objeto de varias reformas por Ley No. 35 de 6 de noviembre de 1923, sin que ninguna de ellas se refiera al primitivo artículo 9. Esas reformas rigieron por muy poco tiempo, puesto que fueron derogadas por Ley No. 49 de 6 de agosto de 1924. Casi nueve años después se aprobó una reforma general, como nuevo código, por Ley No. 50 de 25 de enero de 1933, y en esa oportunidad sí fue modificado el sistema hasta entonces vigente, pues el artículo 9 quedó sustituido por el número 7, con el siguiente texto: "La acción para reclamar los daños y perjuicios contra los autores del delito o contra aquellos que sean civilmente responsables de esos daños y perjuicios, se ventilará ante los tribunales civiles por el trámite de ejecución de la sentencia. Y podrá ejercitarse sin necesidad de que la existencia del delito y la responsabilidad penal hayan sido declaradas por un tribunal de justicia represiva, en el caso de que los daños y perjuicios se exijan contra los herederos del delincuente". El mismo principio se mantuvo —en lo que interesa— con las nuevas reformas generales que entraron a regir el primero de enero de 1938 (Ley No. 8 de 2 de noviembre de 1937); y a su vez, el artículo 6 del Código de Procedimientos Penales de 1910 quedó redactado de esta manera: "La acción civil por daños y perjuicios se ejercerá ante los Tribunales Civiles de acuerdo con lo que disponen el artículo 703 y el Código de Procedimientos Civiles. . .", es decir, por la vía de ejecución de sentencia ante la

jurisdicción civil. Así eran las cosas cuando se emitió el nuevo Código de Procedimientos Penales, vigente desde el primero de julio de 1975, en que se volvió al sistema que había regido hasta las reformas de 1933. . ."(1).

2. APLICACION DE LAS REGLAS CIVILES A LA ACCION RESARCITORIA

2.1. APLICACION DE LAS REGLAS PROCESALES:

2.1.1.: "Carece de trascendencia que el Código Procesal Penal vigente no establezca que las reglas del Procesal Civil rijan en ausencia de disposición expresa en aquél. En lo que el Código Procesal Penal vigente no contenga una regla concreta, es dable aplicar cualquier otra ley vigente en nuestro país para casos semejantes. Lo anterior es un principio general de derecho que por cierto lo contempla el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial" (2).

2.1.2.: La Sala de Casación Penal declaró con lugar un recurso por violación al artículo 1040 del Código de Procedimientos Civiles. (Referido en *infra* No. 4.4.3.).

2.1.3.: Véase también la aplicación de las reglas del Código de Procedimientos Civiles para la fijación de honorarios de abogado en causas penales. (Referido en *infra* No. 10.9.2.).

2.2. APLICACION DE LAS REGLAS DE FONDO:

2.2.1.: "El hecho (penal) será valorado, entonces, tanto con arreglo al derecho penal como al civil. Con arreglo a este último el artículo 1045 del Código Civil es de clara aplicación. Más aún; la acción civil resarcitoria, en sede penal, puede convertirse en acción principal, en determinados casos en que se extingue la pretensión represiva, pues la ley persigue favorecer la situación del damnificado cuando este ha ejercido oportunamente la acción resarcitoria" (3).

2.2.2.: En aplicación de los artículos 1049, 1056, 836 y 838 del Código Civil, se decretó la nulidad de una compraventa en una causa penal, criterio que acogió plenamente la Sala de Casación Penal. (Referido en *infra* No. 10.6.1.).

2.2.3.: En aplicación del artículo 817 del Código de Comercio, se concedió una indemnización fija del 25 por ciento del monto, en un caso por delito de libramiento de cheques sin fondos. (Referido en *infra* No. 10.5.1.).

2.2.4: Conforme al artículo 521 del Código Civil, no es necesaria la declaratoria de herederos en sede civil, para reclamar a ese título, en sede penal, la indemnización de daños y perjuicios. (Referido en *infra* No. 9.6.1.).

2.2.5.: En sede penal se reconocieron intereses, en aplicación de los artículos 706 del Código Civil; 497 del Código de Comercio y 1046 del de Procedimientos Civiles. (Referido en *infra* No. 10.4.1.).

2.2.6.: La aplicación de las normas civiles a la acción resarcitoria, no significa que también en materia penal, como ocurre en materia civil, deba plantearse la casación por el fondo, cuando se alegue falta de sana crítica en la apreciación de las pruebas de dicha acción resarcitoria. (Referido en *infra* No. 4.3.1.).

---

(1) Así, SALA SUPERIOR PENAL, Res. No. 11 de las 10:00 hrs. del 4 de julio de 1980. Respecto a las teorías sobre el carácter de la reparación civil proveniente del delito, antes y después del C.P.P. de 1973, puede consultarse, también, la Res. No. 404 de las 8:20 hrs. del 27 de octubre de 1978, de la SALA PRIMERA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

(2) Así, SALA SEGUNDA PENAL, Res. de las 15:00 hrs. del 15 de enero de 1980.

(3) Así, SALA SEGUNDA PENAL, Res. No. 83—F de las 15:00 hrs. del 29 de noviembre de 1979.

3. FUNDAMENTACION DE LA SENTENCIA PENAL EN EL ASPECTO CIVIL

3.1. DEBER DE EXAMINAR LA PROCEDENCIA DE LA ACCION CIVIL AUNQUE NO EXISTA OPOSICION:

3.1.1: Para que la acción civil resarcitoria prospere, es necesario que la persona que la interpone tenga derecho, interés y calidad. La ausencia de cualesquiera de ellos hace improcedente la acción, sin que sea necesario que las partes hayan opuesto la correspondiente excepción. ". . .la alegación de la ausencia de uno de esos presupuestos constituye más bien un medio de defensa o una excepción en sentido amplio que puede inclusive ser declarada de *oficio*. . .". En otros términos, el Tribunal de juicio debe examinar la procedencia de la acción civil aún cuando no se hayan opuesto a la misma (4).

3.2. FALTA DE ELEMENTOS PROBATORIOS NO DA BASE PARA DENEGAR LA ACCION CIVIL:

3.2.1.: Obligación del juez instructor de comprobar el daño:

El no contar con elementos de prueba no es base suficiente para denegar la acción civil resarcitoria, porque ". . .es obligación del instructor comprobar la extensión del daño causado por el delito, aún en el caso de que no se hubiera ejercido la acción resarcitoria (artículo 185, inciso 5, del C.P.P.). Si el instructor no cumplió con esa obligación, no obstante haberse indicado dónde se encontraban los elementos de prueba respectivos, ese incumplimiento no puede perjudicar al reclamante civil. . . Ese rechazo equivaldría a declarar un desistimiento tácito de la mencionada acción, no autorizado por la ley. . ." (5).

3.2.2.: Ofendida que no demostró su condición de comerciante:

El Tribunal de juicio no aceptó la partida cobrada por incapacidad sufrida por la ofendida a consecuencia de una lesión corporal, argumentando que no se probó que ejerciera el comercio, sino que era de oficios domésticos. Casación rechazó el recurso de dicha actora civil ". . .porque el apoderado de la actora civil se limitó a solicitar, a la hora de formular conclusiones en el debate, que se declarara con lugar la partida por "incapacidad por veinte días para su trabajo o actividad comercial a razón de cien colones diarios que daba en total la suma de dos mil colones"; ahora bien, como no fue acreditada la calidad de mercante y no habiendo pedido subsidiariamente el pago de la incapacidad, a título de trabajadora de oficios domésticos, el fallo es congruente al respecto" (6).

3.2.3.: Daños que dependen de lo que se demuestre con posterioridad a la sentencia:

". . .un problema de otra índole es el que se plantea cuando existe imposibilidad absoluta de fijar la indemnización total por tratarse de daños y perjuicios que en *una parte* dependen de lo que se demuestre posteriormente, como ocurre en algunos casos de lesiones en que el dictamen médico es de carácter provisional en cuanto a la incapacidad para el trabajo o con relación a otras consecuencias, y queda sujeto a lo que se determine en un nuevo examen a practicar después, sin que la sentencia pueda aplazarse por ese motivo. Pero la solución no podría consistir en pronunciar una condena en abstracto, que resultaría contraria al sistema que rige en el proceso penal; y por ello lo que corresponde es que los Tribunales Penales se abstengan de resolver sobre esos daños y perjuicios y se limiten a fijar los que sí sean determinables en la sentencia, sin que esto implique denegación de aquéllos, con valor de cosa juzgada, pues se sobreentiende que siempre queda abierta la vía civil —aunque no de ejecución sino en juicio ordinario—, para que el interesado compruebe su derecho y los Jueces Civiles lo declaren" (7).

---

(4) Así, SALA SEGUNDA PENAL, Res. No. 7—F de las 10:00 hrs. del 17 de marzo de 1980.

(5) Así, SALA SEGUNDA PENAL, Res. No. 37—F de las 8:30 hrs. del 1 de agosto de 1978.

(6) SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 26—F de las 15:30 hrs. del 15 de octubre de 1980.

(7) SALA SUPERIOR PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 11 de las 10:00 hrs. del 4 de julio de 1980.

3.2.4.: Cálculo imposible de realizar:

Una breve referencia, —breve porque no era objeto del recurso— la hizo la actual Sala de Casación, confirmando lo expuesto en el aparte anterior. Manifestó la Sala ". . .en la condenatoria civil los pronunciamientos en cuanto a las diferentes partidas deben ser concretas, ya que solo sería posible omitir el pronunciamiento y remitir a las partes a la vía ordinaria cuando el cálculo respectivo fuere imposible realizarlo. . ." (8).

3.3. NULIDAD DE LA SENTENCIA POR NO INDICAR LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO RESPECTO A LA ACCION CIVIL:

3.3.1.: Aún cuando se trata de un aspecto genérico, conviene señalar que la Sala casó una sentencia en el aspecto civil, porque no se citó ninguna norma legal que fundamentara la condenatoria en costas. Aclaró la Sala que la cita puede hacerse en la parte considerativa o bien en la parte dispositiva, pero si no se hizo en ninguna de ellas, la sentencia es nula porque produce indefensión. Se consideraron violados los artículos 106 del C.P.P. y 39 de la Constitución Política (9).

3.3.2.: ". . .En el fallo impugnado se acoge la acción civil resarcitoria sin señalarse las disposiciones legales que fundamentan el pronunciamiento. Ni siquiera se especifica claramente la valoración jurídica del caso. Por esa razón la sentencia resulta inmotivada en cuanto al derecho, como expresamente lo reclama el impugnante" (10).

3.3.3.: Lo expuesto por la Sala de Casación con anterioridad no significa que deban realizarse amplias consideraciones jurídicas, como ella misma lo aclara: ". . .reclama el recurrente falta de fundamentación en cuanto a las disposiciones legales citadas, pues no se hace, como corresponde, una relación expresa de las leyes pertinentes. No lleva razón el recurrente. La motivación en derecho, no tiene las mismas exigencias que la motivación de hecho, ya que "no es esencial que el Tribunal de juicio mencione concretamente los artículos de la ley; ni que haga argumentaciones jurídicas especiales. Basta que el Juez especifique claramente su valoración jurídica del caso. Que manifieste, por ejemplo, que condena por homicidio simple, por hurto o por defraudación de tal especie; o que existe concurso real o ideal, etc., etc. Esta especificación basta a los efectos de la motivación jurídica. Los vicios sustanciales de esas especificaciones se deben corregir por la vía de la casación sustantiva" (Ricardo C. Núñez, Temas de Derecho Penal y de Derecho Procesal, página 88). Así las cosas la cita genérica que de las leyes se hace en el Considerando tercero no produce las reclamadas violaciones de los numerales 106 y 400 inciso 4 del Código de Procedimientos Penales" (11).

3.4. NULIDAD DE LA SENTENCIA POR NO ANALIZAR ASPECTOS DE FONDO DE LA ACCION CIVIL:

3.4.1.: Se casó una sentencia penal, únicamente en su aspecto civil, porque el Tribunal de juicio se limitó a exponer los hechos probados referidos a la indemnización, sin analizarlos y valorarlos luego, al momento de detallar las diferentes partidas a cargo de los responsables civiles, sin manifestar qué sirvió de base a cada rubro (12).

3.4.2.: ". . .es evidente que existe una completa ausencia de motivación en cuanto a que habiendo alegado la parte interesada que su responsabilidad civil se limita únicamente al valor del vehículo, se le condena solidariamente con los imputados al pago de los daños y perjuicios, sin darse razón alguna. . ." (13).

---

(8) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 70—F de las 11:00 hrs. del 13 de junio de 1983.

(9) Véase, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 59—F de las 10:20 hrs. del 17 de julio de 1981.

(10) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 87—F de las 10:40 hrs. del 6 de agosto de 1982.

(11) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 77—F de las 11:00 hrs. del 24 de junio de 1983.

(12) Véase, Res. No. 56—F de las 16:05 hrs. del 25 de junio de 1982, de la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

(13) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 36—F de las 15:40 hrs. del 29 de mayo de 1981.

3.4.3.: No obstante que el Tribunal de juicio rechazó en forma genérica la acción civil resarcitoria, y así lo dispuso en la parte resolutiva de la sentencia, la Sala de Casación afirmó: ". . .lleva razón el recurrente en cuanto reclama la omisión de pronunciamientos sobre puntos debatidos. En efecto, se reclamaron el daño moral y el gasto de pasajes para transportarse al lugar de trabajo de la ofendida, sin que nada se resolviera al respecto. Los artículos 393 y 395 inciso 2, cuyas violaciones se reclaman, ordenan que al dictarse sentencia deben resolverse todas y cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación. La omisión de pronunciamientos esenciales vicia de nulidad la sentencia según el artículo 400 inciso 5 ibídem. . ." (14).

3.5. NULIDAD DE LA SENTENCIA PENAL SOLO EN EL ASPECTO CIVIL:

3.5.1.: La Sala de Casación reiteradamente ha considerado que, si en el aspecto penal la sentencia no debe anularse, pero sí en el aspecto de la acción resarcitoria, ha procedido a anular la sentencia sólo en el aspecto civil, devolviendo los autos al Tribunal de juicio (penal), para que éste, luego de celebrar debate sólo en el aspecto civil, dicte nuevamente sentencia sólo en el aspecto civil, pues el aspecto penal constituiría ya cosa juzgada (15).

3.6. INCIDENCIA PROBATORIA DE LA REGULACION PRUDENCIAL DE OBJETOS EN LA ACCION CIVIL:

3.6.1.: Reclamó el actor civil en Casación que el Tribunal de juicio acordó una partida por objetos, basado en el auto de regulación prudencial que había efectuado el Juez Instructor, el cual establecía una suma muy baja. Sobre ello afirmó la Sala, conforme al artículo 276 del Código Penal de 1941 (todavía vigente), que los jueces están facultados para regular prudencialmente el precio de los objetos, y sobre esa regulación ". . .no hubo oposición oportuna de la parte civil de esta causa, tendiente a lograr un mejor precio. De esta manera nos encontramos ante una valoración con fuerza probatoria legítima y por tanto incorporable e incorporada como prueba en el debate. . . Además tal hecho no es discutible en esta vía por tratarse, como se dijo antes, del ejercicio de un poder discrecional del instructor. Por ello no se violó el artículo 393 en relación con el 400 inciso 4 del Código de Procedimientos Penales" (16).

4. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION

4.1. ADMISIBILIDAD EN EL ASPECTO PENAL, POR PERMITIRLO EL ASPECTO CIVIL:

4.1.1.: En un caso de Juez Penal, aún cuando el imputado no fue condenado a una pena superior a los seis meses de prisión, ni a ciento ochenta días multa, ni a un año de inhabilitación, por habérsele condenado a pagar más de dos mil quinientos colones por la indemnización civil, la Sala admitió el recurso del imputado, también en el aspecto penal, considerando que el Tribunal de Casación, ante tales circunstancias, adquiere competencia para el *control total* del fallo, pudiendo examinar entonces todas las cuestiones penales y procesales debatidas, y no sólo el aspecto civil, porque de lo contrario el recurso de casación dependería de la

---

(14) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 30—F de las 9:50 hrs. del 17 de marzo de 1983.

(15) Véanse, entre muchas otras, Res. No. 25—F de las 10:20 hrs. del 23 de abril de 1982; No. 56—F de las 16:05 hrs. del 25 de junio de 1982; y No. 30—F de las 9:50 hrs. del 17 de marzo de 1983, todas de la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

(16) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 80—F de las 10:00 hrs. del 30 de octubre 1981.

voluntad del titular de la acción civil. Con ello se inclinaron por la tesis de la amplitud del recurso (17).

4.2 CONSIDERAR DESISTIDA LA ACCION CIVIL EN SENTENCIA NO LE IMPIDE AL ACTOR RECURRIR EN CASACION:

4.2.1.: Si la sentencia consideró desistida la acción civil resarcitoria, no por ello debe considerarse que el actor civil dejó de ser parte en el juicio, como para no admitirle, sólo por esa razón, el recurso de casación (18).

4.3. FALTA DE SANA CRITICA EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS DEBE PLANTEARSE COMO ERROR DE FORMA EN MATERIA PENAL:

4.3.1.: En materia penal, como sí ocurre en materia civil, no debe plantearse la casación por el fondo, cuando se alegue la falta de sana crítica en la apreciación de las pruebas de la acción civil resarcitoria. En contraste con el sistema adoptado por el Código de Procedimientos Civiles, en que la cuestión de las pruebas sí debe plantearse como error *"in iudicando"* o de fondo, y no *"in procedendo"* o de forma, en materia penal, aún cuando se refiera a la acción civil resarcitoria, la cuestión de las pruebas debe plantearse en casación como un vicio formal de la sentencia. ". . .el Código Procesal Penal no prescribe que el de Procedimientos Civiles se aplique para plantear y resolver, en el ámbito de casación, las cuestiones probatorias relacionadas con los daños y perjuicios derivados del delito; y entonces, en silencio de la ley, debe desecharse toda posibilidad de que en la jurisdicción penal puedan existir dos recursos de casación sometidos a un régimen jurídico diferente, uno para impugnar las pruebas relativas al hecho punible y otro en lo que atañe a la acción civil resarcitoria" (19).

4.4. CASOS DE ADMISIBILIDAD E INADMISIBILIDAD DEL RECURSO EN CUANTO A COSTAS:

4.4.1.: "Recurre el querellante por la forma, alegando inobservancia de lo establecido en los artículos. . . . 398, 544 y 400 inciso 3 y 4 del C.P.P. . . .Al referirse el querellante a la violación de los artículos 398 y 544 del C.P.P., no hace la relación necesaria de éstos con el 400 inciso 5 que sí está sancionado con la nulidad. No obstante, es conveniente citar en esta oportunidad al tratadista Fernando de la Rúa, quien anota lo siguiente: ". . .la violación del deber de imponer costas (artículos 578 y 579 del Código de Procedimientos Penales) constituye un quebrantamiento de formas procesales de la sentencia no previstas bajo pena de nulidad, por lo cual es inidónea para abrir la casación. . .". (Ver su obra, el Recurso de Casación, pág. 137). La salvedad en cuanto a costas en relación con la posibilidad de interponer este recurso, la establece el artículo 450 del mismo Cuerpo Legal" (20).

4.4.2.: "Tampoco resulta procedente el recurso en cuanto se reclama la no aplicación del artículo 543 del Código de Procedimientos Penales, pues dicha norma, de naturaleza procesal, no está sancionada con nulidad, inadmisibilidad o caducidad. Artículo 471, inciso 2 del Código de Procedimientos Penales" (21).

4.4.3.: Ante un recurso de Casación interpuesto por el defensor de uno de los imputados, que a su vez era apoderado judicial de uno de los demandados civiles, la Sala admitió el recurso en cuanto

---

(17) Véase, Res. No. 111—F de las 9:50 hrs. del 23 de diciembre de 1981, de la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

(18) Véase, Res. No. 72 de las 9:00 hrs. del 12 de julio de 1978, recurso de queja, de la SALA SEGUNDA PENAL.

(19) Así, SALA SUPERIOR PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 15 de las 14:30 hrs. del 22 de agosto de 1980.

(20) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 18—F de las 10:25 hrs. del 24 de abril de 1981.

(21) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 71—F de las 16:25 hrs. del 3 de setiembre de 1981.

a costas, pero por el fondo. Señaló la Sala: ". . .lleva razón el recurrente cuando reclama la violación, por errónea aplicación, del artículo 1040 del Código de Procedimientos Civiles. Lo procedente es declarar con lugar el recurso por el fondo, casar la sentencia en cuanto a los pronunciamientos que contiene sobre la fijación del monto de las costas personales, y resolver el punto de acuerdo con las leyes que corresponda aplicar aún cuando no se hubieren citado en el recurso" (22).

5. LA ACCION CIVIL EN CASOS DE SOBRESEIMIENTO O ABSOLUTORIA

5.1. LA ACCION CIVIL EN CASOS DE PRESCRIPCION:

5.1.1.: ". . .el actor civil invoca violados en la resolución de fondo los artículos 11, 398, 321 y 323 del Código de Procedimientos Penales en vista de que el Juzgado Penal pronunció el sobreseimiento por haber prescrito la acción penal sin celebrar el juicio a fin de que resolviera lo pertinente acerca de la acción civil planteada. Efectivamente, el artículo 11 citado dispone que cuando se han ejercido conjuntamente las acciones penal y civil en un mismo proceso, cuando recae la absolución del acusado ello no impide que el Tribunal de juicio se pronuncie sobre el resarcimiento de daños y perjuicios originados en el hecho motivador de la causa. Igual norma contempla el artículo 398. Por su parte, el 321 prescribe que el sobreseimiento total se dispondrá por sentencia en la que se analizarán las causales, en lo posible, en el orden indicado en el artículo 320. Finalmente, el 323 ordena que el sobreseimiento no apelado debe ser consultado con el Superior. Ahora bien, es requisito indispensable para acoger la impugnación formulada por violación de la ley procesal, según el artículo 471 inciso 2, que las normas que se dicen han sido quebrantadas hayan sido establecidas "bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad", y ninguna de las apuntadas contienen ese requisito sine qua non, ni tampoco se hallan en esas condiciones los artículos 113, 354, razón por la cual el recurso es improcedente" (23).

5.1.2.: "Se casó una sentencia condenatoria que dispuso, además, el pago de los daños y perjuicios en forma abstracta. La Sala sobreseyó al imputado por haber prescrito la acción penal, pero agregó "sin perjuicio de la acción civil correspondiente". También casó la sentencia por haberse pronunciado en forma abstracta sobre la acción civil, remitiendo el caso al Tribunal de juicio para que se pronunciaria sobre cada una de las partidas cobradas por el actor civil, admitiendo, entonces, la necesidad de ese pronunciamiento, aún cuando estuviere sobreseído el imputado (24).

5.2 LA ACCION CIVIL ANTE UN CASO FORTUITO:

5.2.1.: ". . .tampoco se declaró en el fallo de instancia que en el evento de autos estuviera de por medio una circunstancia de hecho que significara un caso fortuito, lo que —de haberse declarado así— habría significado la inocencia de la señora C. también en el aspecto civil resarcitorio (artículo 33 del Código Penal)" (25).

---

(22) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 44—F de las 10:20 hrs. del 28 de mayo de 1982.

(23) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 29—F de las 16:50 hrs. del 14 de mayo de 1981.

(24) Véase, Res. No. 10—F de las 10:10 hrs. del 21 de enero de 1982, de la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. En iguales términos, de esa misma Sala, véase la Res. No. 28—F de las 10:00 hrs. del 16 de marzo de 1983.

(25) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 100—F de las 10:55 hrs. del 8 de octubre de 1982.

5.3. NO ES POSIBLE ACORDAR RESARCIMIENTO EN CASO DE INEXISTENCIA DEL HECHO PUNIBLE:

5.3.1.: ". . .considera el juzgador que los hechos que tiene por ciertos no constituyen delito, y no obstante ello declara con lugar la acción civil resarcitoria. De todo delito nacen dos acciones, una principal que es la penal, y otra accesoria que es la civil. Ambas requieren para su existencia la comisión de un hecho punible que les sirva de sustento y que signifique su origen. Es verdad que al dictarse una sentencia absolutoria puede acogerse la acción civil, pero entendiéndose que ello es posible cuando la absolutoria se fundamente en causas exclusivamente penales como sería la prescripción. El razonamiento resulta lógico y explicable pues en el caso de absolutoria por prescripción el ilícito que da nacimiento a las acciones penales y civiles fue cometido; en cambio en casos como el presente la absolutoria se basa en la inexistencia de un hecho punible lo que significa que ninguna acción pudo nacer. . . En efecto, los hechos probados son los que permiten determinar la ley sustantiva que debe aplicarse al caso, y si dichos hechos, como en el caso presente, no constituyen delito, ninguna ley sustantiva que fundamente una acción civil resarcitoria podría aplicarse" (26).

5.3.2.: Un tribunal de juicio absolvió a la imputada manifestando "Conforme a las anteriores relaciones de hechos que se han tenido por comprobados e indemostrados, se llega a la conclusión de que no hay elementos de juicio suficientes que permitan tener por existente en la especie el delito de lesiones acusado, ni para atribuir su comisión con carácter de autora responsable de la imputada M.A.C.R.". No obstante ello, ese mismo Tribunal declaró con lugar la acción civil, condenando a la imputada a pagar las diferentes partidas que se cobraron. La defensa recurrió en casación, pero la Sala estimó, en primer término, que es posible que se acoja la acción civil resarcitoria ante una absolutoria, pero además, concluyó con base en los hechos probados por el Tribunal de instancia, que la imputada había incurrido en grave culpa, pero no modificó el aspecto penal porque el Ministerio Público no formuló el correspondiente recurso de casación. Sin embargo, con base en que concluyó que había una actuación culposa, la Sala confirmó la condenatoria en el aspecto civil, no anulando el fallo en ese sentido, y rechazando el recurso de la defensa (27).

5.4. ADMISIBILIDAD DE OTRAS CONSECUENCIAS CIVILES AUN ANTE INEXISTENCIA DEL HECHO PUNIBLE:

5.4.1.: No obstante la absolutoria por falta de elementos probatorios sobre el dolo, se anuló una compraventa en sede penal por no reunir los requisitos de ley. (Referido en *infra* No. 10.6.1.).

5.4.2.: Pese a la absolutoria del imputado por no considerarse delictiva su actuación, se le obligó a restituir un inmueble a los actores civiles. (Referido en *infra* No. 10.7.1.).

6. GENESIS DE LA CONDENATORIA CIVIL EN ABSTRACTO

6.1. CRITERIO DE LA PRIMERA PENAL:

6.1.1.: La Sala Primera no consideró procedente la condenatoria civil en abstracto. Un Tribunal de juicio condenó en abstracto a la reparación civil, que en el caso se había limitado a una reclamación por daño moral, argumentando lo siguiente: ". . .el Tribunal carece de los elementos probatorios fundamentales para hacer la estimación pecuniaria correspondiente, habida cuenta de que no se conocen con certeza las posibilidades económicas del obligado y otros aspectos objetivos

---

(26) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 87—F de las 10:40 hrs. del 6 de agosto de 1982.

(27) Véase, Res. No. 100—F de las 10:55 hrs. del 8 de octubre de 1982, de la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

relativos a la titular del derecho, tales como su posición económico social inmediatamente anteriores a la comisión del delito y las posteriores al mismo, siendo por otra parte más propio de un peritaje la extensión del daño moral medida en términos económicos que la propia regulación prudencial...". La Sala Primera casó la sentencia en ese aspecto, conforme a los artículos 393 y 399 del C.P.P., de los cuales se hace desprender el deber de fijar, de manera precisa, el monto de la pretensión. Agregó la Sala que el fallo resultaba nulo, por ser incongruente la parte dispositiva, basada en el inciso 5 del artículo 400 del C.P.P. (28).

6.2. CRITERIO DE LA SALA SEGUNDA PENAL:

6.2.1.: Reiteradamente la Sala Segunda Penal admitió la posibilidad de que la indemnización civil se declarara en abstracto, cuando no habían datos para fijar el monto de las partidas, y disponía que ellas fueran determinadas en ejecución de sentencia, ante los tribunales civiles respectivos (29).

6.3. CRITERIO DE LA ANTIGUA SALA DE CASACION, HOY SALA PRIMERA:

6.3.1.: La antigua Sala de Casación, hoy Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, llegó a pronunciarse sobre la procedencia e improcedencia de la condenatoria civil en abstracto, a raíz de un conflicto de competencia que se suscitó entre un Juez Civil y un Juez Penal, ambos de San José, sobre una condenatoria civil procedente de delito. Inclinándose por la improcedencia de la condenatoria civil en abstracto, la Sala de Casación argumentó: "...El artículo 399, párrafo 2, del Código de Procedimientos Penales, establece que la sentencia condenatoria dispondrá también, cuando la acción civil hubiere sido ejercida, la restitución del objeto material del delito, la indemnización a los daños y perjuicios y la forma en que debieron ser atendidas las respectivas obligaciones; y el 543 del mismo Código, que toda resolución que ponga término a la causa, condenará al pago de las costas procesales y personales. En concordancia con esas normas legales, el artículo 524, párrafo 1, ibídem, dispone, que la sentencia que condene a restitución, indemnización o reparación de daños o al pago de costas, cuando no sea inmediatamente ejecutada o no pueda serlo por simple orden del Tribunal que la dictó, se ejecutará por el interesado ante el Juez Civil que corresponda y con arreglo al Código Procesal Civil... Por simple orden del Tribunal: no se refiere a todos aquellos casos en que la sentencia puede ejecutarse de inmediato, por un simple acto u orden del Juez Penal, como ocurre cuando se dispone la restitución del terreno usurpado o de dinero, valores u otros bienes depositados. Pero si se trata de la indemnización o reparación del daño o el pago de costas, y para obtener el cumplimiento de la condena es indispensable intervenir el patrimonio del deudor, mediante el embargo y remate de bienes, la jurisdicción se refiere a las autoridades civiles, porque el procedimiento de apremio vendría a complicar o entorpecer las funciones específicas del Juez Penal; sin embargo, esto no significa que la autoridad represiva pueda dejar para ejecución del fallo la determinación del monto de los daños y perjuicios, ni de que se le inhiba de la obligación de fijar las costas procesales y personales, pues el Juez Penal es el que está en mejores condiciones de apreciar todas las circunstancias que son necesarias para esa finalidad, desde que él fue quien recién juzgó los hechos que las motivan. De manera que la frase del citado artículo 524, que remite al Juez Civil, cuando la sentencia no pueda ejecutarse por simple orden del Tribunal que la dictó, no puede interpretarse en forma extensiva para incluir los aspectos antes indicados, sino en su verdadero sentido, que no es otro que el de reservar a la autoridad civil, todo lo que concierne a la fase procesal del apremio..." (30).

6.4. CRITERIO DE LA SALA SUPERIOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

6.4.1.: Siendo su principal función la de resolver en definitiva, cuando hubiere jurisprudencia contradictoria entre las dos Salas Penales, la Sala

(28) Véase, Res. de las 16:00 hrs. del 4 de mayo de 1978, de la SALA PRIMERA PENAL.

(29) Véanse, Res. No. 48—F de las 14:30 hrs. del 7 de setiembre de 1978; y No. 5—F de las 15:00 hrs. del 1 de marzo de 1979, ambas de la SALA SEGUNDA PENAL.

(30) Así, SALA DE CASACION, Res. No. 227 de las 16:00 hrs. del 19 de diciembre de 1979.

Superior se inclinó por la tesis de la improcedencia de la condenatoria civil en abstracto. Al respecto afirmó la Sala Superior: "En primer término hay que subrayar que esa regla (la del artículo 524 del C.P.P., observación no contenida en el original) se refiere a la "ejecución civil", no a lo que debe resolverse en la sentencia; por consiguiente, si los otros artículos citados (está refiriéndose a los artículos 393, 399, 400, 374, 375 y 451 del C.P.P., observación no contenida en el original) imponen a los Tribunales Penales la obligación de fijar los daños y perjuicios en el propio fallo, es obvio que el artículo 524 está partiendo de esa base, es decir, de una sentencia en que se fijó el monto de la responsabilidad civil; y es indudable que esa norma legal, ni en su texto ni en armonía con las demás reglas que se ocupan de la acción civil resarcitoria y de la sentencia, autoriza que los daños y perjuicios sean fijados por los Tribunales Civiles. En resumen, al decir el artículo 524 que "la sentencia. . . cuando no sea inmediatamente ejecutada o no pueda serlo por simple orden del tribunal que la dictó. . .", lo que quiere significar es que los Jueces Civiles actuarán en todo lo relativo a la intervención del patrimonio del deudor una vez firme la sentencia penal, siempre que haya necesidad de seguir procedimientos de ese género, ya sea porque el obligado no cumpla el fallo de inmediato o porque ese cumplimiento no pueda lograrse "por simple orden del tribunal", es decir, en todos los casos en que, en falta de cumplimiento voluntario, sea preciso intervenir aquel patrimonio, inclusive hasta llegar al remate de bienes, porque en esas situaciones no podría cumplirse la sentencia con una "simple orden", lo que sí ocurre cuando se trata, por ejemplo, de la restitución del terreno usurpado, o de la entrega o devolución de dinero o valores depositados. . . Nótese, además, que al dictar una simple condena en abstracto, por suma indeterminada, por allí se impediría discutir la correspondiente responsabilidad (penal o civil) en un recurso de casación, pues ya se dijo que el artículo 474 sólo autoriza el recurso —aparte de otros casos— cuando la sentencia imponga restitución o indemnización por mayor suma de las que ese texto indica; y a su vez, el artículo 475 también señala ciertos límites en relación con la demanda y la sentencia, para que el actor civil pueda interponer ese recurso" (31).

6.5. TESIS DE LA SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

6.5.1.: Habiendo integrado los actuales miembros de la Sala de Casación Penal, la antigua Sala Superior, junto con otros magistrados más, ellos también se inclinaron por la tesis de la improcedencia de la condenatoria en abstracto. En un caso concreto afirmó la Sala: "En orden a la acción civil resarcitoria, tanto la doctrina como la ley, convienen en que al dictarse sentencia se debe resolver lo referente a la restitución, indemnización o reparación demandada y costas, haciéndose la fijación concreta de cada partida que se reclama. Arts. 393 y 399 del C.P.P. Además, el art. 400 del mismo Cuerpo de Leyes tiene por nula la sentencia "si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal", o "cuando faltare o fuere incompleta en sus elementos esenciales la parte dispositiva". No permite nuestra ley procesal la formulación de una condenatoria en abstracto. La equivocación en que algunas veces se incurre proviene de la mala interpretación que se da al art. 524 del C.P.P. Dicha norma procesal se refiere a la ejecución civil, y no a lo que debe resolverse en la sentencia; por lo que, si los artículos 393 y 399 obligan a los tribunales penales a fijar los daños y perjuicios en el propio fallo, es obvio que el art. 524 parte de una sentencia en que se fijó el monto de la responsabilidad civil. . ." (32).

6.6. CONDENATORIA EN ABSTRACTO HASTA UN MONTO MAXIMO DETERMINADO:

6.6.1.: Si bien de las resoluciones transcritas podría deducirse que la Sala de Casación se inclina por la improcedencia de la condenatoria civil en abstracto, no obstante que se fije un monto máxi-

(31) Así, SALA SUPERIOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 11 de las 10:00 hrs. del 4 de julio de 1980. Esa misma Sala ratificó ese criterio, en sus resoluciones posteriores, números 12, 13, 14, 16, 17 y 18.

(32) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 19—F de las 10:35 hrs. del 24 de abril de 1981. En igual sentido, y de esa misma Sala, véanse las Res. No. 70—F de las 16:20 hrs. del 3 de setiembre de 1981; No. 10—F de las 10:10 hrs. del 21 de enero de 1982; No. 83—F de las 9:50 hrs. del 30 de julio de 1982; y No. 47—F de las 10:33 hrs. del 22 de abril de 1983.

mo en la sentencia, no encontramos resoluciones que hicieran referencia expresa a ello. Pese a que nuestro objetivo no fue indagar en la jurisprudencia de la Casación Civil, citamos una que se pronunció al respecto: ". . .no es correcto condenar en abstracto, ni aún con señalamiento de una suma máxima de la cual no se puede exceder, con remisión a la ejecución de sentencia en materia civil. Porque si bien es cierto que el artículo 524 del Código de Procedimientos Penales establece que la sentencia que condene a restitución, indemnización o reparación de daños o al pago de costas, cuando no sea inmediatamente ejecutada o no pueda serlo por simple orden del Tribunal que la dictó, se ejecutará por el interesado ante el Juez Civil que corresponda y con arreglo al Código Procesal Civil, también es cierto que esa ejecución no es para la liquidación y fijación de las partidas de daños y perjuicios, pues éstas necesariamente deben fijarse en la sentencia penal, sino que se trata de una ejecución tan sólo para el cobro, sea el llamado procedimiento de apremio. . . Ahora, si no obstante lo dicho el Tribunal Penal condena en abstracto, el civil no tiene más que tramitar completa la ejecución de sentencia. . ." (33).

6.7. CONDENATORIA EN ABSTRACTO EN COSTAS:

6.7.1.: La Sala de Casación Penal ha admitido, reiteradamente, la posibilidad de condenar en costas en la sentencia, sin fijar su monto. En algunos casos ha señalado que las costas se liquidarán oportunamente a solicitud de parte. Lo anterior lo ha hecho actuando como Tribunal de instancia (en delitos de injurias por la prensa), o bien cuando ha casado una sentencia absolutoria y ha procedido a condenar al imputado (34).

7. LIMITACIONES DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES CIVILES

7.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO POR HECHOS DELICTIVOS ES SUBSIDIARIA:

7.1.1.: El artículo 137 inciso 6 del Código Penal de 1941 (todavía vigente), dispone que están obligados a la responsabilidad civil *subsidiariamente* el Estado, las municipalidades y demás instituciones sometidas a la tutela de aquéllos, por los hechos u omisiones en que incurrieren sus funcionarios en el ejercicio de sus cargos. En igual forma, la Ley de Tránsito responsabiliza a los propietarios privados de vehículos a la reparación civil derivada de un accidente de tránsito, pero en forma *solidaria* con el imputado. Sobre esa aparente contradicción, estimó la Sala que ". . .no existe antinomia entre ambas legislaciones pues su aplicación se refiere a casos distintos, según sea el propietario del vehículo el Estado, las municipalidades y demás instituciones sometidas a la tutela de aquellos; o una persona particular. Del mismo modo, el artículo 201 de la Ley General de la Administración Pública, dispone que la administración será *solidariamente* (el subrayado no es del original) responde con su servidor ante terceros por los daños que éste cause en las condiciones señaladas por dicha ley. Examinada en su totalidad la ley en cuestión, y en particular el Título Sétimo que se refiere a la responsabilidad de la administración y del servidor público, no se encuentra que entre las condiciones que se señalan para que el Estado resulte civilmente responsable por la actuación de los servidores públicos, figuren los delitos; o dicho de otra manera, que en la citada ley, nada se dispone sobre la responsabilidad del Estado resultante de un hecho delictuoso cometido por un servidor

(33) Así, SALA PRIMERA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 404 de las 8:20 hrs. del 27 de octubre de 1978.

(34) Véanse, Res. No. 18—F de las 16:30 hrs. del 17 de marzo de 1982; No. 57—F de las 10:45 hrs. del 14 de julio de 1981; y No. 108—F de las 10:40 hrs. del 18 de diciembre de 1981; todas de la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

en el ejercicio de su cargo. No cabe duda que ese campo, sea la responsabilidad civil del Estado proveniente de un delito, se regula y dispone en el artículo 137 inciso 6 del Código Penal de 1941..." (35).

7.2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL DUEÑO DEL VEHICULO ES LIMITADA:

7.2.1.: ". . .se reclama en el recurso la violación por no aplicación del artículo 38 de la Ley de Tránsito. Ese quebranto efectivamente se ha producido, pues dicho texto legal impone al dueño del vehículo la obligación solidaria ilimitada por los daños y perjuicios que se deriven de un accidente si permitiere que una persona carente de licencia lo conduzca. Y en el caso presente la señora AT (imputada) conducía con su respectiva licencia. En consecuencia, la responsabilidad del Demandado Civil RA queda limitada al valor de su vehículo (artículos 1 y 2 del Decreto No. 11942 de 27 de octubre de 1980, que es Reglamento al Capítulo VII de la Ley de Tránsito). . ." (36).

7.2.2.: La parte interesada alegó en un caso que su responsabilidad civil se limitaba, únicamente, al valor del vehículo, sin embargo el Tribunal de juicio la condenó a pagar los daños y perjuicios solidariamente con los imputados. La Sala casó la sentencia, por falta de fundamentación, ya que el Tribunal de juicio no analizó lo alegado por la parte demandada civil. (Referido en *supra* No. 3.4.2.).

7.3. LAS PARTES CIVILES NO PUEDEN SOLICITAR CONDENATORIA PENAL EN CASACION:

7.3.1.: En un caso de lesiones culposas, en el cual ambos conductores imputados ejercieron la acción civil resarcitoria, el uno contra el otro; el que resultó condenado recurrió en Casación solicitando la condena del otro conductor. Al respecto afirmó la Sala: ". . .en nuestro sistema procesal la acción penal en los delitos de acción pública es facultad exclusiva del Ministerio Público, y sólo éste puede pedir la condenatoria de un reo. Por otra parte como actor civil le está impedido establecer el recurso de casación, conforme a lo estatuido en el artículo 450 del Código de Procedimientos Penales por no haber interpuesto el Ministerio Público el recurso de casación. En su condición de imputado y demandado civil el único derecho que le asiste, en el recurso extraordinario de casación por el fondo, es la de pedir su propia absolución, lo que no hace, pero no está facultado por lo dicho anteriormente, para pedir la condenatoria del otro coimputado. Eventualmente, que no es el caso de autos, el demandado civil puede pedir la absolución de un imputado cuando de ello pueda sobrevenirle responsabilidad civil, pero no puede hacer válidamente solicitud de que en sustitución de ese imputado, se condene a otro, porque esa facultad, como ya se dijo, es exclusiva del Ministerio Público" (37).

7.3.2.: Ante un recurso conjunto de la imputada que resultó condenada por lesiones culposas, y del demandado civil, quienes pretendían que la Sala de Casación declarara la responsabilidad concurrente del otro conductor, lo que hubiere permitido disminuir la responsabilidad civil, conforme a los arts. 105 del Código Penal de 1970; y 132 del Código de 1941; la Sala afirmó: ". . .según el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales la acción penal pública será ejercida exclusivamente por el Ministerio Público. Es decir que "el poder de perseguir ante los tribunales de justicia el castigo de los responsables de un delito" sólo a él corresponde. Consecuentemente, a la recurrente AT no le es dable pedir la condenatoria del señor M, si no es violentando el precepto legal citado..." (38).

---

(35) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 71—F de las 16:25 hrs. del 3 de setiembre de 1981. En iguales términos, de la misma Sala, véase la Res. No. 80—F de las 10:00 hrs. del 30 de octubre de 1981.

(36) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 118—F de las 10:35 hrs. del 22 de octubre de 1982.

(37) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 51—F de las 17:25 hrs. del 17 de junio de 1982.

(38) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 118—F de las 10:35 hrs. del 22 de octubre de 1982.

7.4. FORMA DE SOLICITAR LA CONDENATORIA CIVIL:

7.4.1.: No concretar el monto de cada una de las partidas:

Se formuló recurso de casación, alegándose que el actor civil no concretó su petición, y no obstante ello el Tribunal de juicio acogió la acción resarcitoria, especificando el monto de las partidas por daño moral, intereses y honorarios de abogado. En realidad el actor civil, según el acta del debate, solicitó se condenara a los imputados al pago de los daños y perjuicios, incluyendo el daño moral, el pago de intereses y el pago de ambas costas del juicio, estimándolo todo en la suma global de doscientos mil colones, pero no indicó el monto de cada una de las partidas. Esa misma petitoria la había formulado en la instrucción, cuando presentó el escrito inicial de la acción civil resarcitoria. Sobre ello la Sala de Casación estimó: ". . .en cuanto a que la condenatoria en el aspecto económico es nula porque el actor civil no había concretado sus pretensiones al respecto, es del caso observar que sí hubo esa petición concreta, pues el ofendido estimó sus pretensiones en la suma de doscientos mil colones. . .", por lo que no casó la sentencia en ese extremo (39).

7.4.2.: *Ibídem:* Como el actor civil no concretó el monto de las diferentes partidas, el Tribunal de juicio le previno que lo hiciera. Sin embargo, en sentencia, el Tribunal rechazó la acción civil argumentando que el actor civil no concretó sus pretensiones de propia iniciativa, sino que lo hizo ante indicación del juzgado. Casación anuló el fallo en el aspecto civil, señalando: ". . .como de lo antes dicho se ha puesto de manifiesto que el actor civil sí señaló concretamente cuáles eran sus pretensiones en lo atinente a las diferentes partidas de la acción civil resarcitoria, así siendo a indicación del propio juzgado, éste debió haberse pronunciado sobre tales extremos, por lo que tal omisión vicia de nulidad absoluta el decisorio en ese aspecto, por constituir una denegación de justicia" (40).

7.4.3.: No solicitar partida en subsidio de otra cuyo fundamento no se probó:

Un tribunal de juicio rechazó una partida cobrada por la ofendida, por la incapacidad para el trabajo que había sufrido a consecuencia de unas lesiones, ya que ella la cobró por la actividad de comerciante que dijo realizaba, y tal condición no se demostró, sino que era de oficios domésticos. Casación estimó correcto el rechazo porque no se solicitó, *subsidiariamente,* que se otorgara una idemnización por la incapacidad, partiendo de que era de oficios domésticos. (Referido en *supra* No. 3.2.2.).

7.5. POSIBILIDAD DE LA PROCURADURIA DE INCOAR LA ACCION CIVIL RESARCITORIA:

7.5.1.: " . . .tampoco resulta atendible la pretensión del recurrente, de que debe absolvérsele de la obligación de indemnizar a la Junta de Educación de la Escuela Gabriela Mistral de la Guácima de Alajuela, por cuanto la acción civil resarcitoria no le correspondía incoarla a la Procuraduría General de la República a nombre de aquella Junta, sino que su representación en juicio compete de modo exclusivo a su presidente, de conformidad con el artículo 36 del Código de Educación, cuya falta de aplicación reclama. Esa pretensión fue bien denegada por el Juzgado Penal a quo, pues la Procuraduría sí está legitimada para representar los intereses de aquella entidad, todo con arreglo a los artículos 1, 10 inciso K, 11 y 15 de su Ley Orgánica No. 3848 de 10 de enero de 1967" (41).

7.6. RECLAMO CIVIL EN REPRESENTACION DE UN MENOR:

7.6.1.: Cuando se ejerce la acción civil resarcitoria de un menor ofendido, debe entenderse que las partidas acordadas son para el menor. (Referido en *infra* No. 10.2.2.).

---

(39) Véase, Res. No. 13—F de las 10:20 hrs. del 14 de enero de 1983, de la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

(40) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 39—F de las 10:25 hrs. del 6 de abril de 1983.

(41) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No. 66—F de las 10:40 hrs. del 13 de junio de 1983.

8. NO COMPARECENCIA DE LAS PARTES CIVILES AL DEBATE

8.1. LLEGADA TARDIA DEL ABOGADO DEL ACTOR CIVIL:

8.1.1.: El actor civil compareció en tiempo a la audiencia del debate, pero su abogado llegó siete minutos después de que se hubiere iniciado la audiencia. El Tribunal no permitió que el abogado interviniera y por ello rechazó la acción civil resarcitoria teniéndola por desistida. Casación casó la sentencia indicando que ". . .si bien su mandatario judicial se presentó al debate siete minutos después de iniciado, esa circunstancia no daba motivo legal para declarar desistida la acción civil respectiva, ya que lo que la ley exige es la presencia del actor civil desde el inicio del debate. . . el abogado que lo patrocinaba bien pudo actuar en su representación desde que se apersonó. . . formulando las gestiones pertinentes en defensa de los intereses de su representado. . ." (42).

8.2. REBELDIA DEL DEMANDADO CIVIL QUE NO COMPARECE A JUICIO:

8.2.1.: El Tribunal de juicio rechazó la acción civil resarcitoria enderezada contra el demandado civil (tercero), por cuanto éste no se presentó a la audiencia y no fue solicitada la declaratoria de rebeldía a que se refiere el artículo 74 del C.P.P. Consideró, además, que la relación en cuanto a él no quedó establecida y porque no lo pudo defender un defensor público, como lo ordena ese numeral. Casación estimó que el demandado civil fue debidamente notificado del auto que le dio curso a la acción civil resarcitoria, y con ello se estableció la correspondiente relación procesal entre los actores y el responsable civil, no siendo necesario, entonces, la declaratoria de rebeldía para que pueda prosperar la acción (43).

8.3. ACTOR CIVIL QUE NO COMPARECE A LA CONTINUACION DEL DEBATE:

8.3.1.: ". . .En el presente asunto el debate fue suspendido y el tribunal fijó para su continuación las ocho horas del catorce de junio último, según consta al final del acta del debate, visible al folio 108. En esa oportunidad hizo también el señalamiento respectivo para practicar una inspección ocular. El recurrente asistió a dicha inspección, pero no se presentó a la continuación del debate. Cumplió el Tribunal, como era lo procedente, con el artículo 361 que dispone que en caso de suspensión, el Presidente anunciará el día y la hora de la nueva audiencia y ello valdrá como citación para los comparecientes. Como el actor civil no concurrió a la segunda audiencia en que se continuó el debate, procedió bien el Tribunal al declarar desistida la acción civil según lo manda el artículo 69 del mismo Cuerpo de Leyes. . ." (44).

8.4. NO COMPARECENCIA AL DEBATE DEL ACTOR CIVIL Y SU ABOGADO:

8.4.1.: Cuando el actor civil y su abogado no concurren a la celebración del debate, se tiene por desistida tácitamente la acción civil, conforme al artículo 69 del C.P.P. (45).

8.5. EFECTOS DEL DESISTIMIENTO:

8.5.1.: No impide al actor civil recurrir en casación:

Si el desistimiento se tuvo por hecho en sentencia, ello no le impide al actor civil recurrir en casación. (Referida en *supra* No. 4.2.1.).

---

(42) Así, SALA SEGUNDA PENAL, Res. No. 48—F de las 14:30 hrs. del 7 de setiembre de 1978.

(43) Véase, Res. No. 5—F de las 15:00 hrs. del 1 de marzo de 1979, SALA SEGUNDA PENAL.

(44) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 136—F de las 10:10 hrs. del 10 de diciembre de 1982.

(45) Véase, Res. No. 66 de las 9:00 hrs. del 30 de noviembre de 1978, de la SALA SEGUNDA PENAL.

8.5.2.: Si es tácito, puede todavía recurrir a la vía civil:

La Casación Civil, en una resolución a la que ya hicimos referencia, admitió la posibilidad de otorgar una indemnización pecuniaria proveniente de un delito, aún ante un desistimiento tácito. Consideró al respecto la Sala: ". . .de acuerdo con su contenido es evidente que el artículo 69 de nuestro Código se refiere al desistimiento expreso y al tácito, pero no puede decirse lo mismo del 70 que solamente dispone que "El desistimiento importa renuncia del pretendido derecho resarcitorio". Podría argumentarse que la norma es genérica y que por lo mismo comprende a las dos clases de desistimiento, pero también cabe razonar que al no indicar ninguno de ellos, la interpretación lógica es la de que se refiere sólo al desistimiento expreso, interpretación que además de ser justa, que la otra no lo es, se conforma con la legislación y la doctrina italiana que, como antes se indicó, es el punto de partida de los demás Códigos mencionados. En consecuencia, la Sala considera que, conforme a los artículos 69 y 70 del Código de Procedimientos Penales, el desistimiento que importa renuncia del derecho resarcitorio es sólo el expreso y no el tácito. . ." (Referida en *supra* No. 6.6.1.).

9. FORMALIDADES DE LA ACCION CIVIL

9.1. NOMBRE DEL IMPUTADO EN EL ESCRITO INICIAL:

9.1.1.: No es necesario indicar el nombre del imputado al formularse la acción civil resarcitoria, en virtud de lo dispuesto por los artículos 57 y 58 del C.P.P., pues aunque no se le mencione, legalmente se entiende formulada en su contra. Al denegar el Tribunal de juicio la indemnización civil por ese motivo, Casación consideró que violó, además, la regla del artículo 64 del C.P.P. que dispone que cuando no se dedujere oposición en las oportunidades establecidas por los artículos 61 y 63, la constitución del actor civil será definitiva (46).

9.2. OMITIR EL NOMBRE DEL ACTOR CIVIL EN EL ACTA DEL DEBATE Y EN LA SENTENCIA NO ES CAUSA DE NULIDAD:

9.2.1.: "La principal pretensión del impugnante es que se declare sin lugar la acción civil resarcitoria por desistimiento. Argumenta que no se consignó en el acta respectiva ni en la sentencia, la presencia del actor civil en el debate. Tampoco dicha parte firmó la referida acta. . . Las omisiones que se reclaman, ocurridas tanto en el acta del debate como en la sentencia, no causan ninguna nulidad, ya que las normas procesales que señalan los requisitos que deben reunir una y otra, no tienen dicha sanción. Además dispone el artículo 390 párrafo final del Código de Procedimientos Penales, que la falta o insuficiencia de las enunciaciones que debe contener el acta del debate no causan nulidad. . ." (47).

9.3. DOCUMENTOS PARA PRESENTAR ACCION CIVIL:

9.3.1.: Para constituirse en actor civil, no resultaba indispensable que hubiere acreditado con los documentos pertinentes, la propiedad del vehículo, sin embargo, pese a que se rechazó un incidente de oposición a la acción civil, y la constitución del actor civil fue definitiva, para acoger dicha acción en sentencia, los documentos sí debían tener el valor legal pertinente (48).

9.4. MOMENTO PARA CUESTIONAR LA PERSONERIA DEL ACTOR CIVIL:

9.4.1.: Ante un recurso en el cual se alegaba que el actor civil no acreditó ser el padre de la me-

---

(46) Véase, Res. No. 5—F de las 15:00 hrs. del 1 de marzo de 1979, de la SALA SEGUNDA PENAL.

(47) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 4—F de las 10:40 hrs. del 8 de enero de 1982.

(48) Véase, Res. No. 7—F de las 10:00 hrs. del 17 de marzo de 1980, de la SALA SEGUNDA PENAL.

nor ofendida y el propietario del vehículo dañado, por medio de certificaciones de los correspondientes registros públicos, la Sala lo rechazó por resultar informal, ya que se mezclaron en un mismo reclamo la violación de leyes procesales y sustantivas. Pero también agregó la Sala: "Por otra parte, según se ve del expediente, el demandado civil recurrente no reclamó aquellos defectos de la acción civil resarcitoria en la oportunidad señalada —bajo pena de caducidad— en el artículo 61 ídem; su oposición la basó en otros motivos muy distintos: alegó que el único autor responsable del desgraciado accidente de tránsito lo habría sido el propio actor civil, por manejar a excesiva velocidad y en forma descuidada, razones que invocó para oponer las excepciones de falta de derecho, falta de legitimatio ad causam pasiva y activa (sic), y la de sine actione agit. . ." (49).

9.5. INTERPOSICION DE LA ACCION CIVIL EN LA QUERELLA:

9.5.1.: Conforme a los artículos 431, inciso 4 y 57 del C.P.P., en delitos de acción privada, el querellante puede establecer la acción civil resarcitoria en la querella (50).

9.6. NO ES NECESARIA LA DECLARATORIA DE HEREDERO PARA FORMULAR LA ACCION CIVIL A ESE TITULO:

9.6.1.: "La eventual indemnización que podría corresponder a los presuntos herederos de una persona muerta como consecuencia de un delito, no forma parte de los bienes sucesorios del ofendido por no tratarse de bienes o derechos existentes al momento de la muerte del causante, sino que emergen con posterioridad, precisamente como consecuencia del hecho punible (art. 521 C.C.). En consecuencia, no existe razón para exigir al interesado la calidad de heredero declarado para poder reclamar la referida indemnización. . ."(51).

9.7. ACTOR CIVIL PATROCINADO POR ABOGADO SIN PODER ESPECIAL:

9.7.1.: El actor civil se presentó a la audiencia del debate con un abogado, pero este último no tenía poder especial. Por ello se solicitó se declarara desistida la acción civil. La Sala rechazó el recurso, conforme al artículo 87 del C.P.P., indicando que ". . .consta en el acta del debate la intervención del (abogado XX) en defensa de los intereses del actor civil. Inclusive formuló conclusiones al terminar el juicio. Su participación no fue objetada por ninguna de las otras partes. Tal situación permite inferir que actuó como director judicial del actor civil, quien por otra parte consta que rindió declaración en el debate. . ." (Referida en 9.2.1.).

9.8. NOTIFICACIONES:

9.8.1.: El auto que da curso a la acción civil no es necesario notificarlo personalmente al imputado:

". . .la acción resarcitoria se constituye, respecto al imputado, cuando sea notificado en el lugar designado con esa finalidad (art. 125 párrafo primero del C.P.P.). Tal notificación no constituye condición sine qua non de validez si no se efectúa en forma personal al imputado. . ." (52).

9.8.2.: Falta de notificación a los actores civiles causó nulidad del fallo:

Se casó una sentencia porque el Agente Fiscal no le notificó a la parte actora civil que el asunto se había elevado a juicio, basados en el artículo 348 del C.P.P., ya que tenía diferente asiento al

---

(49) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 86—F de las 16:55 hrs. del 1 de julio de 1983.

(50) Véase, Res. No. 74—A de las 10:00 hrs. del 18 de octubre de 1979, de la SALA SEGUNDA PENAL.

(51) Así, SALA SEGUNDA PENAL, Res. No. 56—F de las 10:30 hrs. del 13 de noviembre de 1978.

(52) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 91—F de las 10:35 hrs. del 18 de noviembre de 1981. En igual sentido, de esa misma Sala, Res. No. 112—F de las 10:00 hrs. del 23 de diciembre de 1981. La antigua SALA SEGUNDA PENAL, en Res. No. 62—F de las 15:00 hrs. del 24 de noviembre de 1978; y No. 56—F de las 10:30 hrs. del 13 de noviembre de 1978, da a entender que la no notificación personal es una nulidad relativa, subsanable al darse por enterado el encartado de la acción civil, conforme al inciso 2 del art. 149 del C.P.P.

del Juzgado Penal; así como también porque no le notificaron el auto de citación a juicio y el auto que convocaba a las partes al debate, lo que le impidió comparecer a la audiencia. En ese mismo caso, otro de los actores civiles que sí compareció al debate, alegó que no le notificaron el auto de citación a juicio, y que en la sentencia el Juez fijó prudencialmente sus partidas en sumas muy bajas, pero que si se le hubiera notificado la citación a juicio hubiera ofrecido pruebas para que las fijara más acorde con la realidad. Ello también lo acogió casación, anulando la sentencia y el debate, al considerarse violado el artículo 41 de la Constitución Política (53).

9.9. CASACION NO PUEDE ACORDAR EL PAGO DE LA INDEMNIZACION CIVIL EN TRACTOS:

9.9.1.: La defensa solicitó subsidiariamente, que se facultara a su defendido a pagar el monto de la indemnización en tractos. La Sala opinó: "La petición que formula la recurrente, defensora de la imputada, para que se permita el pago de la indemnización civil en tractos es un punto que debe resolverse conforme a derecho corresponda, al Juzgado a quo. . ." (54).

10. CONSECUENCIAS CIVILES DEL HECHO PUNIBLE

10.1. DAÑO MATERIAL:

10.1.1.: Bases — salario mínimo:

Para determinar el daño material ocasionado a un ofendido, en virtud de lesiones que le produjeron una incapacidad parcial permanente, no se tomó en cuenta que su actividad era la de vender leña que al parecer le regalaban, o sea no se tomó en cuenta el valor de la leña, sino que lo ubicaron en la categoría de peón según el Decreto de Salarios Mínimos vigente, y en base a ese salario mínimo hicieron los cálculos, orientados por el perito actuario matemático (55).

10.1.2.: Rechazo de partida por no demostrarse condición de comerciante:

Se rechazó una partida cobrada por la ofendida, porque se solicitó por la incapacidad sufrida a consecuencia de una lesión, argumentando que era comerciante, pero como en el juicio se acreditó que era de oficios domésticos, y no se pidió otra partida en subsidio tomando como base su ocupación, no se acordó la partida. (Referida en *supra* No. 3.2.2.).

10.1.3.: Reducción del monto por culpa de la víctima:

En los casos de los artículos 127, 128 y 129 del C.P. de 1941, cuando la víctima haya contribuido por su propia falta a la producción del daño, los jueces podrán reducir equitativamente el monto de la reparación, conforme a los artículos 132 del C.P. de 1941 y 105 del C.P. de 1970; sin embargo ello es una cuestión facultativa de los jueces, no una consecuencia obligatoria ante tal supuesto (56).

10.1.4: Dictamen médico provisional en cuanto a la incapacidad para el trabajo:

Cuando existe imposibilidad absoluta para fijar la indemnización, cuando el dictamen médico es provisional en cuanto a la incapacidad para el trabajo, por quedar sujeto a lo que se determine con posterioridad a la sentencia, los Tribunales Penales deben abstenerse de fijar esos daños y perjuicios futuros, y deben fijar los que sí sean determinables al momento de la sentencia. (Referida en *supra* 3.2.3.; véase también *supra* 3.2.4.).

---

(53) Véase, Res. No. 11—F de las 10:20 hrs. del 21 de enero de 1982, de la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

(54) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 28—F del 23 de abril de 1982.

(55) Véase, Res. No. 19—F de las 10:00 hrs. del 27 de mayo de 1980, de la SALA SEGUNDA PENAL.

(56) Véanse, Res. No. 56—F de las 10:30 hrs. del 13 de noviembre de 1978; y No. 15 de las 16:00 hrs. del 14 de mayo de 1980, ambas de la SALA SEGUNDA PENAL.

10.2. DAÑO MORAL:

10.2.1.: Procedencia en delitos que no son contra el honor:

Se reconoció daño moral por un delito de tentativa de homicidio, en virtud de que el ofendido sufrió daño psíquico, debido a la parálisis resultante del delito, a la imposibilidad en que queda de poder trabajar, a las molestias que su situación le ocasiona tanto en cuanto a su seguridad personal, como en cuanto al goce de sus bienes, así como por el ataque que ello implica a sus afecciones íntimas, a sus relaciones familiares y sociales (57).

10.2.2.: Procedencia del daño moral sufrido por un menor:

Es procedente la reparación del daño moral incluso en aquellos delitos que no sean contra el honor, conforme a los arts. 125 y 126 del C.P. de 1941. Sin embargo, tratándose de una menor ofendida, si bien fue el padre quien ejerció la acción civil resarcitoria, debe entenderse que la partida acordada por daño moral es para su menor hija (58).

10.2.3.: No es indemnizable el daño moral de terceros:

"De acuerdo a nuestra legislación y jurisprudencia es innegable que el daño moral es resarcible pero únicamente en favor de la persona que lo sufrió y fallecida ésta puede trasmitirse a sus acreedores alimentarios en primer término y en subsidio a sus herederos, pero no autoriza el pago del daño moral puramente sentimental que evidentemente se produjo a terceros. En el caso concreto y por haber fallecido el ofendido muy poco tiempo después de haber sido atropellado, ese daño moral no se produjo. . . Al acordar la sentencia esa indemnización por daño moral, sin haberla sufrido el ofendido, violó por aplicación indebida los artículos 122, inciso 2 y 125 del Código Penal de 1941. . ." (59).

10.2.4.: Ibídem:

". . .nuestra legislación y por ende nuestra jurisprudencia, no ha aceptado el daño moral, agravio afectivo de carácter puramente sentimental, que produce en toda persona la pérdida de un ser querido. En el aspecto en que lo indica el perito de el "apoyo moral y material que significa el padre", no es aceptable, sino únicamente en el apoyo material, pues la jurisprudencia ha establecido, que el daño moral, como sufrimiento físico o secuelas psíquicas de un hecho punible sólo son indemnizables en favor de quien las sufre directamente" (60).

10.2.5.: El daño moral puede fijarlo prudencialmente el juez:

El daño moral lo puede establecer, prudencialmente, el juez, conforme al artículo 125 del C.P. de 1941, y por tratarse de una función discrecional, ese monto no es controlable en casación (61).

10.3. LUCRO CESANTE:

10.3.1.: Procedencia:

Indirectamente la Sala reconoció su procedencia, al pronunciarse sobre un recurso de casación que solicitaba se rebajara el monto del lucro cesante. Al respecto afirmó la Sala: "En cuanto a la fijación que hace el fallo del lucro cesante por la no explotación del taxi, si bien es cierto que el Instituto Nacional de Seguros reconoce la suma de cien colones diarios, ello no impide al juzgador fijar otra suma a cargo de un particular, si especiales circunstancias lo justificaran, como con acierto lo explica el fallo cuestionado. . ." (62).

10.4. INTERESES:

10.4.1.: Entre las partidas reclamadas por el actor civil en un caso de estelionato (originado en

---

(57) Véase, Res. No. 19—F de las 10:00 hrs. del 27 de mayo de 1980, de la SALA SEGUNDA PENAL.

(58) Véase, Res. de las 10:25 hrs. del 9 de abril de 1980, de la SALA PRIMERA PENAL.

(59) Así, SALA SEGUNDA PENAL, Res. No. 56—F de las 10:30 hrs. del 13 de noviembre de 1978. En igual sentido, de esa misma Sala, Res. No. 21—F de las 15:45 hrs. del 4 de mayo de 1977.

(60) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 8—F de las 10:35 hrs. del 10 de enero de 1983.

(61) Véase, Res. No. 62—F de las 15:00 hrs. del 24 de noviembre de 1978, SALA SEGUNDA PENAL.

(62) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 118—F de las 10:35 hrs. del 22 de octubre de 1982.

que el imputado dispuso del bien pignorado), se cobraba la deuda que el imputado había contraído, así como los intereses moratorios de esa deuda. El Tribunal de juicio absolvió, y Casación condeno. La Sala también declaró con lugar la acción civil, acogiendo las partidas cobradas por el capital, más los intereses moratorios de aquella deuda, conforme a los artículos 706 del Código Civil; 1046 del Código de Procedimientos Civiles; y, 497 del Código de Comercio (63).

10.4.2.: No encontramos resoluciones de Casación que hicieran referencia expresa a la procedencia de la condenatoria de intereses sobre la suma de dinero que se imponga por resarcimiento del daño material (cuando tal daño no sea originado en cumplimiento de obligaciones civiles). A título ilustrativo un Tribunal Superior condenó al imputado a pagarle al actor civil una determinada suma de dinero, y sobre esa suma lo condenó además, a pagarle intereses legales a partir de la fecha de la sentencia, intereses que lógicamente no liquidó (64). En iguales términos, fijando los intereses al 8 por ciento, se pronunció un Juez Penal, y Casación no hizo ninguna observación al respecto, pues aunque se impugnó la condenatoria civil, no lo fue específicamente por haber condenado en intereses (65).

10.4.3.: En un caso de estelionato por doble venta de un bien, mantuvo Casación un fallo de un Tribunal de juicio, el cual condenó al demandado civil a pagarle al actor civil una determinada suma de dinero (equivalente al precio de la venta), y además sus intereses al seis por ciento anual a partir de la fecha en que el imputado había recibido ese dinero y hasta su efectivo pago (66).

10.5. INDEMNIZACION FIJA EN SEDE PENAL EN CASO DE CHEQUES:

10.5.1.: "Cuando un cheque no se haya pagado por falta de fondos, el tenedor tendrá derecho a exigir a título de daños y perjuicios y como indemnización fija, el veinticinco por ciento de la suma no pagada. Esa indemnización civil, según el artículo 817 del Código de Comercio procede cuando el cobro del reembolso respectivo se efectúa en vía ejecutiva. No cabe duda que la condenatoria en daños y perjuicios se dispuso para sancionar a quien no hubiere pagado un cheque y para garantizar el pago y el cobro respectivo al beneficiario de dicho título. Desde ese ángulo resulta correcta la condenatoria civil que se haga en sede penal, a título de daños y perjuicios y como indemnización fija, en el veinticinco por ciento de la suma no pagada, pues la situación es la misma, ya que la persona a cuyo favor se gira un cheque se ha visto compelida a formular una acción civil resarcitoria para obtener el correspondiente reembolso. . ." (67).

10.6. NULIDAD DE CONTRATOS EN SEDE PENAL:

10.6.1.: El Tribunal de juicio consideró que actuación del encartado no era constitutiva del delito de estafa y falsedad ideológica de instrumento público con ocasión de estafa, por considerar dudosa su intención de defraudar a los ofendidos, hechos que giraban alrededor de una escritura pública por medio de la cual los ofendidos le vendieron al imputado un inmueble. Sin embargo, el Tribunal acogió la acción civil, únicamente en cuanto solicitaba se declarara nula esa compraventa porque en la escritura no se indicó el precio. La defensa recurrió en Casación, y la Sala no anuló el fallo, considerando ajustada la condenatoria civil en cuanto se declaraba nula la compraventa y se disponía la correspondiente cancelación en el Registro Público. Afirmó la Sala: "Se alega en el recurso que los juzgadores, no obstante haber absuelto al encausado R.A.M., declararon la nulidad de la compraventa de la finca de los ofendidos Z.S., quebrantando las normas de los artículos 1040, 1056, 836 y 838 del Código Civil. El hecho

(63) Véase, Res. No. 77—F de las 10:45 hrs. del 6 de octubre de 1981, de la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

(64) Véase, sentencia de las 15:30 hrs. del 3 de agosto de 1977, del TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO PENAL, SECCION PRIMERA.

(65) Véase, Res. No. 13—F de las 10:20 hrs. del 14 de enero de 1983, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

(66) Véase, Res. No. 58—F de las 10:25 hrs. del 27 de mayo de 1983; SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

(67) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 140—F de las 10:00 hrs. del 15 de octubre de 1982.

de que la compraventa se realizara ante Notario Público, como en el presente caso ante el licenciado E.F.J.B., si no reúne los elementos constitutivos de ese contrato no puede surgir a la vida jurídica. El artículo 1049 citado establece que la venta es perfecta entre las partes desde que convienen en cosa y precio. En el presente caso está bien determinado el objeto de la compraventa que es la finca de los hermanos Z.S., pero no se estipuló de manera precisa el monto del precio, como está acreditado en el fallo. . . Toda esta actuación pone en evidencia que A.M., al formalizar la compraventa de la finca de los señores Z.S. éste quedó imperfecta y como por otro lado, los personeros de ellos pidieron oportunamente su nulidad, bien decretada fue su inexistencia por el Tribunal de juicio, sin que por ello hubiera aplicado indebidamente los artículos 1049, 1056, 836 y 838 del Código Civil. . ." (68).

10.7. OBLIGACION DE SUSCRIBIR ESCRITURA IMPUESTA EN UNA SENTENCIA PENAL:

10.7.1.: Se tuvo por demostrado que E.D.M. envió, desde el extranjero, una suma de dinero a su hijo, el imputado P.D.L., para que este último le comprara un inmueble en Costa Rica, y que cuando estuviere en el país, el imputado se lo traspasaría a su padre. El imputado compró el inmueble, inscribiéndoselo a su nombre, pero cuando su padre estuvo en el país, no quiso transmitir la propiedad. El Tribunal de juicio lo condenó por estafa, y acogió la acción civil disponiendo, entre otras cosas: ". . .se condena al demandado civil P.D.L., a restituir el bien origen de esta causa a la sucesión de quien en vida fuera E.D.M. . . ., la que deberá ser devuelta libre de gravámenes con los impuestos municipales y territoriales al día, si ello no fuere posible se procederá conforme a lo dispuesto por artículo 123 del Código Penal de 1941, en vigencia según ley citada. . . Si la restitución y el pago de las sumas dichas no se lograre por simple orden del Tribunal, el presente fallo se ejecutará en cuanto a esos extremos se refiere, ante el Juez Civil que corresponda" (69). El imputado recurrió en casación, y la Sala acogió el recurso en cuanto al aspecto penal, pues consideró que la acción del encartado constituía ". . .un incumplimiento de un compromiso que tiene trascendencia meramente civil y no penal. . ."; sin embargo rechazó el recurso en cuanto a la acción civil resarcitoria, y mantuvo lo dispuesto por el Tribunal de juicio, señalando: "No obstante haber recaído sentencia absolutoria y por economía procesal, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 11 y 398 del Código de Procedimientos Penales, debe mantenerse el fallo en cuanto ordena la restitución del inmueble de referencia a la sucesión de E.D.M. en los términos en que lo disponen la sentencia objeto de este recurso" (70).

10.8. COSTAS EN GENERAL:

10.8.1.: Obligación de pronunciarse, aún cuando no se soliciten:

No es necesario solicitar expresamente la condenatoria en costas, para que éstas sean concedidas. La parte civil no está obligada a formular esa petitoria. Afirmó Casación: ". . .cierto es que la razón dada por el Tribunal para abstenerse de condenar en costas, por la circunstancia de no haber sido pedidas éstas, no es de recibo, por las razones que invoca el recurrente y las citas legales que hace al respecto, que no lo obligan a hacer tal petitoria. . ." (71). Agregó en otra oportunidad la Sala: "Consecuencia necesaria de toda resolución que ponga término a la causa, es la condenatoria al pago de las costas procesales y personales. Así lo dispone el artículo 543 del Código de Procedimientos Penales, contentivo de "una regla procesal terminante y absoluta, según el juicio de Aguilera Paz sobre su precedente español. . ." (Código Procesal Penal, provincia de Córdoba, anotado por

---

(68) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 101—F de las 11:00 hrs. del 8 de octubre de 1982.

(69) Así, TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO PENAL, SECCION SEGUNDA, Res. No. 224—81 de 17:00 hrs. del 6 de octubre de 1981.

(70) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 105—F de las 10:10 hrs. del 15 de octubre de 1982.

(71) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 44 de las 14:00 hrs. del 4 de noviembre de 1980.

Ricardo C. Núñez, páginas 560 y 561). En consecuencia la condenatoria en costas, procesales y personales de la acción penal, no constituye como lo reclama el recurrente un vicio de "ultra petita". No se ha producido entonces la violación del artículo 84 del Código de Procedimientos Civiles" (72).

10.8.2.: Es posible eximirlas al litigante de buena fe:

Es posible eximirlas aún al imputado o demandado civil que hubiere litigado con evidente buena fe. Así se resolvió porque no se opuso en los términos oportunos a la acción civil resarcitoria (arts. 61, 62 y 76 del C.P.P.); aceptando tácitamente su procedencia. (Referida de primero en nota anterior, No. 10.8.1.).

10.8.3.: Es posible condenatoria en costas en abstracto:

En cuanto a costas, Casación ha condenado en abstracto, sea sin fijar su monto. (Véanse resoluciones referidas en *supra* No. 6.7.1.).

10.8.4.: Admisibilidad del recurso de casación en cuanto a costas:

En cuanto a costas, hay casos en que el recurso de Casación es admisible, y otros en que resulta inadmisible. (Véanse sentencias referidas en *supra* Nos. 4.4.1.; 4.4.2. y 4.4.3.).

10.9. HONORARIOS DE ABOGADO:

10.9.1.: Reglas para fijarlos por hechos anteriores al decreto de 1982:

Actuando la Sala de Casación como Tribunal de juicio, en un caso de injurias por la prensa, fijó los honorarios de abogado en forma prudencial, conforme al inciso i) del art. 1 de la Ley 1128 de 17 de enero de 1950 y artículo 1046 del Código de Procedimientos Civiles (73).

10.9.2.: Fijación de honorarios, cuando no sea entre abogado y su cliente:

"En la fijación de los honorarios para los abogados, que deba hacerse al resolver una acción civil resarcitoria, son de cumplimiento obligatorio los artículos 1046 del Código de Procedimientos Civiles y el inciso i) de la Ley No. 1128 del 17 de enero de 1950. En efecto, se trata de honorarios que no están expresamente señalados en los artículos anteriores al numeral 1046 referido, por lo que, su determinación debe hacerse, como lo mandan las normas legales precitadas, de acuerdo con las reglas de la equidad y de la prudencia. Si bien el artículo 1 de la Ley No. 1128 se refiere a la regulación de los honorarios de abogado, entre éste y su cliente, por falta de disposición expresa que regule el caso que nos ocupa, su aplicación supletoria en relación con el citado 1046 resulta procedente" (74).

10.9.3.: Es utilizable en sede penal el incidente privilegiado de cobro de honorarios:

"El incidente privilegiado de cobro de honorarios, establecido y regulado por el artículo 153 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, permite a los Profesionales en Derecho lograr el efectivo pago de honorarios por parte de sus clientes, mediante un trámite sumarísimo, sin que la facultad de recurrir a él esté limitada a un convenio de cuota litis ni a ningún otro origen convencional o contractual. Lo único que se requiere es una causa justa para hacer el reclamo, y la misma no es otra que la prestación de servicios profesionales. Claro que el abogado puede recurrir, si así lo prefiere, y previa renuncia a la vía incidental privilegiada, al juicio declarativo... Puede en consecuencia afirmarse que por el trámite de incidente privilegiado de cobro de honorarios, debe el juez asegurar el cumplimiento de un contrato de cuota litis, o bien, fijar el monto de los honorarios que el cliente debe pagar a su abogado y compelir su cumplimiento... Ahora bien, a falta de convenio entre las partes, la fijación de honorarios debe ser hecha en forma prudencial, según lo dispone el artículo 1 inciso i) de la Ley No. 1128 de 17 de enero de 1950..." (75).

---

(72) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 104—F de las 10:00 hrs. del 15 de octubre de 1982.

(73) Véase, Res. No. 57—F de las 10:45 hrs. del 14 de julio de 1981, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

(74) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 44—F de las 10:20 hrs. del 28 de mayo de 1982.

(75) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Res. No. 40—F de las 9:00 hrs. del 13 de abril de 1983.

NOTAS DE JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO

Dr. Diego Baudrit Carrillo

CONTENIDO

Pág.

A. La igualdad de las partes

1. Los jueces no pueden resolver puntos no propuestos en el debate 146
   Sent. 1 p.m., 22 mayo 1889, MORA c/ MORA.
2. Los jueces no pueden fundar sus fallos en hechos no debatidos en el juicio 148
   Sent. 1 y 51 p.m., 27 febrero 1912, CORDOBA c/ MORA.

B. El respeto de los derechos de la defensa

1. Las partes tienen el derecho de utilizar todos los instrumentos procesales para su defensa 149
   Sent. 14 horas 10 minutos, 23 julio 1942, ROSING BROTHERS & Co. c/ AGUILAR MONGE y otro.
2. El fallo no puede perjudicar a quien no ha sido oído en juicio 151
   Sent. 3 y 5 p.m., 4 marzo 1908, CASTRO c/ NUÑEZ.

NOTAS DE JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO

El proceso civil, que sustituyó en la historia del derecho a la venganza privada, como se sabe, supone una igualdad absoluta de los contendientes para exponer sus argumentos en apoyo de sus pretensiones, y, consecuentemente, de conocer los argumentos y las pretensiones del contrario para poder debatirlas.

El propósito de ese principio general es permitir al juez hacer justicia. Es la garantía necesaria de una buena justicia (VIZIOZ, Henry, *"Etudes de procédure"*, Bière, Burdeos, 1956, No. 240). En efecto, si las partes tienen la oportunidad de conocer las pretensiones de sus contrarios y también pueden analizarlas frente al juez en tiempo útil, el tribunal tendrá ante sí el marco completo de los intereses de las partes, para determinar cuál es la regla de derecho aplicable a los hechos que va a tener por probados.

Las dos manifestaciones más importantes del principio del contradictorio, que así es como se conoce la regla que analizamos, han sido objeto de pronunciamientos de nuestra Corte de Casación. Ese alto Tribunal, al decidir casos concretos, ha establecido reglas de aplicación general en lo que concierne la igualdad de las partes en el proceso (A) y el respeto de los derechos de la defensa (B).

A. LA IGUALDAD DE LAS PARTES EN EL PROCESO.

En tesis de principio, los sujetos de derecho que acuden a un tribunal como partes de un proceso civil, tienen capacidad de obrar, concretada específicamente en la capacidad de manifestar sus pretensiones. Cuando manifiestan sus pretensiones, ya sea en la forma de una demanda o de una defensa, provocan el efecto de obligar al tribunal a pronunciarse sobre los aspecto de hecho y de derecho que someten válidamente a su conocimiento (WIEDERKEHR, Georges, *"Le principe du contradictoire"*, Rec. Dalloz, 1974, crón., p. 95).

Los tribunales tienen el deber, dentro del proceso, de garantizar el ejercicio de esa capacidad de obrar. Por ello, no pueden resolver puntos no propuestos en el debate ni fundar sus fallos en hechos no debatidos por las partes.

1. Los jueces no pueden resolver puntos no propuestos en el debate.

El artículo 84 del Código de Procedimientos Civiles vigente, ordena de manera categórica que las sentencias "No pueden comprender otras cuestiones que las demandadas". Ese enunciado es un principio de aplicación general en el proceso civil contradictorio. La Corte de Casación es una autoridad que vigila muy severamente la aplicación de esa regla, y en la sentencia que vamos a copiar, señala con precisión cómo opera el principio.

PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO.
Punto no propuesto en el debate.

1 p.m. del 22 de mayo de 1889 (p. 103) MORA c. MORA.

La demanda es para que se declare que el accionado está en la obligación de entregar a los actores una cantidad de dinero que les fue adjudicada en un juicio mortuorio, del que el demandado fue albacea.

El Juez Primero Civil de San José, en sentencia de las 11 a.m. del 29 de diciembre de 1887, declaró con lugar la demanda. La Sala Primera de Apelaciones revocó parcialmente esa sentencia, condenando al demandado a pagar únicamente lo que exigía uno de los actores. La Sala de Casación, conociendo de un primer recurso, anuló la sentencia por fallo del 11 de diciembre de 1888, y ordenó a la Sala de instancia que dictase de nuevo la sentencia que en derecho correspondiera.

La Sala Primera de Apelaciones procedió de conformidad, y a la una de la tarde del 22 de febrero de 1889, "declara legal la excepción opuesta é improcedente la acción intentada contra el ex-albacea. . . fundándose en que el demandado opuso en su contestación la excepción legal de no haber precedido a este juicio el de rendición de cuentas, y en ese concepto, sin apreciar por ahora la fuerza de las pruebas aducidas ni examinar tampoco la eficacia de la obligación que contrajera el mismo demandado, debe considerarse procedente de preferencia aquella excepción".

Los actores interpusieron nuevamente recurso

de casación, alegando mala aplicación de las reglas del procedimiento civil.

La Sala de Casación redacta así el fallo:

"Considerando:

1. Que don José Nicomedes Mora (el ex-albacea demandado) al contestar la demanda, en escrito del veinte de Octubre de mil ochocientos ochenta y seis, se limitó a negarla, sin oponer excepción alguna, habiendo aducido anteriormente las dilatorias de oscuridad en la demanda y falta de personería, que fueron resueltas en su oportunidad.

2. Que en este concepto, la Sala Primera de Apelaciones, al tener por opuesta y considerar y resolver la excepción que juzgó legal de no haber precedido al presente juicio el de rendición o examen de cuentas, abrazó en el fallo un punto que no ha sido objeto del debate y dejó de resolver las cuestiones propuestas en la demanda, e infringió por consiguiente el artículo 87 del Código de Procedimientos Civiles.

3. Que por el motivo antes indicado, la sentencia de que se ha interpuesto el presente recurso, debe ser casada. . .

Por tanto, . . .se declara procedente la casación pedida, y en consecuencia nula la sentencia de segunda instancia de que se ha hecho mérito. Vuelvan los autos a la Sala de segunda instancia para que dicte de nuevo sentencia con arreglo a derecho. Vicente Sáenz. A. Alvarado. Ezequiel Gutiérrez. Manuel V. Jiménez. Joaquín Aguilar. Vidal Quirós, Secretario".

Nota:

La doctrina contenida en este fallo ha sido reiteradamente aplicada por la Corte de Casación. Hemos calificado esta sentencia como pronunciamiento de principio, por cuanto aplica claramente, y sin reservas, una regla explícita de la ley.

En efecto, la sentencia de segunda instancia que fue casada, tuvo por improcedente la demanda basándose en una excepción del accionado, pero tal accionado no había presentado formalmente excepciones, sino que se había limitado a negar la demanda. No podían fundar su fallo los tribunales de instancia en una defensa que no se opuso, por lo que la casación es correcta: el juez no puede resolver una excepción que no se opuso.

El fallo de instancia podría haber tenido otros fundamentos, como los que hubieran resultado del análisis del derecho aplicable, a lo que está obligado el juzgador. La demanda podría haberse declarado improcedente por ilegal, pero no por acogerse una excepción del demandado.

La Corte de Casación se inclinó en este caso por aplicar pura y simplemente la ley. Da con ello una lección a los tribunales de instancia, que basándose en reglas llamadas de economía procesal, dejan de aplicar el texto expreso de la ley.

El fundamento doctrinal de la sentencia de nulidad lo encontramos en que el actor del juicio en cuestión no conoció nunca la existencia de la pretendida excepción, por lo que no pudo presentar a los tribunales sus puntos de vista referentes a ella. La sentencia anulada resolvió un punto esencial del pleito sin haber oído previamente a la parte interesada. La obligación fundamental de oír a los interesados no fue cumplida, formal ni materialmente.

Es importante destacar la sanción que tuvo la falta de los tribunales de instancia: la casación del fallo (VIZIOZ, op. y loc. cit.). En la especie, el proceso se prolongó excesivamente, por el sistema de reenvíos ilimitados que existía entonces. Pero la tesis de la nulidad de fallo por violación del principio del contradictorio nos parece que es de aplicación general, y que en cualquier tiempo, un tribunal de casación debe pronunciarse en el mismo sentido, cuando los tribunales de instancia resuelvan pretensiones o defensas que las partes no presentaron a su conocimiento oportunamente, ya que se entraría, en caso contrario, al campo de la arbitrariedad.

En fin, puede señalarse que en el caso comentado los jueces de instancia no tenían competencia para resolver como lo hicieron, ya que tal competencia la señala, precisamente, el conjunto de pretensiones y defensas de los contendientes. Al salirse el fallo de ese marco, los tribunales entraron al terreno de la ilegalidad.

(Ver, en especial, BAUDRIT, Diego, *"El principio del contradictorio o la igualdad de las partes en el proceso civil"*, Rev. Jud., No. 12, junio de 1979, esp. I, "La noción del contradictorio y su alcance admitido", p. 48 a 50; como referencias útiles, COUTURE, Eduardo J., *"Fundamentos del Derecho Procesal Civil"*, 3a. ed., Depalma, Bs. Aires, Nos. 115 a 122, y para derecho comparado, la obra colectiva dirigida por CAPPELLETTI, Mauro y TALLON, Denis, *"Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil"*, Giuffrè,

Milán, 1973; para derecho costarricense, ALCALA -ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *"Bases de trabajo para redactar el articulado del proyecto de Código Procesal Civil costarricense"*, Rev. Jud., No. 7, p. 32).

2. Los jueces no pueden fundar sus fallos en hechos no debatidos en el juicio.

Esta segunda manifestación del principio del contradictorio se enuncia también en el sentido que las partes tienen el derecho de discutir los hechos en que se funda el fallo, debiendo el tribunal asegurar la posibilidad de que ejerzan esas prerrogativas.

La sentencia de la Corte de Casación que pasamos a copiar contiene una aplicación pura y simple de ese principio.

PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO.
Carga de la alegación.
Hecho no invocado ni debatido en juicio.

1 y 51 p.m., 27 de febrero de 1912, (p. 172) CORDOBA c. MORA.

HECHOS: Véase la sentencia que se transcribe.

"Considerando:

1. Que como se ve el resultando segundo de este fallo, la contrademanda tiene por objeto que se declare que el actor está obligado á adquirir el edificio hecho en su terreno por el contrademandante, pagando á éste seis mil colones que según dictamen pericial dado en un pleito anterior al presente, le costó, y los intereses, por cuanto la elección que correspondía al actor conforme á la sentencia dictada en el primer litigio, está hecha y le obliga, con mayor razón si se atiende á lo convenido por ambos litigantes; y el demandado agrega en su respectivo escrito, que para el caso de que se desestime esa pretensión, contesta afirmativamente la demanda;

2. Que el debate ha versado, pues, en lo relativo á la contrademanda, sobre los hechos en que se apoya y que constituyen la causa de pedir en ella expuesta; y el contrademandante ha aducido como única prueba de su acción las certificaciones relacionadas con el hecho cuarto, y el escrito de demanda;

3. Que en la sentencia de segunda instancia, después de juzgarse que no existe el convenio alegado, ni resolución que declare obligado á Córdoba en virtud de las proposiciones hechas por él, se tiene por procedente la contrademanda con fundamento en un hecho invocado en la misma y que no se ha debatido en este juicio, cual es la venta hecha por Córdoba á un tercero de una porción de terreno que, se dice, es parte del solar en que debía establecerse la comunidad; por lo que es evidente la incongruencia del fallo con las pretensiones del contrademandante; con violación de los artículos 87 y 88 del Código de Procedimientos Civiles; y eso es motivo de casación con arreglo al artículo 963 del propio Código;. . .

Por tanto, declárase con lugar la casación pedida y nulo el fallo en segunda instancia... A. Alvarado. Frco. Ma. Fuentes. Benito Serrano. Alberto Brenes. Alfonso Jiménez. Ante mí, Jorge Guardia".

Nota:

En la doctrina procesal civil francesa se insiste en la regla que un tribunal "no puede fundar su decisión sobre ningún documento o elemento de apreciación que no haya sido conocido de todas las partes y que ellas no hayan estado en situación de discutirlo" (VIZIOZ, op. cit., No. 237).

La Corte de Casación costarricense derivó esa misma regla, en el fallo que comentamos, de la disposición legal que sanciona la incongruencia de los fallos (actualmente, artículo 84 del Código Procesal Civil), haciendo resaltar que la nulidad del pronunciamiento de instancia se debía a que se había fundamentado en un hecho no invocado en la demanda **"y que no se ha debatido en este juicio".**

El alcance del principio del contradictorio es aún más amplio, como arriba se explicó. No solamente prohíbe a los jueces invocar hechos no debatidos (en el sentido correcto del término, o sea, de hechos que no han tenido la oportunidad de ser discutidos por todas las partes del pleito), sino también, que inhibe a los juzgadores a fundar su fallo en documentos y otros elementos de prueba que no hayan sido conocidos por las partes.

Un serio obstáculo a ese principio lo constituye la llamada "prueba para mejor proveer". Utilizando la facultad que tienen los jueces de ordenar medidas de instrucción y de traer al proceso documentos que las partes no han invocado, cabría la posibilidad de entrar al terreno de la arbitrariedad, con violación al principio de la igualdad de las partes (Ver BAUDRIT, Diego, *"El principio del contradictorio. . ."*, op. cit., parte II, "Debe el juez observar, él mismo, el principio del contradictorio").

Sin embargo, el juez puede hacer un uso razonable de esa facultad, advirtiendo previamente a las partes de su decisión de ordenar nuevas medidas de instrucción, para que antes de la sentencia, pueden hacérsele llegar las observaciones del caso, precisamente antes de que se reciba la prueba (que sería la única oportunidad procesal de hacerlo válidamente). Lo que es inadmisible es que el juez, sin prevenir a las partes, califique en la sentencia un documento presentado extemporáneamente o sin las formalidades del caso (que permiten la discusión libre), de prueba para mejor proveer, para basar en él su pronunciamiento. Esa actitud, que no es extraña a nuestros tribunales, constituye una violación grave a este principio que pretende asegurar una buena justicia.

Nótese el respeto que en otros sistemas se tiene al principio del contradictorio, con la posición del Consejo de Estado francés, que lo aplicó aún en ausencia de un texto legal expreso, derivándolo de los principios generales del derecho (VIZIOZ, op. cit., No. 237).

El principio del contradictorio tiene en nuestro sistema una base constitucional, ya que consideramos que la regla que establece que todo es igual ante la ley (artículo 33 de la Constitución Política) es una disposición inderogable que debe ser respetada por todos, principalmente por los tribunales de justicia, y en asuntos que, como el proceso civil, dependen esencialmente de la libertad de las partes que ejercen conforme su autonomía volitiva (WIEDERKEHR, *"Le principe. . ."*, op. cit.), La sanción a la falta de respeto al contradictorio, no puede ser otra que la nulidad del fallo, como bien lo señala en la especie la Corte de Casación (en derecho francés, la Corte de Casación controla, **de oficio**, la aplicación de ese principio; BORE, Jacques, *"La cassation en matière civile"*, Sirey, París, 1980, No. 1319).

B. EL RESPETO DE LOS DERECHOS DE LA DEFENSA.

Para algunos autores el principio del respeto de los derechos de la defensa (en el sentido de la defensa de los intereses de las partes) es un concepto general dentro del que se especifica el principio del contradictorio; para otros, se trata de una misma noción (BAUDRIT, Diego, *"El principio del contradictorio. . ."*, op. cit, "La noción. . ."; VINCENT, Jean y GUINCHARD, Serge, *"Procédure civile"*, 20 ed., Précis Dalloz, París, 1981, No. 393). En este último sentido lo tratamos aquí, considerando que sólo puede haber oportunidad de un debate justo si se respeta el derecho que tienen los litigantes de utilizar todos los instrumentos procesales para hacer valer sus pretensiones y si el fallo se dirige sólo a aquellos sujetos que pudieron debatir los hechos y el derecho que estaba en cuestión.

1. Las partes tienen el derecho de utilizar todos los instrumentos procesales para su defensa.

Este principio se conjuga con el derecho que tiene toda persona para acceder a la justicia (BAUDRIT, Diego, *"Reflexiones sobre el acceso a la acción civil"*, Rev. Ciencias Jurídicas, No. 34, enero - abril 1978), que se funda en garantías constitucionales (artículos 27, libertad de petición, y 41, derecho a pedir la protección de intereses legítimos, ambos numerales de la Constitución Política). Es un principio general, que se ilustra con una sentencia de 1942, en que la Corte de Casación fijó el alcance de esa regla.

PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO.
(Respeto de los derechos de la defensa).

14:10 horas del 23 de julio de 1942 (p. 724)
ROSING BROTHERS & Co. c. AGUILAR MONGE Y OTRO.

Hechos: los que interesan para este asunto se reseñan en la sentencia de la Sala de Casación (redactada por el Magistrado Vargas Pacheco), así:

"Considerando:

I. Que en la sentencia de primera instancia, no modificada en esto por la de segunda, se establece que la prueba de peritos calígrafos aducida para comprobar la autenticidad de la carta en que hizo Enrique Wollenweber una oferta de compra de la finca de que se trata, fue declarada inevacuable y que por eso no se podía admitir tal documento como auténtico ni se podía tener por probada la existencia de los daños y perjuicios en cobro;

II. Que, como se ve, se trata de una prueba principal en el juicio y se explica así que el actor insistiera en revivirla y solicitara la recepción de ella para mejor proveer, del juez que conocía del negocio, y de acuerdo con el artículo 888 del Có-

digo de Procedimientos Civiles, del tribunal de apelaciones;

III. Que en primera instancia se declaró la inevacuabilidad de la prueba porque el perito no pudo cumplir con su cometido debido a la carencia de documentos indubitados para el cotejo y por haber corrido veinte días de abandono; y en segunda instancia no se accedió a la recepción pedida, porque se consideró que no era ilegal la inevacuabilidad declarada en primera instancia y porque el actor no recurrió de la resolución en que se hizo tal declaratoria; pero no se advirtió que se trataba de cotejar la firma de una carta presentada en otro juicio, en el que dice el apoderado del actor que aparecen documentos con la firma del suscritor de aquélla, y que según el inciso 2 del artículo 889 del Código de Procedimientos Civiles, la proposición en segunda instancia de prueba que no sea documental o confesional, puede tener lugar cuando se trate de prueba declarada inevacuable en primera instancia de modo ilegal en concepto del litigante;

IV. Que aun cuando se hubiese creído que es demasiado amplio eso de que la ley deje al concepto del litigante la legalidad o ilegalidad del rechazo de la prueba, es lo cierto que la parte actora en su escrito del doce de setiembre último para la Sala Civil, afirmó que esa prueba fue declarada inevacuable en forma ilegal y el artículo 247 del Código de Procedimientos Civiles dispone que sobre incidencias creadas con motivo de la práctica, inevacuabilidad o nulidad de las pruebas, no se dará más recurso que el de revocatoria, pero que la Sala Civil podrá en su oportunidad ordenar la recepción de aquellas probanzas declaradas inevacuables o nulas que estime convenientes para la averiguación de los hechos; de modo que las razones que dió la Sala Civil para no mandar evacuar la prueba, sean las de que no se proporcionaron los documentos para el cotejo y de que el interesado no pidió revocatoria de la resolución sobre inevacuabilidad, fueron, como dice el recurrente, fundamentos que no venían al caso: en realidad, la limitación cierta de la ley al respeto, es la de que el tribunal de alzada sólo ordenará recibir la prueba pertinente e indispensable para la decisión del pleito; pero en este caso no ha dicho aquel tribunal que se trate de prueba impertinente o innecesaria y conviene a los intereses de las partes que la declaración sobre ese punto, sea expresa y razonada; no simplemente tácita;

V. Que por lo expuesto ha habido la infracción de leyes que establecen el procedimiento reclamado en el recurso, como acto de indefensión para la parte demandante, según lo dicho en el considerando primero, y procede la recepción de la prueba pericial caligráfica y también la ampliación de la agrícola, por serle aplicable a esta última, en lo conducente, lo que queda considerado; en el procedimiento se estará a las indicaciones que para el cotejo hace la parte interesada o sea la parte actora, en su escrito de doce de setiembre de mil novecientos cuarenta y uno;

Por tanto, se declara con lugar, por la forma, el recurso interpuesto y vuelvan los autos al tribunal de que proceden para los efectos de ley. V. Guardia Q. Francisco Solórzano. José María Vargas. G. Guzmán. Jorge Herrera. Alfredo Zúñiga, Srio. (Hay un voto salvado de los Magistrados Guzmán y Herrera).

Nota:

En la especie encontramos uno de los raros fallos de la Corte de Casación en que admite que ha habido indefensión. Es interesante notar que el formalismo cedió ante el principio procesal que analizamos, que garantiza a las partes el derecho de utilizar todos los medios legales para probar los hechos en que basan sus pretensiones.

Uno de los más profundos juristas franceses, ya fallecido, MOTULSKY, Henry, considera que el respeto de los derechos de la defensa es una manifestación actual del derecho natural (*"Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile"*, Dalloz, París, 1973, p. 68 ss.), que representa uno de los principios generales de derecho de aplicación inderogable. WIEDERKEHR señala acertadamente, el contenido del principio del respeto de los derechos de la defensa, que comprende la neutralidad del juez, la libertad de defensa, el derecho a la prueba, la existencia de vías de recursos y especialmente del recurso de casación, en cuanto éste garantiza el control de la legalidad de los fallos, al menos en el sistema francés, en que se permite una amplia discusión de esa materia (WIEDERKEHR, Georges, *"Droits de la défense et procédure civile"*, Rec. Dalloz, 1977, crón., p. 36). Esos conceptos los encontramos en la doctrina de la sentencia copiada.

Se consideró que la Sala de instancia fundamentó su resolución de rechazar el ofrecimiento de prueba, con argumentos que no venían al caso (que no se había pedido la revocatoria de la resolución que declaró la inevacuabilidad), puesto que lo único que está permitido es el rechazo de la prueba

impertinente (considerando IV). Un requisito que se estimó indispensable, es que el rechazo de la prueba haya sido ilegal, y se afirma que el control de esa ilegalidad lo ejerce el propio litigante (lo que no deja de ser sorprendente en un sistema procesal como el nuestro). Además, debe observarse que la prueba a que se refiere la sentencia, tiene la naturaleza de "principal", es decir, como el apoyo fundamental de las pretensiones de la parte que la ofreció.

La Corte de Casación (con un voto salvado de dos magistrados) reconoció el derecho que tienen las partes de que les sea recibida la prueba de sus pretensiones, aún en contra de disposiciones menores, o de segundo orden, de la legislación procesal (como las que reglan la inevacuabilidad). La Corte condenó el "acto de indefensión para la parte demandante", consistente en haberle rechazado una prueba principal pertinente.

Esta sentencia merece ser destacada, repetimos, porque señala cómo el respeto absoluto del formalismo procesal es sólo una actitud de los jueces, y no un defecto esencial del sistema, puesto que con los mismos textos, los magistrados de la Corte de Casación destacaron el lugar preponderante que tienen las cuestiones de fondo frente a las de mero trámite de la instancia.

2. El fallo no puede perjudicar a quien no ha sido oído en juicio.

Un principio que contenía la constitución de 1871 era que nadie podía ser condenado "sin haber sido oído y convencido en juicio", entendiéndose por "convencido" la situación de haber podido el perjudicado por una sentencia, discutir los hechos y el derecho antes del fallo.

Es una derivación del principio del contradictorio la regla enunciada en el acápite, que recoge aquel principio general de derecho, extrañamente excluido de los derechos y garantías individuales que enumera la Constitución vigente, pero no por eso menos aplicable que antes de 1949.

La Corte de Casación vigila la aplicación de ese principio, como lo revela la sentencia que sigue.

PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO.
Fallo que perjudica a terceros no oídos en juicio.

3 y 5 p.m. del 4 de marzo de 1908 (p. 149) CASTRO c. NUÑEZ.

Carlos Castro Solórzano demanda a la sucesión de Jacoba Núñez Vega, para que se declare que son propiedad de él las fincas que cita en su libelo, y que fueron rematadas en juicio ejecutivo hipotecario seguido por Rogelio Chacón Román contra la sucesión dicha. El actor alega que compró y pagó las fincas dichas en el remate celebrado en el juicio ejecutivo hipotecario, remate que fue anulado "en el concepto falso" de no haber transcurrido el término legal entre la primera publicación del edicto y la subasta, habiendo transcurrido efectivamente ese término.

El Juez Primero Civil de San José declaró sin lugar la demanda el 17 de agosto de 1907, y la Sala Primera de Apelaciones revocó esa sentencia, declarando "que el actor es dueño, por haberlas adquirido en remate, de las fincas a que el juicio se refiere".

El albacea de la sucesión demandada interpuso recurso de casación, alegando que la Sala Primera de Apelaciones no podía desvirtuar una resolución ejecutoriada, como fue la que anuló el remate, "contra la cual no cabía ya otro recurso que el de responsabilidad", y que el fallo recurrido es ilegal, "porque declara vivo el remate hecho en Carlos Castro, y nulo por consiguiente el segundo remate, sin que los postores, E. Goicoechea y compañía, dueños legales del inmueble disputado, o su posterior cesionario Juan Monge Guillén, hayan sido en forma alguna llamados al juicio".

La Sala de Casación falla el asunto así:

"Considerando:

1. Que lo enajenado en remate o pública subasta reviste los caracteres de la contratación, que se efectúa, por medio de Juez, entre ejecutante, ejecutado y rematario; y no puede por consiguiente, declararse la validez, insubsistencia o nulidad de una venta, sin que medie entre las partes contratantes el debate respectivo;

2. Que aunque en el presente caso ha podido ventilarse el punto fuera del juicio ejecutivo, por tratarse de la eficacia de un remate, de la existencia de un contrato; sin embargo no ha debido la Sala sentenciadora atender las pretensiones del actor, porque el fallo implícitamente perjudica derechos del ejecutante y de los nuevos rematarios, que no se oyeron en este juicio;

3. Que procedimientos en los cuales no han

tomado participio todos los del nexo en el juicio ejecutivo, á más de contrariar el principio general que señala nulidad de las resoluciones dadas sin audiencia de parte legítima, pueden también traer fallos contradictorios, como sucedería si en nuevo juicio triunfasen los últimos rematarios; se han violado, pues, los artículos 917, Código Civil, y 1102 del Código de Procedimientos Civiles, y cabe, por consiguiente, la nulidad de la sentencia recurrida, que declaramos;

Por tanto, . . .declárase procedente la casación pedida, y nula la sentencia de la Sala Primera. Vuelvan los autos á la misma para que falle con arreglo á derecho. A. Alvarado. J. Fed. González. A. Zambrana. Frco. Ma. Fuentes. F. Aguilar B. Ante mí, Alfonso Jiménez".

Nota:

La adjudicación de un bien en un remate judicial no es un contrato, como equivocadamente se indica en la sentencia copiada. Puede tener los efectos de un contrato, en el sentido que trasmite la propiedad de la cosa subastada mediante la obligación de pagar un precio, pero hay diferencias radicales con un convenio, que se revelan cuando se observa la ausencia del consentimiento del rematado en tal acto.

No es un contrato, pero es un acto jurídico. Por ello, la adjudicación hecha en un remate puede ser anulada si se presentaron en ese acto irregularidades que llevan a esa sanción.

La nulidad de un remate, por supuesto, sólo puede ser declarada judicialmente (como en general, la nulidad de cualquier acto jurídico). Esa sentencia también puede ser nula, si, como en la especie, no se llamaron al debate judicial todos los sujetos a quienes paraba perjuicio.

El acto jurídico complejo del remate y la adjudicación es de efectos jurídicos relativos, en el sentido que no es la generalidad de sujetos de derecho la que se encuentra involucrada en esas consecuencias, sino únicamente las personas que concurrieron a la subasta como rematado y como rematario. Pero también pueden presentarse otros sujetos, causahabientes del rematario, que deben ser llamados a juicio para que la sentencia los afecte jurídicamente hablando.

En el caso comentado se trataba de dos remates, el primero de los cuales había sido anulado. En el juicio en el que recayó la sentencia comentada, los tribunales de instancia declararon que ese primer remate se encontraba vigente, con lo que se aniquilaron los efectos del segundo remate, cuyos sujetos no habían sido llamados a juicio.

Se trataba de lo que se ha dado a llamar un caso de "litis consortium" en su naturaleza pasiva.

Efectivamente, la sentencia no podía ser válida para los sujetos del segundo remate, y por ello la nulidad declarada se conforma a la teoría de la "litis consortium".

Pero interesa destacar que la Corte fundamenta su fallo de casación señalando que la sentencia de instancia contraría **"el principio general que señala nulidad de las resoluciones dadas sin audiencia de parte legítima".**

Ese principio no tiene excepciones. Quien no ha podido discutir los hechos y el derecho en que se funda un fallo que lo perjudica, y no ha podido ejercer sus derechos de defensa, no puede ser afectado por una resolución judicial (WIEDERKEHR, *"Droits de la défense. . .",* op. cit.).

Consideramos que en el caso de la sentencia se encuentra una de las hipótesis de terceros legitimados para ejercer vías de recursos (ordinarios o extraordinarios), por pararles perjuicio el fallo (como serían los sujetos adjudicatarios del segundo remate, que podrían haberse apersonado en el trámite del recurso de casación, como parte principal, conforme le permiten nuestras leyes procesales). VINCENT y GUINCHARD, op. cit., Nos. 24 ss.

***