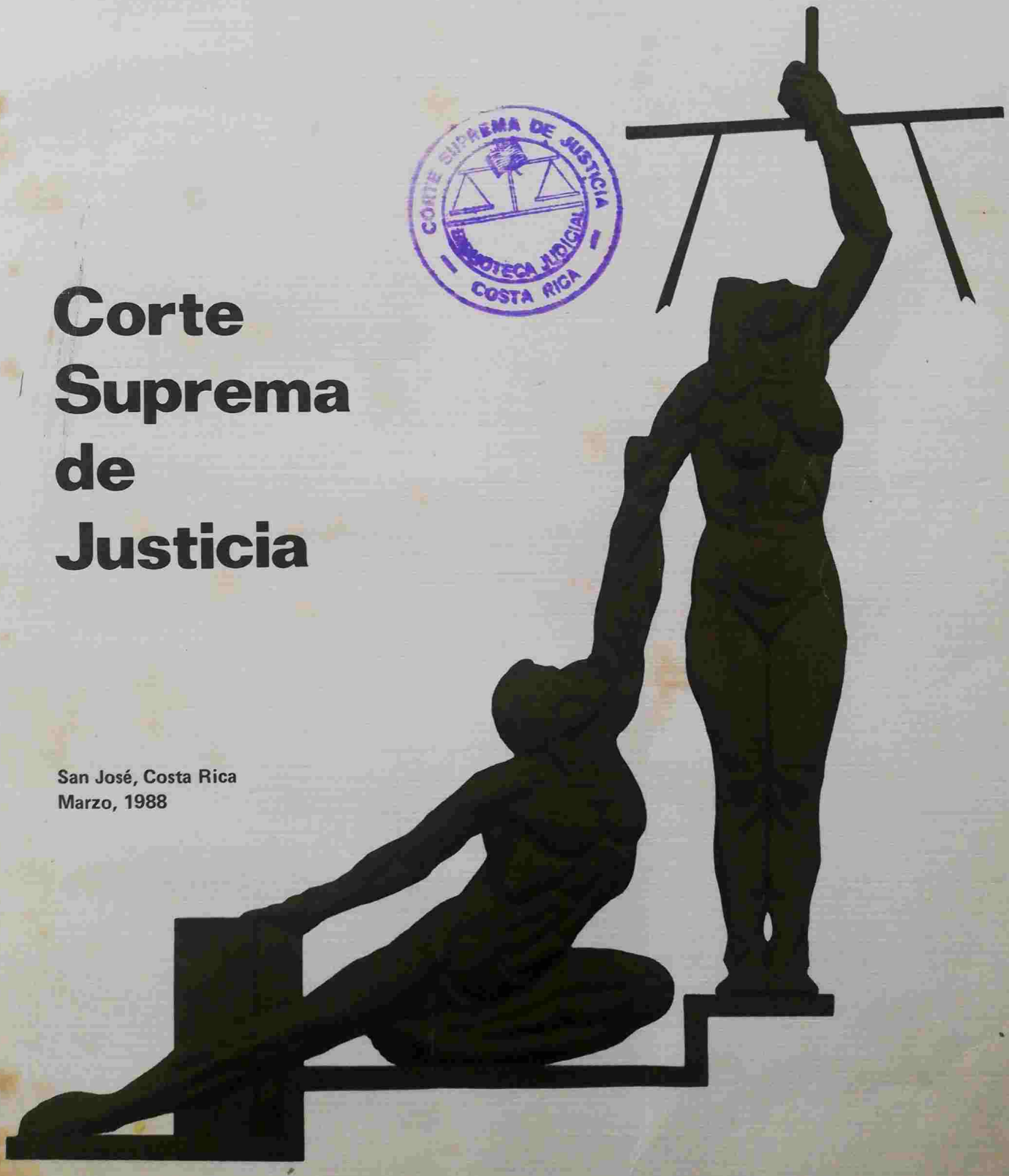
AÑO XII NÚM. 42

REVISTA JUDICIAL

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA JUDICIAL
COSTA RICA

Corte Suprema de Justicia



San José, Costa Rica
Marzo, 1988

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

REVISTA JUDICIAL

Año XII — Núm. 42 — Marzo, 1988

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA JUDICIAL
COSTA RICA

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.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



SUMARIO

Pág.

Presentación 5

Sección I: Estudios

Préstamo mercantil y arrendamiento de muebles 11
Dr. Diego Baudrit Carrillo

Reflexiones sobre el mercado de valores costarricense. II. Algunos aspectos jurídicos de la negociabilidad de valores en bolsa 19
Dr. Gastón Certad Maroto

La sucesión ab intestato y la protección de los derechos del supérstite en la familia de hecho 23
Dr. Francisco Luis Vargas Soto

En defensa del Código Civil (a propósito de sus aparentes desmembraciones) 41
Dr. Luis Baudrit Carrillo

Legítima hereditaria y Derecho Sucesorio costarricense. Necesidad de una reforma sustancial al Código Civil 53
Lic. Wilbert Arroyo Álvarez

Error e ignorancia en hipótesis negociales y extranegociales 85
Lic. Marcos Rivero Sánchez

El régimen jurídico de la educación privada en Costa Rica 115
Lic. Celín Edo. Arce Gómez

Nuevas tendencias en materia de responsabilidad civil 129
Dr. Víctor Pérez Vargas

Sección II: Reseña Legislativa Extranjera

El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada; la maternidad de alquiler 139
Dr. Pedro F. Silva Ruiz

Pág.

Sección III: Reseña Bibliográfica

Semiótica y Teoría del Derecho (Jackson) 147
Dr. E.P. Haba

Filosofía y Filosofía del Derecho (Rodríguez-Arias Bustamante) 148
Dr. Víctor Pérez Vargas

Sección IV: Información Normativa 149
Jimmy Vargas Durán

Sección V: Pronunciamientos especialmente relevantes

Contenido de votos salvados en resoluciones de interés 155
Licda. Cecilia Sánchez R.

Sección VI: Jurisprudencia 159
Digesto

PRESENTACIÓN

En el Centenario del Código Civil, la Revista Judicial ha considerado oportuna la preparación de un número especialmente dedicado a coadyuvar con los trabajos que, bajo la coordinación de la Comisión Revisora (Decreto N—17146—J, de 31 de julio de 1986) se han venido realizando, dirigidos precisamente a la revisión del Código Civil y que han contado con importante participación de varios colegas en la sede del Colegio de Abogados. Los temas que se incluyen en este número tienen, por lo general, este sentido crítico tan importante con relación a nuestras propias instituciones y contribuyen a la "constante reconstrucción del sistema" de que hablaba Paresce. No se intenta, en modo alguno, en esta entrega, agotar la amplia gama de problemas que presenta la actual regulación; se quiere, simplemente, contribuir en algo a que estas celebraciones no se queden en puro elogio del pasado, sino que, más bien, se conviertan en ocasión propicia para una adecuación de esta rama central del Derecho a los nuevos problemas, a los nuevos valores y a las nuevas perspectivas que ofrecen el Derecho Comparado en particular y, en general, la moderna ciencia jurídica. Los trabajos que presentamos se refieren a la materia mercantil (parte del Derecho Privado que no puede dejarse de lado en esta revisión), al Derecho Sucesorio, a la teoría general del error y la ignorancia y a la educación privada. Junto a la Sección de Estudios aparecen, como siempre, las secciones Reseña Legislativa Extranjera, Reseña Bibliográfica, Información Normativa, Pronunciamientos Especialmente Relevantes y Jurisprudencia.

Dentro de la referida Sección de Reseña Bibliográfica destacamos especialmente la contribución del distinguido jurista **Dr. Pedro F. Silva Ruiz,** Catedrático de la Universidad de Puerto Rico, donde enseña Derecho Civil. Su trabajo se denomina **"El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler"** y fue originalmente publicado por el Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Este estudio fue escrito a principios de mil novecientos ochenta y siete, estando pendiente ante un Tribunal de New Jersey el controversial caso de "Baby M", que ilustra la situación. El autor nos ofrece diversas definiciones de maternidad subrogada (australianas, norteamericanas e inglesas) y plantea agudos cuestionamientos éticos. En sus conclusiones sostiene que el Derecho debe aceptar y regular las técnicas y avances científicos contemporáneos, incluyendo los métodos alternos de reproducción humana, que se muestren conformes a la naturaleza y a la dignidad del hombre. Consideraciones éticas y valorativas, así como también jurídicas, en el orden indicado, son esenciales en el análisis y aceptación de dichas técnicas y métodos. Este importante comentario ofrece valiosa luz para la revisión del Libro de Personas del Código Civil que está plagado de imperfecciones técnico-jurídicas y no corresponde a la evolución de la realidad, ni de la ciencia jurídica, a pesar de su reciente reforma.

En la Sección de Estudios contamos, en primer lugar, con la participación del **Dr. Diego Baudrit Carrillo,** Catedrático de la Universidad de Costa Rica y Director de su Instituto de Investigaciones Jurídicas, con **"Préstamo Mercantil y Arrendamiento de Muebles".** El distinguido colaborador de la Revista hace ver la inadmisibilidad de la doble regulación de la materia contractual en nuestro país y su carácter nocivo, lo cual ofrece importantes motivaciones para la revisión de nuestro Derecho Privado. El autor confronta la regulación civil del arrendamiento de bienes muebles fungibles

con la existente en el Código de Comercio sobre "préstamo mercantil" e investiga los posibles criterios de distinción para llegar a diferenciarlos y admitir la vigencia del contrato de arrendamiento de muebles. El Dr. Baudrit afronta aspectos como la naturaleza jurídica de estos contratos y constata la diferencia de estructura en cuanto a la formación, las obligaciones de las partes, la causa y la ejecución. Posteriormente identifica el objeto propio de cada uno de ellos, dejando finalmente establecido que se trata de contratos distintos y que el contrato de arrendamiento de muebles no fungibles tiene plena vigencia; con esto el autor destruye la afirmación simplista de que lo que está vigente es el Código de Comercio por ser posterior. Finalmente comenta el tema de los intereses legales bajo dos diferentes aspectos: la tasa en que se computan los perjuicios por incumplimiento de obligaciones dinerarias y la que representa la remuneración del préstamo mercantil.

Continuamos con la serie de colaboraciones que, en tema de bolsa de valores, nos brinda el **Dr. Gastón Certad Maroto,** Catedrático de las universidades de Costa Rica y Autónoma de Centroamérica, al tiempo que Decano del Colegio Académico de esta última. El ilustre comercialista participa, en esta ocasión, con **"Reflexiones sobre el mercado de valores costarricense. II. Algunos aspectos jurídicos de la negociabilidad de valores en bolsa".** El Dr. Certad determina, en primer término, los valores que son objeto de negociación por excelencia en el mercado bursátil, afirmando que se trata de valores mobiliarios (especie de la categoría más amplia de los títulos valores) y determinando sus características (emisión en masa, identidad de derechos de los tenedores y adhesión en su adquisición o colocación). Pasa luego a la especificación de los requisitos que deben tener las empresas que emitan este tipo de títulos, lo mismo que a la identificación de sus obligaciones. Analiza los caracteres del vínculo que surge entre el Puesto de Bolsa y quien recurre a él para transmitir o adquirir valores mobiliarios y nos habla de los efectos jurídicos de esta relación, sin intentar agotar el tema, pero queriendo —afirma— abrir el apetito científico del lector. Pasa seguidamente al papel y derechos del inversionista y realiza algunas consideraciones sobre los factores que han dificultado en Costa Rica un mayor desarrollo bursátil, citando entre otros el carácter cerrado (o familiar) de gran parte de nuestras sociedades anónimas y enfatizando, finalmente, la necesidad de que los abogados pongamos los ojos en la Bolsa porque ella es fuente de Derecho, donde a diario se generan incidencias que promueven —sostienen— el surgimiento de normas y pautas para, no solamente resolver el caso concreto, sino también para señalar precedentes que permiten afrontar casos similares.

También, con ocasión de los trabajos de revisión de nuestro Derecho Privado, contamos con una colaboración de gran interés, que se inscribe dentro de la filosofía que tuvo el proyecto de ley (presentado a la Asamblea Legislativa; Gaceta del lunes 28 de julio de 1980) que elaboró el Comité Jurídico del Año Internacional del Niño sobre el matrimonio de hecho y la familia de hecho, que pretendía agregar un nuevo Título al Código de Familia. Se trata del trabajo del **Dr. Francisco Luis Vargas Soto,** profesor de la Universidad de Costa Rica, titulado **"La sucesión ab intestato y la protección de los derechos del supérstite en la familia de hecho".** El Dr. Vargas Soto considera que, respecto del supérstite de la pareja unida de hecho, la situación no ha evolucionado en el Código Civil, aunque hace ver que la jurisprudencia sí ha venido reconociendo, en algunos casos, efectos jurídicos a la convivencia, aunque referidos a la liquidación de bienes comunes, más que a la consideración del supérstite como heredero. Después de informarnos sobre la jurisprudencia patria, realiza un detallado recuento de la evolución de nuestro Ordenamiento y nos da noticia del tema en el Derecho foráneo, con una amplia y meritoria documentación. Pasa entonces a los datos reales de nuestra sociedad y sostiene, en sus conclusiones que nuestra legislación es incompleta y es urgente modernizarla. Como nota curiosa, destaca que la palabra "consorte" según la Real Academia hace referencia a la "persona que es partícipe y compañera con otra u otras en la misma suerte". Trabajos como el que nos ha entregado el Dr. Vargas Soto contribuyen verdaderamente a la constante reconstrucción del sistema de que hablábamos y dan ejemplo de las posibilidades de realizar tal reconstrucción que tenemos nosotros mismos. El tema ha sido considerado en nuestro medio casi como algo prohibido y frente al proyecto mencionado surgieron múltiples oposiciones; para algunos, inclusive, era inconstitucional, porque "el matrimonio es la base de la familia"; sin embargo, en realidad, este principio no se desnaturalizaría, ya que se trataría precisamente de una forma de matrimonio reconocida legal-

mente, también base (¿cómo podría negarse?) de la familia, donde la diferencia con el matrimonio formalizado estaría precisamente en la forma, no en la sustancia.

"En defensa del Código Civil (a propósito de sus aparentes desmembraciones)", es el título de la valiosa contribución que ofrecemos del **Dr. Luis Baudrit Carrillo,** Director del Área de Docencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, donde tiene a su cargo el curso de "Derecho Civil. Obligaciones". El autor afirma que un Código se caracteriza por una unidad interna racionalmente organizada y por su carácter general y no pretende solucionar casuísticamente todos los posibles problemas; su propio carácter requiere estabilidad, considera. Muestra el lugar del Código dentro del Ordenamiento Jurídico, su relevancia fundamental, aunque no tenga rango constitucional y asevera que su importancia deriva de su propio contenido de regulación que, en definitiva, no es otra cosa que la persona, en sus diversas dimensiones (en sí misma, en su dimensión familiar y en sus relaciones patrimoniales). El Derecho Civil —aclara el Dr. Luis Baudrit— es algo distinto del Código Civil; es algo que, incluso, excede las fronteras nacionales. Cabe recordar que, desde el punto de vista del Derecho Comparado, algunos autores (como Busnelli, Schipani y Catalano), consideran a la persona como el eje de la evolución de la tradición romana (llamada tradición de Derecho Civil o, según algunos, como Merryman, tradición romano canónica) que, en verdad es un verdadero sistema desde el punto de vista comparatista. Con relación a las críticas que se han formulado al Código, relativas a su desmembración, el distinguido colaborador aclara que se trata de especificaciones de principios generales. Posteriormente, se refiere a la necesidad para todo jurista de conocer el Derecho Civil (no simplemente el Código Civil). A las críticas que afirman que el Código no corresponde a la realidad, el profesor Baudrit responde diciendo que estamos ante un problema de interpretación; ésta ha conferido cortos alcances a principios como el de la equidad. Sostiene que el Derecho Civil no es antisocial, ni individualista en cuanto tal y afirma la importancia de una concepción realista que indague la naturaleza de las cosas. Aunque reafirma los valores permanentes del Código, el autor acepta que "puede considerarse la conveniencia de manifestar expresamente en el Código alguno o algunos principios o conceptos de los que se hallan implícitos", con lo cual abre toda una importante perspectiva reformadora, en momentos en que se celebra el Centenario de este cuerpo legal.

El **Lic. Wílbert Arroyo Álvarez,** Profesor de la Cátedra de Juicios Universales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, nos ofrece su amplio y documentado estudio crítico sobre un importante sector de nuestro Derecho Civil, el campo de las sucesiones. Su trabajo se titula: **"Legítima hereditaria y Derecho Sucesorio Costarricense. Necesidad de una reforma sustancial a nuestro Código Civil".** El autor demuestra la necesidad de regulación del instituto de la "legítima hereditaria" en nuestro Derecho Sucesorio, tal como lo hace la mayoría de los países occidentales de tradición jurídica germano-romana, en función de una mayor protección a la familia. Como lo explica el Lic. Arroyo, el trabajo se estructura estudiándose en el primer título el instituto en forma general, desde varios ángulos y tratando de descubrir los caracteres comunes en el Derecho Comparado. La segunda parte estudia el sistema sucesorio actualmente vigente en nuestro país (de la libre testamentificación o libre testamentifacción) con ojo crítico y propone modificaciones legales, como resultado de la investigación. El autor trata los diversos aspectos que tienen que ver con la legítima, tales como la acción de reducción, la acción de complemento, la inviolabilidad de la legítima, su cálculo, los motivos de desheredación y la representación. A juicio del Lic. Arroyo, el principio absoluto de la libertad de testar no responde a la realidad de los pueblos latinoamericanos y es necesaria una regulación legal más acorde con las corrientes sociales de este siglo en correspondencia con la función social que la propiedad debe cumplir y con la mayor protección social y económica de la familia que el Derecho Sucesorio debe garantizar. De especial interés son sus "bases de discusión" las que, en estos momentos en que se intenta la revisión del Código Civil, con ocasión de su Centenario, abren una serie de puntos concretos al diálogo, sobre los cuales esperamos la opinión de nuestros lectores. Cabe agregar, finalmente, que el trabajo se encuentra documentado con una amplia bibliografía que revela la extensión y profundidad de la investigación realizada.

El **Lic. Marcos Rivero Sánchez** aporta su trabajo **"Error e ignorancia en hipótesis negociales y extranegociales",** que constituye un estudio del

elemento subjetivo del supuesto de la apariencia de la situación jurídica que deriva de situaciones de hecho. Complementa —explica el autor— las observaciones ya publicadas sobre este tema en la Revista Judicial número 37. El Lic. Rivero enfoca, bajo el concepto de hechos de patología del conocimiento, los problemas del error y la ignorancia del negocio jurídico y señala cómo ésta se plantea en forma diversa en hipótesis no negociales. En sus notas teóricas iniciales sobre el error, la ignorancia y el elemento subjetivo de la apariencia trata el concepto mismo de conocimiento y su patología, en particular en el mundo jurídico; realiza seguidamente un estudio comparativo del error y la ignorancia, indicándonos los problemas que ha tenido esta distinción en la doctrina y pronunciándose por una solución no apriorística que parta de la consideración de los distintos momentos en que analíticamente puede estudiarse el problema. Del error y la ignorancia se ocupa con particular referencia al supuesto negocial, determinando, en primer lugar, el problema práctico e indicando posteriormente los tipos de error, con relación a lo cual muestra los vacíos e imperfecciones de nuestro Código Civil; trata los casos de ignorancia, revelando las diferencias con los casos de error. Determina entonces el problema normativo, para lo cual aclara que el error obstativo excluye totalmente la voluntad, a diferencia del error vicio, por lo que el efecto jurídico que le corresponde es realmente la nulidad, no la anulabilidad, para pasar entonces a la determinación del problema axiológico. Considera luego la parte preceptiva del negocio, antes de dedicarse al comentario del tema con respecto a la patología del conocimiento propia de las hipótesis de apariencia. En la sección siguiente obtiene las consecuencias metodológicas de la distinción previamente realizada entre error e ignorancia negociales, refiriéndose particularmente a la "esencialidad" de estos. En sus conclusiones reafirma la diversidad de problemas prácticos que presentan el error y la ignorancia.

"El régimen jurídico de la educación privada en Costa Rica", es el título de la colaboración que nos envía el **Lic. Celín Edo. Arce Gómez**, quien considera que de educación privada sólo es posible hablar en un régimen pluralista democrático, centrado en la idea de persona; afirma la íntima conexión del tema con el de la libertad de enseñanza. Trata, en primer lugar, la evolución histórica de la libertad de enseñanza a nivel constitucional y legal en nuestro país, aseverando que ésta es uno de los pilares de la democracia costarricense. Delimita seguidamente su contenido y alcances, aclarando posteriormente que el hecho de la existencia de esta libertad no significa que se nieguen poderes de control a la administración, pasando a determinar los existentes en nuestro Ordenamiento y las diferentes formas de subvención (de compensación y de fomento) para el delicado tema de la gratuidad impuesta a las instituciones privadas. Otro tema conexo de gran interés es el relativo a los límites a la creación de centros docentes (organizativos, a la hora de la autorización; límites "de inspección", ideario educativo y otros "de funcionamiento").

Incluimos, finalmente, el trabajo **"Nuevas tendencias en materia de responsabilidad civil"**, que da noticia de los desarrollos recientes de esta materia en Europa, en el nuevo Código Civil peruano de 1984 y en nuestra jurisprudencia. Este desarrollo se enmarca dentro de las labores de la Comisión Revisora del Código Civil (creada por Decreto número 17146J de 31 de julio de 1986) e intenta aportar luces para la superación de la deficiente regulación positiva actualmente vigente, no mediante reformas aisladas, sino a través de una revisión integral.

Víctor Pérez Vargas.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

PRÉSTAMO MERCANTIL Y ARRENDAMIENTO DE MUEBLES

DR. DIEGO BAUDRIT CARRILLO
Catedrático, Director Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica.

CONTENIDO

Pág.

I. Posibles criterios de distinción 12
1. Mercantilidad del contrato 12
2. Naturaleza jurídica (o estructura contractual) 12
a) Formación 12
b) Obligaciones de los contratantes 13
c) La causa 13
ch) La ejecución 13

II. Los bienes propios de cada contrato 14
1. El préstamo 14
2. El arrendamiento 14

III. El llamado "arrendamiento de dinero" 15

IV. Vigencia del arrendamiento de muebles 15

V. El interés legal 16

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Quien estudie desapercibidamente el Derecho Privado costarricense se encontrará muchas curiosidades. Una de las principales es la regulación doble de muchos contratos: compraventa, cesión, préstamo, depósito, fianza, sociedad. No es sino después de un examen detallado de cada contrato, que se encontrará su especificidad, como cuando se distingue la compraventa civil de la mercantil, no siempre en forma clara.

Esa doble regulación de contratos de Derecho Privado, inadmisible y nociva, se proyecta en la teoría general. En efecto, cuestiones como la obligatoriedad de la oferta, que es discutible en Derecho Civil, pareciera ser admitida en Derecho Mercantil, a pesar de estar contenida esa solución en la regulación particular de la venta.

Dentro de esa confusión de reglas, destaca la presencia de dos contratos que parecieran referirse a la misma materia: el préstamo mercantil y el arrendamiento (civil) de bienes muebles fungibles. Por regular, aparentemente, la misma cuestión, nos ha parecido que la ley mercantil derogó la civil, por ser aquélla posterior a ésta. Pero no satisface esa razón simplista, por lo que hemos hecho un análisis exegético para determinar cuál es la situación legal de esas regulaciones, que comprende la determinación de los posibles criterios de distinción entre los dos contratos, para llegar precisamente a diferenciarlos y poder analizar la naturaleza jurídica de los bienes propios de cada contrato, las características del llamado "arrendamiento de dinero" y la vigencia del contrato de arrendamiento de muebles, en general, para terminar, a manera de apéndice, con una reflexión sobre el interés legal.

I. Posibles criterios de distinción.

Consideramos que para comenzar un análisis correcto de las dos regulaciones, debe presumirse a manera de hipótesis de trabajo, que los dos contratos considerados, el préstamo mercantil y el arrendamiento de muebles, tienen vigencia y especificidad propia. Para examinar esa hipótesis partimos de dos posibles criterios de distinción, que serían la mercantilidad de uno de los contratos (el préstamo) y la no mercantilidad del otro (el arrendamiento de muebles), por una parte, y por otra, la diferente naturaleza jurídica de ellos.

1. Mercantilidad del contrato.

Se presentan dos posibilidades de análisis:

a) No es necesario analizar tal mercantilidad, ya que la regulación del Código de Comercio sobre el asunto se aplica a toda situación de hecho que se adecue a sus previsiones (como, por ejemplo, en el caso de las sociedades mercantiles), independientemente de los sujetos que intervengan en el convenio.

b) La determinan los sujetos o el objeto, como sucede con la compraventa. En ésta, la mercantilidad se presenta cuando al menos uno de los sujetos es comerciante (en materia de venta de muebles, en general), o cuando, independientemente de los sujetos, el objeto excluye la venta civil (como en materia de venta de aeronaves o de inmuebles destinados a ser revendidos).

Si se orienta el examen por esta vertiente, la única posibilidad que encontramos que es válida es la primera, puesto que la regulación civil y la comercial se refieren a *los mismos objetos,* al menos en lo que nos interesa: muebles fungibles y no fungibles.

En consecuencia, sólo existiría un contrato, el de préstamo mercantil, que abarcaría cualquier hipótesis de utilización de muebles ajenos, contra el pago de un precio o gratuitamente.

Sin embargo, debe analizarse el distingo entre las dos figuras contractuales desde otros puntos de vista, que fijen con mayor claridad y profundidad sus características, como es su examen según la naturaleza jurídica de cada uno de los dos contratos, entendida ésta como la estructura propia de cada uno de ellos.

2. Naturaleza jurídica (o estructura contractual).

Se trata de dos contratos diferentes, por su estructura: el préstamo (remunerado) es mercantil, el arrendamiento es civil.

Tal solución sería admisible si se constata la diferencia en la estructura de los contratos, en cuanto a su *formación,* a las *obligaciones de las partes,* a la *causa,* a su *ejecución.*

a) Formación.

El préstamo es contrato real, en tesis de principio. Aunque esta categoría contractual es contestada, puede afirmarse que en Costa Rica tiene validez, puesto que ningún efecto contractual sería concebible en el préstamo antes de que el prestatario reciba, en posesión efectiva, los bienes prestados. Cualquier efecto *anterior* a esa puesta en posesión (por ejemplo, el pago de intereses o comisiones), no podría encontrar su causa eficiente en el préstamo, sino en un acto anterior (un precontrato, una estipulación sobre comisiones, un contrato de corretaje).

El arrendamiento es contrato consensual. Basta el ajuste de voluntades para que se produzcan los efectos jurídicos correspondientes. Se observan estos efectos en las obligaciones que surgen para el arrendante: poner en posesión de lo arrendado al

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

arrendatario y mantenerlo en ella por toda la vigencia del contrato.

Sí hay diferencia, pues, en la formación de los dos contratos, por lo que pareciera que importa considerar la especificidad de cada uno de ellos, si resulta de los otros criterios de distinción.

b) Obligaciones de los contratantes.

En el arrendamiento se encuentran obligaciones para ambas partes durante toda la vigencia del contrato. El arrendatario debe pagar el precio pactado, conservar y utilizar la cosa arrendada y, en fin, devolverla al finalizar el plazo. El arrendante tiene la obligación de procurar al arrendatario un goce útil de lo arrendado; debe ponerlo en posesión, manteniendo en ella (acudiendo en su defensa jurídica por ataques de terceros) y llevar a cabo las reparaciones ordinarias del bien objeto del contrato.

En el préstamo sólo encontramos obligaciones en el prestatario: conservar, en su caso, la cosa prestada, devolverla y, en el caso del préstamo remunerado, pagar el interés o rédito pactado.

Podría intentarse encontrar obligaciones en el prestamista. Así, si se examina su deber de recibir la cosa que devuelve su deudor, o interés que éste le paga. Pero no es una obligación contractual, en sentido estricto. Se trata más bien del deber de todo acreedor de recibir el pago.

También puede notarse obligación en el prestamista, cuyo deudor no ha recibido la totalidad del préstamo, puesto que se ha convenido que el monto emprestado se entregue al deudor en remesas, periódicamente. En ese caso, sin embargo, observaríamos no un contrato de préstamo unitario, sino un conjunto de préstamos, que podían ser separables.

El arrendamiento es sinalagmático. El préstamo, unilateral. Importa esa distinción, sobre todo para determinar el papel de la resolución y de la excepción de contrato no cumplido en caso de inejecución.

En efecto, si uno de los sujetos del arrendamiento incumple gravemente obligaciones principales, el otro estaría autorizado para no cumplir, sin necesidad de decisión judicial y, eventualmente, para hacer declarar judicialmente la resolución del contrato.

La resolución, en tal caso, surtiría efectos sólo hacia el futuro, aniquilando definitivamente los efectos contractuales.

En el préstamo no encontramos esas características. No es concebible la resolución ni tampoco la excepción de contrato no cumplido. Sólo cabría la ejecución forzada en presencia de un incumplimiento (sólo podría serlo del deudor): la devolución impuesta de lo prestado.

A esas mismas conclusiones conduce un examen de la causa.

c) La causa.

Dos conceptos de causa pueden tenerse en juego. El clásico de Domat y Pothier, relativo al fundamento filosófico-jurídico de las obligaciones y el funcional. Ambos conceptos se orientan a la misma cuestión en este asunto.

En el arrendamiento, la causa de las obligaciones de los contratantes sería, en cada caso, las obligaciones recíprocas respectivas: el arrendatario se ve obligado a pagar el precio porque el arrendante se obliga a mantenerlo en el goce de la cosa arrendada, y viceversa. La función del arrendamiento es, consecuentemente, la utilización legítima de cosa ajena, autorizada por el pago de un precio convenido.

Tal análisis no puede reproducirse a propósito del préstamo. La obligación de devolución del prestatario no se fundamenta en obligación alguna del prestamista, sino del hecho de ***haber recibido*** para su uso una cosa ajena (subrayamos la expresión "haber recibido", pues cosa diferente sería "tener derecho a recibir", como es el caso del arrendamiento).

De allí que el arrendamiento no admite la posibilidad de ser gratuito: reposa en la bilateralidad, la reciprocidad de obligaciones, que siempre califican de oneroso a un contrato. El préstamo, contrato unilateral, admite la gratuidad en el tanto en que el prestatario pueda utilizar la cosa emprestada sin remunerar al prestamista, con la única obligación de la devolución.

ch) La ejecución.

El arrendamiento se cumple diferidamente. Las obligaciones de arrendante y de arrendatario tienen una estructura tal que no pueden ejecutarse en una sola prestación. El arrendante tiene la obligación de proporcionar el goce de lo arrendado *temporalmente* al arrendatario. Necesariamente esa es una obligación de ejecución continuada, como lo es la obligación de utilizar esa cosa, y conservarla, que tiene el arrendatario.

El prestatario, por su parte, cumple de una sola vez, con una sola prestación, que es la devolución de la cosa (y en su caso, el pago de los intereses o réditos).

Como consecuencia de lo anterior apuntemos que la teoría de la imprevisión no se admitiría en el préstamo, pero sí en el arrendamiento, por las circunstancias de una onerosidad excesiva sobreviniente y razonablemente imprevisible. Por otra parte, observemos que en presencia de la nulidad del contrato, en el préstamo se daría el efecto retroactivo típico de esa sanción (obligándose a la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

devolución recíproca, en el caso del préstamo remunerado), mientras que en el arrendamiento los efectos sólo serían hacia el futuro (no sería admisible la devolución de los alquileres o rentas percibidos por el arrendante ni de los frutos que hubiera tomado el arrendatario).

II. Los bienes propios de cada contrato.

1. *El préstamo.*

El préstamo mercantil abarca todo tipo de bienes muebles: corporales e incorporales, fugibles y no fungibles.

En efecto, todo bien mueble (único que puede emprestarse) que esté dentro del comercio, puede ser objeto de ese contrato.

Muebles corporales e incorporales, es decir, cosas que se perciben por los sentidos o sólo por el intelecto, se admiten dentro del préstamo. El derecho de utilizar una patente de invención, una marca, un nombre comercial, puede ser emprestado, gratuita y onerosamente. La naturaleza jurídica de esos bienes soporta la estructura del contrato, en el sentido que el prestamista puede, en relación con ellos, cumplir perfectamente sus obligaciones, que son fundamentalmente las de devolución.

También los muebles, en su manifestación de cosas fungibles o no fungibles, son admitidos clásicamente como el objeto típico del préstamo: es como un dato si se refiere a cosas no fungibles, mutuo si su objeto lo constituyen cosas fungibles.

2. *El arrendamiento.*

La dificultad en la determinación del objeto posible la encontramos en el arrendamiento de muebles, puesto que sin dificultad puede concebirse el de muebles corporales y no fungibles, es muy forzada la admisión de la locación de muebles fungibles y la de los incorporales.

En el título relativo al arrendamiento de cosas, el Código Civil distingue las "disposiciones generales" (Capítulo I) del arriendo de predios rústicos (Capítulo II) y del arrendamiento de bienes muebles (Capítulo III). Ahora bien, ese Capítulo III está dedicado al arrendamiento de muebles fungibles, por disposición expresa del artículo 1161. En esa regla encontramos que las llamadas "disposiciones generales", o sea el Capítulo I del Título, que prevé el régimen ordinario del arrendamiento, se aplican cuando el objeto del contrato que comentamos "fuere un mueble de los que no se consumen por el uso", que por otra parte es la definición muy criticada de bienes no fungibles que da el artículo 257 del mismo Código.

No conocemos los antecedentes de ese Capítulo III, pero podría pensarse que fue una forma disimulada que tuvieron nuestros legisladores para autorizar el cobro de intereses por la utilización de dinero, cuya tasa podía pactarse libremente (artículo 1163). El cobro de intereses no podía admitirse dentro del esquema clásico del préstamo civil, esencialmente gratuito (artículo 1334).

La determinación legal de que muebles fungibles pueden ser objeto de arrendamiento, no es suficiente para admitir sin discusiones un objeto tal para ese contrato.

Examinemos los rasgos característicos del arrendamiento, para contrastar con ellos la naturaleza jurídica de los bienes fungibles:

a) En el arrendamiento, el arrendatario utiliza un bien ajeno en provecho propio. Esta característica es común con el préstamo, por lo que no sirve como criterio de distinción.

b) La utilización del bien ajeno por parte del arrendatario tiene como contrapartida el pago de un alquiler o renta. Este rasgo es común con el préstamo, igualmente, y como el anterior, es aplicable sin obstáculos a bienes fungibles.

c) La devolución del bien al arrendante. Similar obligación tiene el prestatario con respectoal prestamista y es característica de los bienes fungibles el poder ser sustituidos unos por otros (se cuentan, pesan o miden), precisamente para efectos de cumplir con obligaciones en calidad y cantidad a los recibidos o debidos por el deudor.

d) El arrendante está obligado a facilitar el goce de lo arrendado. Esta obligación comprende la de hacer las reparaciones ordinarias de lo arrendado, para ponerlo en condiciones aptas para ser utilizado razonablemente por el arrendatario. Esta nota distintiva del arrendamiento no se encuentra en el préstamo, puesto que en caso de gastos de conservación, éstos debe hacerlos el prestatario (sin perjuicio de cobrarlos luego, al propietario, con lo que el préstamo se convierte en un contrato sinalagmático imperfecto, sólo para los efectos de poner en operación la excepción de contrato no cumplido, al poder retener el prestatario lo prestado en caso de que no haya reembolso de esos gastos; y para que se opere desde luego la ejecución forzada).

Los bienes fungibles no se concilian con esa característica. Bienes fungibles son, sobre todo, consumibles y sustituibles. No puede concebirse en la reparación o mantenimiento de esa clase de cosas. Piénsese sobre todo en el dinero, que es de fungibilidad absoluta, que no admite esta característica de arrendamiento.

e) El arrendante soporta los riesgos del perecimiento y del deterioro de lo arrendado. En efecto, el arrendante es (en la mayoría de los

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

casos) el propietario del bien arrendado. Como tal propietario es titular de los atributos del dominio, uno de los cuales, la utilización, ha transferido temporalmente al arrendatario. Pero junto con los atributos del dominio, el propietario también es titular de sus riesgos. Él soporta el deterioro y el perecimiento o destrucción naturales o fortuitos de la cosa arrendada. Las cosas perecen para su dueño.

El arrendatario, entonces, no tiene a cargo suyo soportar la pérdida fortuita o natural. Más bien esa clase de pérdida sería un motivo de resolución contractual (por defecto funcional de causa), sin responsabilidad para el arrendante de indemnizar daños y perjuicios. El mutuario, es decir el deudor de un préstamo de cosa fungible, sí carga con la pérdida fortuita o natural de lo prestado. En ese supuesto, él no podría dejar de cumplir su obligación de restituir al prestamista una cosa de similar calidad y cantidad que la recibida. No podría excusarse en imposibilidad de cumplimiento (como sí podría hacerlo el arrendatario en caso de perderse fortuitamente lo arrendado, cosa no fungible), por cuanto la cosa perdida es sustituible, por definición.

Además debe apuntarse una característica esencial de la utilización de las cosas fungibles: su consumo. La utilización de algo fungible, en cuanto se caracterice por ser consumible (que es la regla), consiste en la desaparición de esa cosa por su primer uso. Por esa razón el mutuario se hace propietario de la cosa fungible prestada y es deudor de la devolución de una cosa genérica. Y a título de propietario de esa cosa fungible prestada, el mutuario soporta su pérdida y deterioro.

III. El llamado "arrendamiento de dinero".

Antes de la entrada en vigencia del Código de Comercio de 1964 fue corriente la práctica notarial de llamar "arrendamiento de dinero" lo que es técnicamente un préstamo (tal como lo consagran hoy los artículos 495 a 508 del Código de Comercio). Esa práctica se justificaba por el problema que hemos señalado: los artículos 1161 a1168 del Código Civil regulan un contrato llamado de arrendamiento, cuyo objeto son bienes fungibles y, específicamente, el dinero.

Las características de ese "arrendamiento" de dinero son:

a) libre contratación de los intereses (art. 1162),
b) posibilidad de convenirse una tasa de intereses moratorios diferente a la de los corrientes (art. 1164),
c) los riesgos del perecimiento los soporta el "arrendatario",
ch) presunción de gratuidad del contrato si la estipulación de intereses no es expresa (arts. 1166 y 1162 in fine),
d) la devolución de lo "arrendado" se debe operar en treinta días después del contrato, si no hay pacto sobre el plazo.

Esas características no se concilian con las del arrendamiento, sobre todo en lo concerniente a los riesgos del perecimiento, como ya se vio, y en lo que toca la falta de previsión en el contrato del plazo de devolución. Lo que tiene que ver con la libre estipulación de intereses, se deriva de los mismos principios que informan la libertad de contratar el monto del alquiler en el arrendamiento.

Ahora bien, la regla legal que ordena la devolución de lo "arrendado" si no hay convenio al respecto, podría muy bien considerarse una excepción a las reglas generales del arrendamiento, propio de la especificidad del pretendido contrato de locación de bienes fungibles. Pero esa consideración no cabe en lo que concierne al problema de los riesgos del perecimiento, ya que en nuestro criterio el arrendante debe soportarlos siempre (recuérdese que se trata de la pérdida o del deterioro naturales o fortuitos), como característica esencial de esa figura contractual (en la que no se transmite nunca la titularidad del dominio, como sí sucede en el mutuo).

El legislador de 1886 se enfrentó a esas dificultades, y para poder llevar claridad a los textos, se vio en la necesidad de calificar el contrato del pretendido "arrendamiento" de dinero, como un convenio de "mutuo", como se señala expresamente en los artículos 1167 y 1168 del Código Civil.

A esta altura, luego de las constataciones anteriores, puede sostenerse que el arrendamiento de bienes fungibles es un concepto contradictorio, puesto que parte de términos inconciliables. En otras palabras, esa figura contractual debe desecharse, por imperativos de la estructura de las instituciones jurídicas, que debe ser armónica. Y esta conclusión se apoya también en una razón de orden legislativo: la necesidad de regular el contrato por el cual un sujeto utiliza válidamente cosas fungibles de otro, contra el pago de un precio, está debidamente satisfecha con el texto de los artículos 495 a 508 del Código de Comercio, que denomina préstamo a ese convenio, reconociendo su naturaleza comercial por su estructura, independientemente de sus sujetos.

IV. Vigencia del arrendamiento de muebles.

Quedó establecido anteriormente que préstamo y arrendamiento son contratos distintos,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tienen en general una estructura diversa, que toca profundamente su naturaleza jurídica.

No nos hemos referido al arrendamiento de inmuebles, pues nos parece que su vigencia está fuera de cuestión. Esto no sólo por la regulación de orden público de un tipo de arrendamiento de inmuebles (el inquilinato), o por el impulso reciente a la renovación de las formas de locación de tierras en materia agraria, sino por el reconocimiento jurisprudencial de la aplicación de las reglas del Código Civil sobre arrendamiento a las locaciones de locales no cubiertas por la Ley de Inquilinato, tales como las de bodegas o garajes.

En punto al arrendamiento de muebles, consideramos con las conclusiones anteriores, que debe desecharse el de bienes fungibles, pero que el de cosas muebles no fungibles sí tiene vigencia. Sobre bienes muebles no fungibles puede operar el préstamo o el arrendamiento, según convenga a los intereses de los contratantes.

El arrendamiento es un contrato más complejo que el préstamo, lo que se nota si se repara en su carácter sinalagmático, que permite por ello distribución de obligaciones. Allí se encontrará una garantía para el arrendatario, que no es un efecto natural del préstamo, que toda la existencia y legitimidad del derecho arrendado, lo mismo que el buen funcionamiento del bien involucrado. Es el arrendamiento menos propicio que el préstamo para el establecimiento de cláusulas abusivas, o por lo menos permite un mejor control (que se deriva de su naturaleza bilateral, onerosa y conmutativa).

Esa constatación no dice nada, sin embargo, de la regulación legal del arrendamiento de muebles. Si bien el Código Civil, como se enunció anteriormente, tiene ocho artículos bajo el acápite *"Del arrendamiento de bienes muebles"*, regula allí exclusivamente el de muebles fungibles, que hemos descartado como objeto de arrendamiento. El Código de Comercio sustituyó totalmente esa regulación con los artículos 495 a 508.

Entonces, como texto legal del arrendamiento de muebles (no fungibles), debe tenerse a las *"Disposiciones generales"* que sobre la locación contiene el Código Civil (artículos 1124 a 1155), que son completamente aplicables al caso de los muebles no fungibles:

a) en lo concerniente a los sujetos del contrato el artículo 1124 establece su legitimación (se aplican las reglas de la venta que impiden beneficios indebidos al administrador: sólo puede recibir en arrendamiento el que pueda ser comprador).

b) el precio tiene su regulación en los artículos 1125 y 1142 (sobre esto debe notarse que en el capítulo III de ese título, no se trata del alquiler o precio del arrendamiento, sino de "intereses", que es un concepto propio del préstamo y no de la locación).

c) las obligaciones del arrendante de cosa mueble no fungible son las mismas establecidas en las disposiciones generales: entrega (art. 1128), reparaciones (arts. 1129 a 1132), garantía de vicios ocultos o sobrevenidos (arts. 113 y 1134).

ch) igualmente, en las disposiciones generales se encuentran reguladas las obligaciones que corresponderían a un arrendatario de cosa mueble: pago del precio (arts. 1141 y 1142), utilización de la cosa (arts. 1137 y 1140), conservación (art. 1138) y su devolución (art. 1144).

d) los remedios para el incumplimiento son asimismo aplicables a la locación de muebles no fungibles: la reparación de la cosa hecha por el arrendatario pero por cuenta del arrendante (art. 1131), resolución (arts. 1133, 1140, 1146, 1147).

e) las reglas relativas al plazo son de igual modo admisibles con lo comentado: art. 1151, para el plazo no convenido.

f) la finalización de la relación contractual (o su no terminación) tiene causas aplicables al arrendamiento de muebles no fungibles: las hipótesis de quiebra o insolvencia de arrendante o arrendatario (arts. 1149 y 1150), el preaviso si no hay plazo convenido (art. 1151), el traspaso de lo arrendado (art. 1153, en el entendido que esa regla no se aplicaría sino cuando funcionara un registro de muebles, como el requerido para que opere plenamente el pacto de reserva de dominio en la venta), y, en fin, la muerte de las partes del contrato.

Caben en este análisis dos observaciones. La primera, que el artículo 1143, que prevé un derecho de retención del arrendante, sólo se aplicaría a la locación de inmuebles. Sin embargo, y ello es la segunda observación, hay también allá una regla, el artículo 1146, que pareciera ser sólo aplicable a muebles no fungibles, puesto que prevé la resolución por pérdida total o parcial de lo arrendado, que si bien podría presentarse en inmuebles (incendio de una edificación, destrucción de una cosa por terremoto o inundación), es mucho más posible que se dé en muebles. Con esta segunda observación constataríamos que el legislador previó la regulación general para locación de muebles y de inmuebles.

V. El interés legal.

La tesis de este trabajo es que los artículos 1161 a 1168 del Código Civil son inaplicables por dos series de razones. Por hermenéutica, ya que los artículos 495 a 508 del Código de Comer-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cio los sustituyeron. Y por coherencia doctrinal, ya que es impropio y contradictorio al contrato de arrendamiento de muebles fungibles que regula.

Esa tesis, que estimamos demostrada, nos conduce al problema de la vigencia del interés legal.

Para esos efectos consideramos al interés en dos diferentes aspectos: la tasa en que se computan los perjuicios por incumplimiento de obligaciones dinerarias y la que representa la remuneración del préstamo mercantil.

a) El interés como medida del perjuicio por incumplimiento de obligaciones dinerarias.

La regla básica a la del artículo 706, que dispone expresamente que en ese supuesto de incumplimiento "los daños y perjuicios consisten siempre y únicamente en el pago de intereses sobre la suma debida". Es, como se desprende de ese texto, un principio previsto para las deudas dinerarias, solamente.

Para estos propósitos debe tenerse clara la diferencia entre deudas de dinero y deudas de valor: el incumplimiento de una de las primeras genera perjuicios, como todo incumplimiento, que se calcula en intereses por ser éstos el fruto natural del dinero (no quiere decir esto que sea totalmente aceptable lo dispuesto por el artículo 706, ya que el incumplimiento de una obligación dineraria podría generar perjuicios más graves que la percepción de intereses, que entrarían en la categoría de daños imprevisibles, que no serían resarcibles por la disposición transcrita). En punto a deudas de valor, la regla de los intereses como límite de los perjuicios por incumplimiento, en nuestro criterio, no opera. Y esto porque el artículo 706 referido no lo dispone *de lege frenda,* ni ello se desprende de su texto.

Efectivamente, las obligaciones de valor se ejecutan *en natura,* es decir, realizando la conducta convenida o prevista legalmente, en que consiste el objeto de la obligación. El acreedor insatisfecho no sólo sufre el perjuicio de no recibir en el tiempo adecuado la prestación correspondiente (en las obligaciones de dinero sí, en principio, y los intereses-perjuicios vienen a ser el precio de ese tiempo), sino que sufre todas las otras consecuencias negativas derivadas de la inejecución (comprendidas en los conceptos genéricos de "daños y perjuicios", que sólo podrían especificarse casuísticamente), que deben ser reparadas por el deudor moroso, por un elemental principio de justicia.

A este respecto consideramos que es totalmente errada la tesis de que una vez que una deuda de valor se reduce a dinero, para poder cobrarse en equivalente, los daños y perjuicios se limitan a los intereses, dado que las obligaciones de valor no tienen ese límite (como lo reconoce la regla del artículo 700 del Código Civil, que establece para el incumplimiento de esta clase de obligaciones, el resarcimiento de daños y perjuicios, sin fijar límites de naturaleza alguna).

Ahora bien, en lo que concierne a los intereses de las obligaciones dinerarias, como límite de los perjuicios resarcibles, el artículo 706 no prevé tasas. Pueden darse dos situaciones: la tasa de interés fue previsto por los sujetos de la obligación, acreedor y deudor, o dicha tasa no fue prevista.

En el primer caso, la tasa convenida, la solución es sencilla. Si se convino un tipo determinado de intereses corrientes, esa tasa se aplica a los intereses/perjuicios, o intereses de mora, ya que se trata del precio del tiempo en que estuvieron de acuerdo el deudor y el acreedor.

Pero si no hubo tal previsión, la solución es difícil, debe buscarse un valor justo para el tiempo de mora.

Tradicionalmente ese valor se encontró en la tasa de interés del "arrendamiento" de dinero, fijada en el artículo 1163 del Código Civil. Originalmente la solución fue justa, ya que el seis por ciento anual que allí se dispone, era el "precio del tiempo" legalmente fijado, que correspondía a una tasa que guardaba alguna relación con la realidad (nótese al respecto que los intereses de los préstamos bancarios vigentes mientras nuestra moneda tuvo una paridad con el dólar de 6,67, se mantuvieron en tasas vecinas al 8% anual, que fue la tasa que prefijó el Código de Comercio para los intereses de préstamos sin garantía real; esa tasa fue también la de los bonos del Estado, durante mucho tiempo).

Fue por justicia, entonces, y no por disposición legal, que fue razonable la adopción del seis por ciento anual como medida única del perjuicio sobreviniente por incumplimiento de obligaciones de dinero.

Pero actualmente esa tasa no es justa ni, en consecuencia, razonable. El precio del tiempo en las obligaciones dinerarias, aun fijado oficialmente, excede con gran ventaja al del artículo 1163. Una medida que pareciera razonable (por corresponder a patrones oficiales) es la adopción del interés que fija el Banco Central de Costa Rica para las operaciones bancarias de préstamos personales.

Sin embargo esa solución no se puede admitir para medir el perjuicio sufrido por el incumplimiento de obligaciones no dinerarias, por los argumentos que arriba se presentaron. Mucho menos admisible es esa solución para medir los perjuicios que acompañan al daño extracontractual.

Tal vez el haber entendido siempre el concepto de "perjuicios" como "lucro cesante", haya

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

llevado a los tribunales, siempre a aplicar el (mal) llamado interés legal del seis por ciento anual para su reparación.

Pero "perjuicios" debe entenderse en un sentido más amplio, si se quiere considerar la responsabilidad civil extracontractual como el fundamento filosófico jurídico de la restitución de la situación jurídica anterior a la producción del hecho dañoso.

Esa restitución debe ser *íntegra*. El responsable debe compensar o restituir *todo lo destruido* (que es el concepto fundamental de "daños"), pero además la restitución debe ser tal que el responsable civil realice las prestaciones (o conductas) adecuadas para que quede salvada la desposesión temporal de lo dañado, lo que implica para nosotros no sólo el lucro cesante (o frutos no percibidos), sino también todos los gastos y sacrificios en que tuvo que incurrir el acreedor (o sujeto que sufrió el daño), para reponer lo destruido (en sentido material como moral).

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

REFLEXIONES SOBRE EL MERCADO DE VALORES COSTARRICENSE (II) ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICOS DE LA NEGOCIABILIDAD DE VALORES EN BOLSA

PROF. DR. GASTÓN CERTAD M.
Catedrático de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Autónoma de Centro América.

Primero vamos a tratar de delinear cuáles son los valores objeto de negociación por excelencia en el mercado bursátil. Antes, es menester afirmar algo elemental, que se trata de valores mobiliarios y enfrentarlos comparativamente con los títulos valores.[1]

La relación conceptual existente entre título-valor y valor mobiliario es una relación de género a especie, lo que significa que todo valor mobiliario es título-valor, pero no todo título-valor es valor mobiliario.

Ahora bien: si las bolsas de valores son mercados en donde se negocian, o se deben negociar, exclusivamente, títulos-valores (véase sobre el particular el artículo 402, incisos a y b de nuestro Código de Comercio); es también cierto que son aquellos títulos-valores que se denominan valores mobiliarios los que constituyen, o deben constituir, el objeto por excelencia de las transacciones bursátiles.

El valor mobiliario, a diferencia del título-valor, es un documento que tiene que ser emitido en masa; esto es, son valores llamados también "seriales", por cuanto se emiten en serie y se caracterizan porque la emisión se realiza con identidad de derechos para sus tenedores, lo que no ocurre cuando se trata de la emisión de otros títulos-valores, aun cuando se haga en masa o en serie. Además, la emisión de estos títulos supone, para aquel que los va a adquirir, una adhesión a las características y a las condiciones inherentes al título mismo, es decir, incorporadas en el título. Quien adquiere estos valores mobiliarios, entonces, lo hace sin poder discutir las características o condiciones que debe tener el título; simplemente los toma o los deja.

Tres son entonces las principales y fundamentales características de los valores mobiliarios: la emisión en masa o en serie, la identidad de derechos que confieren a sus tenedores y la adhesión que supone su colocación o adquisición.

En las bolsas de valores, como es del dominio público, se negocian, o se deben negociar, fundamentalmente dos tipos de valores mobiliarios: las acciones, comunes o preferentes, representativas del capital social de las sociedades anónimas y las obligaciones, emitidas también, básicamente por las sociedades anónimas; pues la función fundamental que debe absorber toda bolsa de valores es la de servir de fuente supletoria para financiar a la empresa privada (¡y no para financiar los gastos del Estado!).

Indudablemente que esos valores mobiliarios tienen que ser emitidos por sociedades que estén en aptitud o capacidad de hacerlo. Pero ha de quedar claro que lo que se registra en la bolsa son los valores, las emisiones y no las compañías que las producen; sin embargo, la inscripción en bolsa de los títulos supone para la emisora la reunión de toda una serie de requisitos y la asunción de toda una gama de obligaciones.

Uno de los primeros requisitos establecidos es, obviamente, que se trate de una compañía solvente, es decir, que presente una situación financiera razonable y aceptable para la bolsa; y que esté legal y formalmente constituida. Entre las obligaciones destaca el sometimiento a las normas bursátiles, que se ha interpretado en el sentido que la emisora debe permitir la libre circulación de sus títulos: los documentos suscritos no deben

1. **No consideramos oportuno, dada la naturaleza de este trabajo, entrar aquí a definir los títulos-valores. Conformémonos por el momento con el concepto vivantiano que da nuestro Código de Comercio en su artículo 667, advirtiéndole al amable lector que no compartimos semejante definición, como muchas veces lo hemos dicho.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tener restricciones en cuanto a su circulación,[2] ni tampoco puede la sociedad imponer limitaciones a la registración de los títulos que soliciten los agentes de bolsa como consecuencia de la concertación de las transacciones que han realizado en la rueda.

Otra obligación que debe asumir la emisora es la de informar permanentemente a la bolsa a los fines de alcanzar la denominada "transparencia del mercado".[3-4]

Queremos referirnos ahora a la intermediación. Denomínase con ese nombre, la labor que realiza una persona dotada de facultades para ello, de acercar un enajenante a un adquirente, de ser portador de una propuesta de negociación de una persona interesada a otra persona interesada, logrando el entendimiento entre ambas. Trasladada la intermediación a nuestro mercado bursátil, ella le corresponde a la figura del Puesto, que la ejecuta a través de sus corredores de bolsa.

Relativa a esta labor de intermediación, habría que establecer claramente, cuál es la naturaleza del vínculo que se entabla entre el puesto y quien recurre a él para transmitir o adquirir valores mobiliarios y qué relación hay —si es que hay alguna— entre el cliente y el corredor de bolsa, que es quien concerta la operación en rueda de bolsa, entendiéndose directamente con otro corredor. No intentaremos aquí resolver estos problemas, pues no creemos que sea ni el momento oportuno, ni la sede para hacerlo, sólo pretendemos abrir el apetito científico del paciente lector sobre temas tan suculentos.

El mercado bursátil tiene su expresión en la rueda de bolsa. Es en la rueda donde actúan los puestos al través de sus corredores; es en la rueda en donde se concentran la oferta y la demanda de valores mobiliarios. Así las cosas, la concertación de una negociación en rueda supone una vinculación de incuestionable esencia contractual; estamos ante un acto de comercio traslativo de dominio, cuyo objeto es un valor mobiliario y sometido a un régimen legal de carácter especial, como es el que rige la contratación bursátil. Como consecuencia de ese negocio jurídico mercantil, se producirán una serie de distintos efectos jurídicos. Nacerán, sin lugar a dudas, derechos subjetivos para el enajenante y para el adquirente de los títulos.

Todos sabemos lo que es el patrimonio y conocemos la diversidad y complejidad de los bienes que pueden conformarlo. Dentro del patrimonio de las pesonas están, también, los valores mobiliarios —que en el mundo moderno ocupan una posición preponderante—. El propietario, entre los muchos atributos que descienden del dominio, tiene el de disponer de las cosas que le pertenecen. Consecuentemente, quien dentro de su patrimonio tiene valores mobiliarios, tiene un derecho, un derecho subjetivo (un derecho que todos tenemos al amparo del Derecho Objetivo) que debe ser viabilizado a través de las normas jurídicas vigentes, que es el derecho a la negociabilidad de los valores que integran su patrimonio por cualquier vía (comprendida claro está, la de un mercado organizado como es la bolsa de valores). Y, de aquí se desprende, con claridad meridiana, ese derecho subjetivo a la negociabilidad que asiste a todo titular de valores mobiliarios, para permitirle la viabilización de su "propiedad" al través de un mercado organizado como es la bolsa, que le ofrece las tres características fundamentales, que son el sustento mismo de todo mercado de valores: liquidez, rentabilidad y seguridad. Este derecho subjetivo a la negociabilidad de los valores debe ser reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico como un derecho a transarlos en general y, en particular, en el mercado bursátil, con todas las ventajas que ese mercado organizado suele ofrecer: la publicidad en los precios (cotización) y el justo precio que resulta del libre juego de la oferta y la demanda, principalmente.

En síntesis, si los valores mobiliarios están en el patrimonio de las personas y el Derecho Objetivo ampara la libre disponibilidad de las cosas,

---

2. **Nos referimos a la imposición, en el pacto social, de cláusulas limitativas a la circulación de los títulos accionarios, tales como el agrado y la prelación o preferencia.**
Otro problema que afecta la circulación de los valores es la existencia de convenios de sindicación del voto. Hay criterios establecidos doctrinalmente, en el sentido de que esos son pactos extrasocietarios o, si se quiere, parasocietarios y que, consecuentemente, ninguna compañía puede mantener o incorporar a sus estatutos estos convenios para hacerlos valer frente al accionista que, en un determinado momento, desea transmitir sus acciones.
Ustedes comprenderán que tanto aquellas cláusulas, como estos convenios están reñidos con las normas bursátiles, que requieren darle la mayor fluidez posible a la circulación de los títulos.

3. **Del "principio de transparencia" hablaremos en forma específica en nuestra próxima disertación escrita sobre nuestro mercado de valores, a publicarse en el próximo número de esta revista.**

4. **Todo lo dicho nos conduce a un problema sobre el cual, con toda franqueza, confesamos no tener ideas claras: ¿cuál es el carácter del vínculo que se establece entre la sociedad emisora y la Bolsa por el hechode que sean admitidos a cotización por ésta valores mobiliarios emitidos por aquélla?**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

como uno de los atributos primordiales del derecho de propiedad, incuestionablemente existe el derecho a la negociabilidad de los valores. Debe hablarse entonces de un derecho fundamental del inversionista, de un derecho que se debe prever y proteger en la ley: el derecho a la negociabilidad de los valores, y más estricta y específicamente, el derecho a la negociabilidad de los valores en un mercado organizado como es la bolsa.[5]

Otro derecho indiscutible del inversionista es el derecho a la rentabilidad: el derecho a participar en los beneficios de la empresa, en su resultado económico, en las utilidades que arrojan sus balances, sin que estos dividendos le puedan ser regateados. Por eso precisamente es que el inversionista recurre a ese mercado organizado que es la Bolsa, donde a través de la información puede tener acceso a todos los elementos requeridos para una toma de decisión; allí puede ser informado de los índices que presentan las empresas, de los estados de situación financiera, de los estudios de factibilidad y recibe, además, asesoría conveniente y profesional para decidir su inversión sobre títulos. Este derecho a la rentabilidad debe ser también protegido a nivel legislativo.[6]

Ya a estas alturas del discurso, se hace necesario vincular al inversionista con el accionista minoritario, esto es, aquel inversionista que invierte sus ahorros en valores a través de un Puesto de Bolsa y sus agentes corredores en un mercado organizado como es la Bolsa. Y si nosotros realmente queremos promover el mercado, si verdaderamente queremos hacer economía de mercado, necesitamos que la Ley establezca las normas preceptivas, imperativas, indispensables para que el derecho a la rentabilidad sea un verdadero derecho que ampare las expectativas del inversionista que confió sus ahorros a ese mercado organizado que es la Bolsa.

Nótese que, mientras en el sistema financiero (mediante la inversión en bancos y financieras) el inversionista sabe de antemano cuáles son los rendimientos que va a obtener, en el mercado bursátil, hay una inversión de riesgo, porque el resultado de la inversión, el rendimiento que le dará la inversión, depende directamente del resultado económico de la empresa. Pero una vez obtenido ese resultado, una vez que se sabe que el balance ha arrojado utilidades, el accionista tiene el derecho de participar de esas utilidades y de ahí que dentro del derecho a la rentabilidad —que debe considerarse como un derecho subjetivo, que requiere el amparo de normas de orden público— algunos hablen de un derecho al cobro de dividendos en su oportunidad.[7]

Y es que la Bolsa en Costa Rica no ha llegado todavía al gran público; el costarricense no ha entendido aún las ventajas que la Bolsa puede ofrecer como sistema no tradicional de ahorro —llamado así precisamente porque no existe en nuestro medio una tradición bursátil—. Porque, ¿no sabemos muy bien que la mayoría de nuestras sociedades anónimas tienen una estructura si no hermética, por lo menos cerrada, donde las empresas están en función de grupos económicos vinculados las más de las veces por razones de parentesco, en otros por motivos de amistad o bien en una comunidad de intereses que hacen que estos grupos sean exclusivos y, además, excluyentes? Parece que se trata más bien de desestimular la inversión bursátil por el temor a la apertura de la sociedad y, entonces, para no incentivar la inversión en bolsa en esas compañías que ofrecen una óptima situación fi-

---

5. **El significado de la inscripción de una emisión de acciones en bolsa en su sentido amplio es simple y llanamente, el hecho de buscar condiciones adecuadas para una conversión de estos títulos en una suma de dinero que resulte conveniente, adecuada a las expectativas que tenga el inversionista en el momento que quiera realizar la inversión.**
Por otra parte, con la admisión a cotización de las acciones, el accionista obtiene otras ventajas, aun cuando no pretenda simplemente usar la Bolsa como un modo de realización de sus títulos, como es el acceso a una información que tal vez pueda no tener en la compañía en el momento en que la requiera; porque la admisión a cotización de acciones en Bolsa supone, entonces, que la compañía tenga que hacerse transparente, lo que va en beneficio directo de sus accionistas.
Por estas razones, algunas leyes permiten la inscripción accionaria en Bolsa con el acuerdo o consenso de sólo un porcentaje reducido del capital social, protegiendo así el derecho de la minoría a la negociación en bolsa de sus títulos accionarios, que es un derecho perfectamente encuadrado dentro de la función social del Derecho, dentro del sentido y alcance de las normas que consagran los derechos subjetivos en general y, particularmente, el Derecho de Propiedad.

6. **Trátase, nótese bien, de un derecho que desciende como corolario, o tiene como presupuesto el derecho a la negociación de que se ha venido hablando.**

7. **En una época como la nuestra, caracterizada por un fenómeno inflacionario ¿es justo que después de aprobado el balance y establecidas las utilidades, se le demore el pago al inversionista? Y nos referimos aquí al accionista minoritario, porque el mayoritario tiene otros medios de obtener utilidades —como por ejemplo, pago de remuneraciones excesivas en el directorio—; la verdad es que estos excesos van contra las utilidades, van en detrimento del inversionista bursátil, van en perjuicio del accionista minoritario.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nanciera, se recurre al trillado expediente de la no distribución de utilidades y a la no capitalización de reservas de libre disposición, manteniéndose esta situación indefinidamente. Esto definitivamente debe cambiar. En amparo al derecho a la rentabilidad, la Ley debe establecer pautas y plazos para que las compañías procedan a pagar puntualmente los dividendos a sus accionistas y a capitalizar sus reservas de libre disposición y los excedentes de revaluación de activos, para que el inversionista que ha confiado sus ahorros al mercado bursátil pueda recibir no solamente los dividendos en dinero efectivo, sino también los dividendos en especie mediante las llamadas acciones liberadas.[8]

Por último, como derecho subjetivo del inversionista, queremos dejar planteado el derecho a la seguridad, seguridad que le debe otorgar la inversión en Bolsa, derecho que no presupone una garantía en cuanto a una rentabilidad determinada. Nos referimos al derecho a la seguridad en cuanto a un principio fundamental que ha sido plasmado legislativamente en otras latitudes, que es el principio de "irreivindicabilidad": quien adquiere valores en la Bolsa los adquiere con el carácter de irreivindicables, aun cuando el origen de esos títulos sea ilícito.

Pero la irreivindicabilidad no sólo supone la protección del inversionista en cuanto a que terceros pretendan perturbar su legítima posesión sobre títulos adquiridos en Bolsa, sino también el ejercicio pleno de un derecho de propiedad consagrado constitucionalmente y desarrollado a plenitud en el Código Civil y en el Código de Comercio: el derecho que le permite participar con voz y voto en las asambleas de accionistas; el derecho que le permite participar en las utilidades de la empresa y, en general, todos los derechos que integran la denominada participación social y que se subsumen en el *status* de socio.

La Bolsa, no hay duda, es un mundo complejo de variados matices. Los abogados y, en general, los estudiosos del derecho, tenemos que poner los ojos en la Bolsa porque, parafraseando al insigne comercialista español Joaquín Garríguz, ella es una fuente de derecho en donde a diario se generan incidencias que promueven el surgimiento de normas y pautas para, no solamente resolver ese caso concreto, sino señalar desde ahí un precedente que permita solucionar después casos similares.

***

8. La sociedad —se enseña— nace con fundamento en el principio de la "affectio societatis": uno se asocia con las personas con las que mantiene o una relación de afecto o una relación de afinidad. Pero relativamente a la sociedad anónima, nosotros creemos que el principio de la "affectio societatis" se ha ido dejando de lado para dar paso a una sociedad con sentido moderno, amplio, una sociedad desprendida de todo elemento personalista; porque la sociedad anónima del Siglo XX es la sociedad de capitales por excelencia, donde el socio simplemente aporta bienes, participa en las asambleas, elige a los directores y fiscales, puede solicitar auditorajes, etc.
La verdad es que la "affectio societatis" se ha ido desvaneciendo de la sociedad anónima, porque una compañía que pretenda ejercer una empresa de envergadura, que piensa desarrollar una actividad económica importante, que proyecta crear plazas de empleo en número significativo, que persigue convertirse en protagonista principal de la economía de un país, no puede funcionar con fundamento en el principio de repetida cita; tiene que abrirse al público inversionista.
Nuestro Código de Comercio del '64 fue bastante tímido y no se atrevió a apartar la "affectio societatis" de la sociedad anónima. No tomó el camino de las sociedades anónimas de capital abierto en coexistencia normativa con las de capital cerrado; pero sí plasmó la posibilidad de que coexistan varias series de acciones representativas del capital social lo que, definitivamente, resulta insuficiente para el actual mercado de valores.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA SUCESIÓN AB INTESTATO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL SUPÉRSTITE EN LA FAMILIA DE HECHO

DR. FRANCISCO L. VARGAS S.

CONTENIDO

Pág.

A. Introducción 24
B. La Jurisprudencia patria 25
C. La evolución del Ordenamiento jurídico costarricense 30
D. Derecho foráneo 33
I. El Derecho mejicano 33
II. El Derecho cubano 34
III. El Derecho boliviano 34
IV. El Derecho guatemalteco 34
V. Derecho panameño 34
VI. Derecho hondureño 34
VII. Derecho portorriqueño 35
VIII. Derecho ruso 35
IX. Derecho anglosajón 35
E. La situación del concubinato en la sociedad costarricense 35
F. Conclusiones 37
Bibliografía 40

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

A. INTRODUCCIÓN.

Nuestro centenario Código Civil en su contenido actual ha sufrido una necesaria evolución en lo que concierne al Derecho Sucesorio, evolución que ha sido lenta, pero al fin y al cabo importante.

En diversos aspectos esa evolución se ha manifestado, pero el interés nuestro en esta ocasión se centra en el análisis de los cambios habidos en el tratamiento del parentesco legítimo frente al autor de la sucesión, y más concretamente a la situación de la pareja que convive en lo que conocemos en nuestro medio como "unión libre".

El Derecho Sucesorio evidentemente se encuentra íntimamente ligado al Derecho de Familia. Conforme al tratamiento que un sistema jurídico dé a la familia, a las relaciones de parentesco y filiación, a las relaciones entre la pareja, al régimen patrimonial y a múltiples aspectos más encontraremos soluciones —o al menos teóricamente así debería serlo— ante la muerte de alguno de sus componentes.

Así pues, en cuanto a los hijos podemos observar que nuestro legislador estableció en el Código Civil en sus orígenes, como todavía algunos sistemas jurídicos vigentes[1] que el hijo natural recibiría únicamente, en caso de sucesión, una porción igual a la mitad de la que recibiría el hijo legítimo. Sin embargo, al igual también que la gran mayoría de los sistemas jurídicos modernos, el nuestro evolucionó hacia la equiparación de los productos de una unión libre, y más precisamente, de los hijos extramatrimoniales, puesto que no se hace distinción alguna entre si el hijo es producto de una unión libre, si lo es de una relación ocasional o si es el resultado de una relación adulterina o de cualquier otra índole.[2] Esa equiparación no ha sido lograda aún en sistemas jurídicos modernos, como el francés.[3]

La equiparación la logra el Código Civil patrio en su actual texto del numeral 572, el cual dispone:

"Artículo 572. Son herederos legítimos:
1.–Los hijos, los padres y el consorte. . .".

Al no hacerse distinción alguna debemos entender, en buena hermenéutica legal que se trata de todos los hijos, pues no es dable distinguir donde la Ley no distingue. En todo caso, tal interpretación no es difícil de aceptar, en el tanto en que la Ley núm. 1443 de 21 de mayo de 1952 que reformó tal disposición, es el resultado del ajuste legislativo necesario, a lo preceptuado por la —para entonces recién promulgada— Constitución Política de 1949, la que como sabemos proscribió cualquier calificación de la filiación. (Art. 54).

Dicho sea de paso, la reforma en cuestión fue imperfecta, pues en lo que concierne al numeral 572, sólo se ocupó del primer inciso y olvidó reformar los incisos 2) a 5) ambos inclusive, los que siguen chocando con el precepto constitucional citado, al mantener las discriminaciones ancestrales en contra de los parientes de vínculo sencillo.

En todo caso, a mi manera de entender las cosas, la reforma resultaba innecesaria, desde que era y es de entenderse aún hoy en día respecto de los incisos 2) a 5) citados, que fueron derogados por una norma posterior de rango superior —la Constitución— en el tanto que lo hacían —inciso 1o. reformado— y hacen —incisos 2) a 5) citados— calificaciones odiosas en perjuicio de determinados herederos (v. gr. excluyendo de la herencia a los hermanos naturales por parte de padre).

Por su parte, el Código de Familia vigente, en su numeral tercero establece sin duda, la igualdad derivada del precepto constitucional arriba citado.

De manera pues, que en lo que va de esta segunda mitad del siglo XX el Código Civil ha sido remozado para ajustarlo a un trato más humano respecto de los sucesores descendientes del causante.

Respecto del supérstite de la pareja unida de hecho, al menos en lo que toca al Código Civil, la

---

1. V.gr. el sistema italiano: "Los hermanos y las hermanas de vínculo sencillo (consanguíneos si proceden del mismo padre pero de distinta madre y uterinos si proceden de la misma madre) tienen derecho a la mitad de la que corresponde a los hermanos de doble vínculo o germanos" TRABUCCI, Alberto. "Instituciones de Derecho Civil". Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967, T. II, pág. 387.

2. SALAS MIRANDA, Arnoldo. "Equiparación legal de los hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos". Tesis U.C.R. 1950.

3. La ley francesa de 5 de enero de 1972, pretende lograr una equiparación de los hijos naturales. El Art. 757 del C.C. otorga los mismos derechos a tales hijos como a los legítimos. Sin embargo da un tratamiento diferente a los que llama "adulterinos" (hijo natural de padre o madre casado al momento de la concepción) en protección —se dice— del cónyuge sobreviviente. Cf. LACOENTRE, Yves. "Tout sur les testament, succesions-donations" Editions de Vecchi. París, 1977, pág. 32.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

situación no ha evolucionado, aunque como veremos, el ordenamiento jurídico como tal, y la jurisprudencia sí han girado hacia el reconocimiento de consecuencias de orden jurídico de la convivencia basada en una unión libre e incluso de una relación adulterina en que uno de los sujetos involucrados se encuentra ligado previamente por matrimonio. Sin embargo, se observará oportunamente que ese cambio se reduce a resolver las cuestiones referentes a la liquidación de los bienes comunes, y no a la consideración del supérstite como heredero, si bien la solución pudo haberse encontrado ahí mismo, como se verá.

A finales de la década pasada, nuestra colega y amiga, Licda. Elizabeth Odio Benito, escribía refiriéndose a lo que en su opinión era la situación imperante en Costa Rica:

> ". . . no se admite que hay en la sociedad familias originadas en el matrimonio y familias surgidas de una convivencia sin fórmula, y que ambas situaciones producen efectos y representan problemas que no deben ignorarse puesto que existen y exigen solución" [4]

Luego de un importante análisis la Lic. Odio llega a sintetizar el ordenamiento positivo nacional así:

> "1. La convivencia de una pareja no produce efectos jurídicos personales ni patrimoniales de ningún género para sus miembros, salvo que se formalice mediante el matrimonio;
> 2. Los hijos producto de la unión de hecho, transitoria o permanente, disponen de instrumentos jurídicos para establecer su filiación".

En cuanto al extremo 1 nuestro parecer se aparta de la posición de nuestra apreciada colega y amiga. Veremos más adelante, al momento de llegar a las conclusiones, las razones.

Tampoco estamos del todo de acuerdo con la afirmación —que en todo caso debe analizarse a la luz del momento en que fue escrita, hace ya casi una década— de que la posición de la concubina carece de normas que le otorguen derechos derivados de la convivencia. Intentaremos demostrar que incluso en aquella época la situación no era tan radical.

Sí, concordamos plenamente en otros planteamientos hechos en ese importante trabajo por la Licda. Odio, fundamentalmente en cuanto al hecho de que " . . .hablar de familia de hecho y familia de derecho es hacer clasificaciones artificiales de la agrupación familiar que es una. . ." y asimismo que el " . . .Cerrar los ojos a esta realidad social no conduce más que a producir ordenamientos positivos incompletos que no ofrecen solución a problemas vitales de sus sujetos y que, por ende, permiten la existencia de injusticias que calificamos de atroces. . .".[5]

B. La jurisprudencia patria.

Un análisis de la jurisprudencia patria, nos permitirá mejor comprender nuestro ordenamiento jurídico, ya que como lo señala el texto actual de los artículos 1 y siguientes del Código Civil, ella debe contribuir a informar dicho ordenamiento jurídico.

Examinaremos primero tres fallos que niegan derechos a la mujer frente a su compañero, cuando no media matrimonio:

> "La mujer no tiene derecho alguno sobre los bienes adquiridos por el concubino durante esa relación, ni puede cobrar al mismo los gastos que demanden el embarazo y alumbramiento de un hijo, así como tampoco tiene derecho a recibir alimentos de aquél".[6]

Más radicales aún otros fallos hacen referencia a la moralidad de la relación concubinaria, incluso, si observamos tanto en el caso anterior como en los que siguen no se da una relación adulterina sino un fenómeno de unión libre, esto es, de la resultante entre dos sujetos que se encuentran en libertad de estado, sea porque son solteros, sea porque uno o ambos son divorciados o viudos.

Veamos:

> "El matrimonio es la base de la familia. La familia es elemento natural y fundamento de la sociedad. . . Sería desconocerlas el amparar, sin una ley expresa que lo disponga, pretendidos derechos o situaciones jurídicas que evidentemente se vinculan a relaciones de concubinato, que se reclaman porque surgieron de esas relaciones, que no existirían sin la barraganería".[7]

---

4. **ODIO BENITO, Elizabeth. "Familia de hecho". Rev. Judicial núm. 8, 1978, pág. 54.**
5. **Ibíd. pág. 56.**
6. **Sala 2a. Civil. Sentencia núm. 82 de 14:30 hrs. de 5-3-74.**
7. **Casación núm. 60 de 14:30 hrs. del 27-6-73.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"Siendo el concubinato contrario a las buenas costumbres, de él no pueden derivarse obligaciones civilmente válidas. . .".[8]

Sin embargo no puede llegarse a una conclusión válida sobre el tema que nos ocupa si no analizamos otros fallos, así como la evolución operada dentro de nuestro propio ordenamiento jurídico.

Así por ejemplo encontramos en el mismo fallo de Casación citado de 14:30 hrs. del 27-6-73 voto salvado de los magistrados Coto y Retana, que en lo que interesa dice:

" . . .los juzgadores denegaron la demanda. . . el de primera instancia porque consideró que del concubinato no pueden derivarse derechos como los que pretende la actora; y la Sala por estimar que no se manifestó entre las partes ninguna voluntad para constituir o convenir en un contrato de sociedad. De modo que el problema consiste en determinar, fundamentalmente, si solo en virtud de un contrato formal pueden producirse esos intereses comunes, ligados a la explotación de una actividad económica, o si nuestra legislación contempla otras relaciones que se realizan "de hecho" y que en sus efectos se equipara a una sociedad constituida por convenio expreso.

II.—. . . el Código Civil se refiere en su artículo 1198 a ese tipo de sociedades, que el texto denomina "de hecho" por haberse formado "sin convenio que les de existencia legal". El Profesor Brenes Córdoba las define de esa manera. . . y en el fallo de Casación de 1:55 de 25 de setiembre de 1924, se dijo: "Establecida la existencia de la sociedad de hecho, la ausencia de un convenio escrito que determine las condiciones de su administración, aportes de los socios, modos y tiempo de reparto de ganancias, etcétera, es de la naturaleza propia de esa clase de sociedad, que no sería de hecho si hubiera un contrato otorgado para demostrar su formación y los modos de su funcionamiento. . . Las sociedades civiles de hecho que más frecuentemente hallamos son, tal vez, las nacidas entre concubinos. . .

III.—. . . La señora . . .y el causante señor. . . sostuvieron relaciones maridables, pues vivían en una misma casa, como si fueran marido y mujer. De allí se deriva uno de los escollos que los Jueces han puesto a la demanda, pues la jurisprudencia de esta Sala, en armonía con las ideas de otra época, se inclinó por negarle legitimidad a la relación concubinaria como origen o causa de una sociedad de hecho. . . Pero obsérvese que esos precedentes se refieren a servicios prestados por la mujer en las tareas hogareñas, es decir, a situaciones que no son las del caso de autos, pues allí se pretendía invocar esos servicios como fuente de derecho, de un modo análogo al fundamento que, en tesis general, tiene el régimen de gananciales dentro del matrimonio, mientras que en el presente caso se trata de un problema de otras características, desde luego que la señora . . .no se limitó a prestar al señor. . . los servicios propios de una relación meramente concubinaria, como lo es atender el hogar en todos los quehaceres domésticos, sino que su actividad tuvo otras proyecciones, concretamente las de trabajar al lado del señor. . . en el negocio de comercio que éste tenía en Puerto Cortés, logrando así mediante un esfuerzo común, que ese negocio llegara a convertirse en el próspero establecimiento que los testigos señalan y que se refleja también en el inventario de mercaderías que consta en la certificación de folios 22 a 31. Claro está que las relaciones de concubinato sirvieron de ocasión o de causa originaria para que la señora. . . desplegara aquella actividad en los negocios del señor. . ., pero es erróneo derivar de ahí consecuencias contrarias al derecho reclamado, pues ya se dijo que la señora. . . no actuó dentro del reducido campo de aquellas relaciones, sino que lo hizo trabajando con el señor. . . en actividades de comercio, lógicamente con la idea de que el incremento de los negocios favoreciera a los dos, dentro de una comunidad de afectos y de intereses económicos. Además, la descalificación del concubinato, como fuente de derechos para la mujer no debe verse ahora con la rigidez de antaño, pues aun cuando no sea posible asimilarlo a un vínculo matrimonial, que siempre favorece a la esposa aunque ésta no realice ninguna labor dentro del hogar, el concubinato ha venido perdiendo aquellas características de absoluta ilegalidad que lo hacían tan vituperable a los ojos de los Jueces, porque es lo cierto que esa relación ha sido reconocida por algunas leyes, que no han podido ignorar el fenómeno social de tantas uniones de hecho . . .En esas condiciones no debió haberse denegado la demanda por la ilicitud del concubinato. Y como tampoco es indispensable para admitir la existencia de la sociedad de hecho, que hubiera una voluntad expresa, manifestada por la actora y el señor . . .se concluye que los juzgadores infringieron el citado texto legal por falta de aplicación. . .".[9]

Ya a finales de esa primer mitad de este siglo nuestro máximo tribunal en el caso Herrera Espinoza vs. Suc. Díaz Pomares resolvió:

"I.— Los jueces de instancia han tenido por demostrados, entre otros hechos, que la actora atendía la alimentación de la familia del causante y de los peones de las fincas de ambos, y era la encargada del negocio comercial en casa

8. **Casación de 9:10 hrs. del 10 de junio 1939.**

9. **Voto Salvado en Cas. núm. 60 de 14:30 hrs. del 27-6-73.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

del causante; que los bienes propios de cada uno de ellos se unieron en una especie de sociedad de hecho; que el causante recibió dineros por ventas de una finca y de unos ganados, todo ello propiedad de la actora; y que aquél ejerció una especie de administración sobre los bienes comunes, confundidos unos y otros. . .

II.— De la circunstancia de que los socios vivieran en concubinato no puede deducirse la ilegalidad o inmoralidad de la sociedad, ya que ésta es independiente de aquél y no se destina a un género de operaciones contrarias a la ley, a la moral o a las buenas costumbres. La doctrina y jurisprudencia francesas admiten la existencia de sociedades de hecho entre personas que viven en concubinato y permiten que se liquiden de modo que uno de los socios no se enriquezca a costa del otro, privándole de su aporte y aprovechándose así de las utilidades obtenidas y del rendimiento del trabajo de su consocio. (Dalloz 1924-2-9, 1927-H-223; Planiol y Ripert, tomo II, núm. 1072)".

III.— Aun en el supuesto de que la sociedad fuera nula a causa del concubinato de los socios, no sería posible hacer abstracción de las operaciones sociales que se han llevado a cabo y permitir que uno de los socios se enriquezca con perjuicio del otro, invocando la nulidad. Debe procederse en tal caso, de conformidad con el artículo 1198 del Código Civil, a la liquidación del activo y del pasivo de la sociedad irregular y al consiguiente reparto del caudal social. . .

Por tanto: se declara con lugar el recurso, se anula la sentencia recurrida y fallando el pleito se . . .revoca en lo demás y se declaran procedentes los tres primeros extremos de la acción así: que existió una sociedad de hecho entre . . .y . . .y a la cual aportó la dicha señora el producto de la venta de una finca y de unos semovientes y que debe procederse a la liquidación de esa sociedad a fin de repartir el caudal social entre ambos socios. . .".[10]

La evolución jurisprudencial iniciada por este fallo, seguido en el voto salvado —sin que expresamente se haya señalado en él este antecedente— no concluye con ellos. Otros fallos han reconocido efectos jurídicos a las uniones de hecho como veremos de inmediato. Pero no nos limitaremos a fallos nacionales, sino también a uno dictado en Puerto Rico, que traemos a colación para reforzar un fallo nacional que por no haber sido recurrido, alcanzó firmeza y ese hecho nos privó de conocer la posición de nuestros tribunales superiores al respecto.

Veamos pues:

1.— El Tribunal Superior de Trabajo, por resolución núm. 102 de 9:40 hrs. del 14-1-66, en unas diligencias tendientes al reconocimiento de prestaciones derivadas de la muerte del trabajador, donde concurrieron la concubina y una hermana de aquél pretendiendo una con exclusión de otra tener derechos a la indemnización correspondiente, dijo:

"III.— De acuerdo con los hechos que se han tenido por probados, la cuestión jurídica que debe decidirse en el presente asunto, es si la Señora. . . en su carácter de concubina del trabajador. . . tiene derecho a recibir las prestaciones originadas en el fallecimiento de éste. . . La disposición legal alrededor de la cual gira la discusión es la del artículo 85 del Código de Trabajo. Conforme al párrafo que le fue adicionado por Ley núm. 2710 de 30 noviembre de 1960, concretamente la cuestión debatida se reduce a determinar si al mencionar ese párrafo en su inciso primero al 'consorte' tal palabra comprende o no a la concubina. . . Estima este Tribunal que la concubina puede ser considerada como consorte con derecho a indemnización derivada de la muerte del trabajador cuando como ocurre en el caso de autos no existe cónyuge que tenga derecho a esa indemnización, y la unión de hecho de que se trata no fue transitoria sino que tuvo una duración bastante prolongada".
Se señala además como apoyo el hecho probado de que la concubina dependía económicamente del difunto. Este fallo resulta trascendental en las conclusiones a las que más adelante llegaremos en cuanto a los derechos mortis causa del supérstite de la convivencia.

2.— Otro fallo del mismo Tribunal, dictado a las 10:25 hrs. del 21 de setiembre de 1973, vino a reiterar el criterio contenido en la sentencia anterior. En este caso, sin embargo se trataba de la concubina concurriendo con los hijos del difunto, en reclamo de las prestaciones. El fallo lleva el núm. 2550. Se falló el asunto distribuyendo por partes iguales el monto de la indemnización entre la concubina y dichos hijos.

3.— La sentencia núm. 362 de la Sala Primera Civil, dictada a 8:10 hrs. del 20-9-77, en ejecución de una sentencia dispuso:

". . . La Sala, en consideración que esas mejoras las hizo el citado. . . cuando llevaba vida con-

10. **Casación de 10:40 hrs. 27 diciembre 1947, págs. 1306 y sigs. del tomo II, 2o. Semestre 1947.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cubinaria con la actora, hace suponer que fueron el resultado de un esfuerzo común. Si esa actividad hubiera sido realizada por una pareja ligada por el vínculo matrimonial, el producto de ese empeño hubiera caído dentro del régimen de gananciales y hubiera tenido que repartirse por mitades, al disolverse el matrimonio. Con igual razón, a juicio de la Sala, en el presente caso, el valor de esas mejoras debe repartirse por partes iguales entre actora y demandado, debido a que, como ya se dijo, ellas son el producto de un afán común, en que para lograrlas cada miembro de la pareja hizo sus propios sacrificios y puso sus mejores empeños".

Este fallo es importante en el tanto en que iguala las consecuencias patrimoniales del concubinato a las del matrimonio, al presumir que los bienes producidos durante aquél son el resultado del esfuerzo común, de la misma manera que lo son los bienes gananciales.

4.– Por su parte el Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, según fallo núm. 216-83, dictado a las 8:20 hrs. del 25 de marzo de 1983, marca un nuevo paso en la evolución que hemos estado analizando, ya que reconoce derechos a la compañera de un causante que estaba ligado por matrimonio previo, pero quien se encontraba separado de hecho de su esposa.

El fallo en cuestión, en lo que interesa, dice:

"II.– De la prueba existente se ve en forma clara que el finado don. . . estaba separado de su esposa y convivía, desde mucho tiempo antes de su deceso, en unión de hecho con la actora. . . Está demostrado también que los bienes que se litigan fueron adquiridos durante el tiempo de dicha unión y, además, que doña. . . –al par que atendía las tareas domésticas– ayudaba a don. . . en sus labores de agricultura.

III.– . . .este órgano comparte el criterio del señor Juez a quo en cuanto a reconocer efectos de la unión de hecho referida. . . el artículo 41, inciso 5o. del Código de Familia. . . constituye un calificado respaldo para la tesis, al consagrar una doctrina que beneficia a dicha compañera o compañero. Porque si el régimen de gananciales parte de la presunción –que inclusive es absoluta– de que los bienes son generados por el común esfuerzo de los cónyuges convivientes, obvio es que la situación varía si hay separación, al no darse el mencionado esfuerzo común. Y entonces si lo buscado es reconocer este esfuerzo, resulta consecuente reconocérselo al conviviente de hecho, aun –como se verá de lo que se transcribe más adelante– sin requerirse prueba de esfuerzo efectivo. En otras palabras, presumiéndolo también a partir de la relación fáctica".

Luego de un análisis de doctrina y de la cita de un caso fallado por el juzgado 6o. Civil, el fallo en examen concluye:

"IV.– Sobre la base de lo expuesto y lo transcrito, la mayoría del Tribunal considera que debe confirmarse en todas sus partes la sentencia recurrida. . . No se ignora que a la Asamblea Legislativa fue presentado un proyecto tendiente a regular los problemas de la unión de hecho, y que al parecer se encuentra archivado. Pero la presentación de tal proyecto legal no significa que en la actualidad no resulte posible reconocerle efectos a situaciones como la de autos, porque hay apoyo en normas legales como las mencionadas en lo transcrito –implicativas de que la convivencia de hecho no está al margen de la Ley– y en la que contiene el artículo 41 inciso 5o. del Código de Familia. Puede ocurrir perfectamente que se presente un proyecto de ley innecesario o que tienda nada más a regular aspectos de algo que el ordenamiento ampara pero sin prever solución expresa para todos sus problemas conexos".

5.– El fallo del Juzgado 6o. Civil, a que hace referencia el dictado por el Tribunal Superior Civil y que se señala en el aparte anterior, fue dictado en un juicio ordinario planteado para liquidar una sociedad de hecho (Sentencia núm. 259 de 11 hrs. del 16 de agosto de 1979), siendo entonces Juez el Lic. Ricardo Hilje, quien resolvió:

"IV.– Fondo del asunto: Las partes convivieron maritalmente durante treinta años y dentro de su unión de hecho se adquirieron bienes, concretamente un inmueble y un crédito hipotecario que figuran registrados a nombre de la demandada. La demanda persigue que se reconozca la existencia de una sociedad de hecho, derivada de la unión fáctica, pretendiendo fundamentalmente el actor la mitad de los bienes adquiridos. Y esa sociedad de hecho en realidad se conformó, como inherencia de la unión, porque puede surgir en forma no deliberada. . . El problema padecido en nuestro país por este tipo de uniones, cuando se ha intentado reclamar derechos derivados de las mismas, es que en muchos casos los tribunales han encontrado ilicitud, por roce con las buenas costumbres, en el concubinato que les sirve de base. Se ha dicho que los pretendidos derechos o situaciones jurídicas no existirían sin dicho concubinato. . . Pero no es a juicio del suscrito, o más bien de otras personas de connotados méritos jurídicos un buen criterio para resolver una controversia como la de autos. . . El Derecho no puede marchar a remolque de la vida, empleando una expresión de Couture, quien nos anuncia con la luminosidad de su estilo que ". . .las generaciones que habrán de sucedernos contemplarán con cierta piedad una etapa del derecho que no quiere enterarse de los requerimientos de la vida que circunda en su derredor. . ." Y la advertencia no es solamente para el legislador sino que alcanza a los jueces, porque al-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

gunas veces estos tienen barreras insalvables para proveer como quisieran, en otras sí pueden, amparados por el propio ordenamiento, concurrir a la producción jurídica y enriquecer con ello ese ordenamiento, sin desentenderse de la vida que nutre el orden social. Y qué hacer entonces con cuarenta y tres mil o más grupos humanos que exigen la atención de las mismas necesidades de los grupos formalizados por el matrimonio? Podrán seguir siendo estigmatizadas esas relaciones humanas y sus participantes con la afirmación de que atentan contra el orden público y las buenas costumbres ya porque la mayoría de la población acostumbra el rito matrimonial?. . . el abogado de la demandada. . . se expresó con acritud, preguntando si esas uniones valían igual que las "bendecidas con el santo sacramento del matrimonio". . . el derecho y la religión son ordenamientos autónomos, por más que nuestra Constitución Política proclame la religión católica como la oficial del Estado. Y realmente el Derecho ha tenido que irse secularizando y librando así de influencias religiosas que no tenían razón de ser. . . Porque con igual criterio, en otras épocas las costumbres sociales contagiadas impidieron u obstaculizaron el divorcio, el matrimonio civil, el reconocimiento de la prole extramatrimonial y algunas otras cosas que hoy vemos tan normales y consecuentes con los requerimientos humanos. . ."

"Y en esto mejor cederle la palabra a alguien de más autoridad. . . hoy presidente de la Corte Suprema de Justicia, expresó: ". . . la jurisprudencia de esta Sala, *En armonía con las ideas de otra época,* se inclinó por negarle legitimidad a la relación concubinaria como origen o causa de una sociedad de hecho. . . Además la descalificación del concubinato, como fuente de derechos para la mujer, *No debe verse ahora con la rigidez de antaño,* pues aun cuando no sea posible asimilarlo a un vínculo matrimonial, que siempre favorece a la esposa aunque ésta no realice ninguna labor dentro del hogar, *El concubinato ha venido perdiendo aquellas características de absoluta ilegalidad que lo hacían tan vituperable a los ojos de los jueces. . ."*

". . .Y ya de una manera directamente relacionada con el supuesto de autos y en forma categórica, la Sala Primera Civil reconoció derechos como a manera de gananciales. . . el tribunal de alzada dispone que el monto de las mejoras que la actora debe indemnizar a quien por mucho tiempo fue su mancebo, es el de la mitad del valor total en razón de que la otra mitad corresponde a ella. . . Ello no es otra cosa, y en buena hora, que aplicar la misma norma que sobre gananciales entre cónyuges contiene el Código de Familia, porque se estableció el derecho por presunción del común esfuerzo, derivada de la convivencia, sin necesidad de prueba sobre el esfuerzo efectivo".

6.— Otro caso interesante de traer a colación es el resuelto por el Juzgado Primero de Familia, el que, por sentencia núm. 885 de 9:20 hrs. del 24 de agosto de 1984 resolvió considerar como gananciales bienes adquiridos por la pareja durante la unión de hecho que luego se convirtió en unión legítima gracias al matrimonio producido entre ambos. Veamos:

"III.— Fondo del asunto.—. . . Y en punto a los gananciales es cuestión que también procede conforme al artículo 41 del Código de Familia, haciéndose la siguiente aclaración respecto a la finca que aparece a nombre del demandado: si se observa la certificación de folio tres referida al nacimiento de los hijos procreados entre las partes, se colige fácilmente que lo fue antes de que sus padres se casaran. . . La finca . . .fue adquirida en el año mil novecientos cincuenta y cuatro, sea ya cuando la relación de convivencia existía. . . la relación de hecho, aparte de la consideración social, en nada se diferencia del matrimonio. Y si se analiza el artículo 41 citado en cuanto define los bienes que no entran en la categoría de gananciales, se entiende por exclusión, que son aquellos adquiridos por el esfuerzo de una sola de las partes, o que, si no lo fue así, el otro no ha cooperado con tal adquisición y el inciso 5) de dicho artículo va más allá al excluir del régimen los bienes adquiridos durante la separación de hecho, sea que no es el matrimonio en sí lo que da la condición ganancial, sino el esfuerzo común y consecuentemente se ha de entender que si los bienes adquiridos durante la separación de hecho no son gananciales, aunque exista matrimonio, los adquiridos durante la unión de hecho con un matrimonio subsiguiente, sí entran en tal categoría. . . Ni la ley ni los convencionalismos sociales pueden ser mampara para que impere la injusticia. Por lo dicho la finca adquirida por el demandado durante la relación de hecho entra en la categoría de ganancial y la actora tiene derecho a participar en el cincuenta por ciento del valor neto de ese bien".

7.— El fallo en cuestión fue recurrido, y el Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, por sentencia núm. 98 de 8:20 hrs. del 22-2-85, lo confirmó.

En lo que interesa, el fallo en cuestión dijo:

"En lo que corresponde al punto apelado, sobre gananciales el Tribunal no tiene nada que objetar al fallo recurrido; por el contrario, estima muy acertados los razonamientos del señor Juez en virtud de los cuales declara como bien ganancial la finca. . . adquirida por el demandado cuando éste, antes de formalizar matrimonio con la actora, vivía en unión libre con la misma".

8.— Íntimamente ligado con el fallo dictado por el Juzgado Sexto Civil de San José, y con el del Tribunal Superior Segundo Civil (núm. 216-83) traemos a colación un fallo de los tribunales de Puerto Rico. El caso resuelto en alzada en ese país

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

es prácticamente idéntico a los señalados, pues en todos se daba la concurrencia de matrimonio —mediando eso sí separación de hecho— y unión de hecho. El concubino no se encontraba entonces en libertad de estado.[11]

Una aclaración requiere la situación que aparece resuelta en el fallo que de seguido transcribimos en lo que nos interesa, dictado por los tribunales de Puerto Rico, y es la de que en ese país la separación de hecho no excluye de la sociedad ganancial los bienes producidos entonces. Y a pesar de ello, el fallo, como se verá reconoció derechos a la concubina, considerando existente una sociedad de hecho entre la sociedad ganancial no disuelta entre los esposos, por un lado, y la concubina por otro. Veamos:

> "Probado que un hombre casado, vigente su matrimonio, entra en una relación extramarital o de concubinato con otra mujer, relación que dura hasta el momento de su muerte treinta y ocho años después; que al iniciarse esa relación, ni él ni la concubina tenían bienes de fortuna; y que durante toda la vigencia de esa relación la mujer aportó de su esfuerzo y su trabajo tanto o más que él para producir un capital que a su óbito se estima en más de $90.000, qué derechos tiene esa mujer contra la sociedad legal de gananciales que al mismo tiempo existía entre el concubinario y su esposa?
>
> El tribunal de instancia, luego de aquilatar las pruebas presentadas por las partes, concluyó que al ocurrir el fallecimiento de. . . quedaron bienes inmuebles y una suma de dinero en efectivo por un valor total de $95.726.29 y, sin hacer determinación sobre qué clase de relación económica generó la unión extramarital entre. . . y. . ., fijó en $15.000 la participación que a ella corresponde en dicho caudal. A solicitud de la demandante decidimos revisar la sentencia. . .
>
> Establecida la existencia de una comunidad de bienes entre la demandante y la sociedad de gananciales de que . . .era administrador, competía a los demandados demostrar que la participación de ella era menos del cincuenta por ciento del valor de los bienes. . . En ausencia de esa prueba, se presume que las porciones de ella y de la sociedad de gananciales que existió entre. . . y. . . son iguales. . .
>
> Pero aún si considerásemos, arguyendo, que no se probó la existencia de una comunidad de bienes, quedó establecido que ella aportó valores, esfuerzos y servicios que, a la par que coadyuvaron al mantenimiento y sustento de todos y a la educación de hijos y sobrinos, redundaron en ganancias que produjeron bienes por valor de más de $90.000. En equidad y en justicia, para evitar un enriquecimiento injusto de la sociedad de gananciales a expensas del trabajo de la demandante, tendría derecho ella a una parte de esos bienes en proporción a su aportación. . .
>
> La demandante. . . en el supuesto de que no hubiese probado la existencia de una comunidad de bienes, cumplió con su obligación de probar preponderantemente que el valor de su participación es por lo menos la mitad del valor de sus bienes. . .
>
> Se modificará la sentencia del tribunal recurrido para declarar que la demandante. . . tiene derecho a una mitad de los bienes relictos al óbito de. . ., así modificada, se confirmará, y se devolverán los autos a dicho tribunal para que proceda a la liquidación de la comunidad de bienes existentes entre la demandante y la sociedad legal de gananciales que existió entre . . . y . . .".[12]

Un estudio hecho por el Prof. Pedro Silva Ruiz, de Puerto Rico nos da cuenta de la evolución jurisprudencial en ese país. A partir de 1932 encontramos fallos que reconocen derechos a la compañera, hasta el más importante que es el que aparece supra citado.[13]

C. La evolución del ordenamiento jurídico costarricense.

Un cambio de posición del ordenamiento jurídico costarricense frente al concubinato, se ha operado. A él hace alusión el voto salvado de los magistrados Coto y Retana en la Sentencia de Casación núm. 60 de 14:30 hrs. del 27 de junio de 1973 puede constatarse, a nuestro entender, en las siguientes circunstancias o hechos:

1. La eliminación del adulterio como delito.

Como dijimos atrás, el Código Civil señala aún el caso de la incapacidad para heredar contenida en el texto del numeral 592, inciso 4) del Código Civil, respecto del "copartícipe de adulterio".

---

11. Como se recordará en cuanto al Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense del Seguro Social, esa situación no perjudica a la compañera, la cual puede con exclusión de la esposa, beneficiar de la pensión de viudez, o, verse obligada a compartirla con ella, cuando el difunto pagaba una pensión a su esposa.

12. Colección de sentencias de Puerto Rico. Sent. núm. R-75-113, de fecha 18-12-75, publicada a págs. 474 y sigs. del tomo respectivo.

13. Cf. Revista Judicial, núm. 26. Setiembre 1983, pág. 125.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Sobre esta norma, estando vigente aún la figura delictiva, el profesor Alberto Brenes Córdoba nos decía:

> "Y como castigo al hecho *delictuoso* del adulterio y en acatamiento al público decoro, prohíbe la ley toda asignación testamentaria que haga el cónyuge adúltero en provecho de su *cómplice*.
> Pero entiéndase que para ese efecto es preciso que el adulterio sea declarado por los *Tribunales de Justicia represiva* y se haya establecido la responsabilidad del cómplice. El divorcio que se pronunciara con fundamento en esa causal, aun en el supuesto de que constara en el proceso la persona sindicada de complicidad, no daría mérito para invalidar la asignación, dado que en el juicio civil sólo figuran como partes los cónyuges y que a nadie puede imponerse *pena*, carácter que tiene, en este caso la privación de lo dejado en testamento al posible cómplice, sin ser oído y convencido en juicio".[14]

La figura del delito de adulterio, desaparece de nuestro ordenamiento jurídico en el año 1941 ya que en el Código Penal de entonces no se le incluye.[15]

2. La promulgación del "Reglamento General del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte" de la Caja Costarricense del Seguro Social.

El artículo 20 del mencionado reglamento vino a establecer el derecho de la compañera del asegurado a obtener pensión de viudez.

Ese derecho sin embargo estaba sujeto a varias condicionantes:

a) Sólo a falta de viuda con derecho a la pensión se podía otorgar esos beneficios a la compañera.
b) El asegurado debía encontrarse en libertad de estado, es decir debía ser soltero, viudo o divorciado.
c) Que la convivencia se hubiera prolongado por un período de dos años cuando hubiere hijos, o a falta de éstos, por un lapso de tres años como mínimo.
d) La dependencia económica de la compañera respecto del asegurado era el requisito final.

Este reglamento fue promulgado el 17 de diciembre de 1946 y publicado en La Gaceta núm. 5 de 8-1-47.

3. La evolución continúa a nuestro juicio con la promulgación de la Constitución Política que nos rige actualmente el 7 de noviembre de 1949, la cual en su numeral 54 vino a proscribir toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación.

4. El siguiente paso en esta evolución lo encontramos en la Ley núm. 1443 de 21 de mayo de 1952, que vino a reformar entre otros, los artículos 124 y 572 del Código Civil a fin de ajustarlos a la Constitución Política de 1949.

En la segunda norma se estableció desde dicha ley que son herederos legítimos, los hijos, sin distinguir, como se hacía antes de la reforma entre los legítimos y los ilegítimos.

Pero, lo más importante, en la primera de las dos normas citadas se viene a establecer como hecho jurídico relevante la unión de hecho, la que a condición de ser pública, singular y estable, que haya existido por más de un año entre los convivientes, permitiría desde entonces la investigación de paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

5. Un quinto paso en esta lenta evolución lo encontramos en la Ley núm. 1922 de 5 de agosto de 1955, conocida como Ley de Pensiones e Indemnizaciones de Guerra, la cual incluso ha sido reformada por diversas leyes tendientes a aclarar o mejorar la situación de la compañera, tales como las núms. 2186 de 23-12-57, 3117 de 30-4-63; 3779 de 7-11-66, 3990 de 6-11-67; 6542 de 16 de diciembre de 1980 y 6811 de 10 de setiembre 1982.

En la citada Ley de 1955, se establece la obligación del Estado de auxiliar a los parientes de los muertos en combate o en hechos conexos con éste relativos a la acción que se inició el 11 de enero de 1955.

Encontramos numerosas disposiciones en dicha ley que se refieren expresamente al caso de la compañera, pero transcribimos sólo los artículos 4 y 5 que en lo que interesa dicen por su orden;

"La viuda, compañera o concubina soltera de un combatiente muerto en acción de guerra... tendrá derecho, en forma vitalicia a que se le ad-

---

14. **BRENES CÓRDOBA, Alberto. Tratado de los bienes. Ed. Trejos Hnos. San José, 1927, pág. 359.**

15. **Cf. SOTELA MONTAGNÉ, ROGELIO, Comentarios al Tratado de los bienes de A.B.C. Ed. Juricentro, San José, 1981.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

judique una pensión igual al salario o ingresos ordinarios que percibía su esposo o compañero. . .".

"La compañera o concubina soltera, que por lo menos en los últimos seis meses dependió económicamente del causante soltero, gozará de los beneficios de esta ley. . .".

6. El nuevo Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte promulgado el 15 de noviembre de 1960, viene a marcar un nuevo hito en la evolución que analizamos, pues introduce importantes reformas en cuanto a la compañera.

En lugar del artículo 20 del antiguo reglamento encontramos el artículo 48 que si bien amplía el plazo de tres a cinco años de convivencia cuando no hubiere hijos, suprime el requisito de libertad de estado exigido por el anterior reglamento.

7. La Ley núm. 2710 de 30-11-60 que agregó un párrafo al numeral 85 del Código de Trabajo, el cual ha sido interpretado, al referirse al derecho a reclamar las prestaciones del difunto trabajador en favor de su "consorte", que el mismo se está refiriendo a la compañera o concubina, según lo ha resuelto el Tribunal Superior de Trabajo en sentencia núm. 102 arriba citada.

8. El paso siguiente en este cambio lo encontramos en el mismo caso de la Caja Costarricense del Seguro Social, pues el novísimo reglamento, que había sido dictado en 1971 y que había conservado los términos del Reglamento de 1960 en lo que se refiere a la compañera, sufre una modificación en el año 1976, concretamente el 20 de octubre de ese año, a partir de la cual el numeral 49 del Reglamento reza:

> "Cuando se dé la circunstancia de que al fallecer el asegurado, tenía compañera en las condiciones señaladas en el párrafo anterior, y que al mismo tiempo queda una viuda que recibía pensión alimenticia del asegurado fallecido, la Caja podrá reconocer el derecho a pensión *a ambas,* siempre que se compruebe que la pensión alimenticia que recibía la viuda constituía su ingreso de subsistencia".

Debe entonces entenderse que la viuda no puede reclamar pensión si no recibía una pensión alimenticia de su esposo, cuando mediare la circunstancia de la separación de hecho y la correspondiente convivencia de aquél con una compañera.

La pensión en cuestión, según lo han entendido nuestros tribunales, ha de entenderse como una ayuda económica, aun cuando la misma no provenga de un fallo judicial.[16]

9. La Ley núm. 2825 de 14-10-61, Ley de Tierras y Colonización, que en su artículo 68, inciso 4) aparte b) dispone que en caso de abandono injustificado de la parcela, después de revocada la asignación deberá adjudicarse a la esposa, o ". . .a la o a las personas que hayan convivido permanentemente con el parcelero. . ." expresión que en opinión del Lic. Víctor Hugo Núñez Torres y en el del nuestro particular, implica un reconocimiento a persona que sin ser esposa, haya convivido con el parcelero.[17]

Incluso, esa misma Ley establece en su numeral 63, inciso 4) que entre los aspirantes a parceleros se preferirá a " . . .los padres de familia que tengan más hijos o más personas a su cargo. . .".

"Dicho requisito no se refiere al estado civil, sino a la condición de cabeza de familia, con obligación a su cargo, situación muy normal en nuestro país donde la unión de hecho se equipara a la unión matrimonial".[18]

10. La Ley núm. 4978 de 29-5-72 que vino a reformar el numeral 21 de la Ley de Pensiones de Guerra, el cual en lo que interesa y refiriéndose a las casas adjudicadas por el INVU dice a partir de entonces:

> ". . .en el caso de madres, viudas, compañeras o concubinas. . . el Estado se hará cargo de las cuotas que les correspondan en las citadas adjudicaciones hechas por el citado Instituto, de tal manera que reciban la vivienda en forma gratuita. . . Una vez que el Estado haya pagado la totalidad de las cuotas, el INVU deberá inscribir

---

16. **Sala 2a. de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias núms. 135 de 9:30 hrs. del 28-9-83 y núm. 72 de 14:30 hrs. del 14-5-85. Para una mejor inteligencia de este asunto puede consultarse la tesis de Clara Isabel Vega R. "Marco legal y análisis de jurisprudencia del régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la C.C.S.S. U.C.R. 1985, págs. 171 y sigts.**

17. **"La sucesión mortis causa en el contrato de asignación individual de tierras en el Derecho Agrario costarricense". Tesis, U.C.R. 1981, pág. 75.**

18. **Ídem.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la vivienda a nombre de las madres, viudas, compañeras o concubinas e hijos de los muertos, y entregarles la respectiva escritura".

11. Ley núm. 5761 de 7-8-75. Esta Ley viene a introducir en el Código Penal el artículo 81 bis, que dice en lo que interesa:

"Son delitos de acción pública perseguibles sólo a instancia privada:
a) . . . b) . . . c) El hurto, el robo sin violencia en las personas, la estafa, las demás defraudaciones previstas en las Secciones IV y V del Título VII, libro II y los daños, siempre que el imputado sea . . .su cónyuge. . . concubinario o manceba de éste si han llevado públicamente vida marital por más de un año. . .".

Aparte de los ejemplos concretos de leyes y reglamentos citados, se han dado en el transcurso de los años, muy variados proyectos que en una forma u otra han tendido a regular en forma expresa cuestiones referentes al concubinato como fuente generadora de derechos y obligaciones. Por ahora citamos dos casos recientes:

- El primero de ellos es el proyecto de Ley de Ordenamiento Agrario y Desarrollo Rural, publicado en el Alcance núm. 40 a La Gaceta núm. 52 de 16 de marzo de 1976. En dicho proyecto encontramos el numeral 139, in fine, el cual considera heredero del parcelero a:

  ". . .la persona que haya convivido maritalmente con el adjudicatario en forma estable dentro de los dos años anteriores a su fallecimiento. . .".

- El segundo de ellos, lo encontramos a propósito del Proyecto de Código de Procedimientos Civiles.
  El Congreso Jurídico Nacional 1983, celebrado en ese año en el Colegio de Abogados, a través de la Comisión IV, recomendó entre otras cosas, reformar el texto del numeral 901 en su párrafo final, para que se introdujera a la compañera como beneficiaria, al igual que la esposa, del derecho ahí previsto de permanecer, después de la muerte del causante, habitando la casa que ocupaba al momento del fallecimiento de éste.[19]

13. Entre los ejemplos citados de leyes y reglamentos olvidamos citar otros de los reglamentos de la Caja Costarricense del Seguro Social:

- Reglamento promulgado el 4 de febrero de 1952, conocido como "Reglamento del Seguro de Enfermedad y Maternidad" en cuyo artículo 58 se establece como acreedora de los "beneficios familiares" a la compañera, pero en este caso a falta de esposa legítima con derecho a ellos y cuando la convivencia se hubiera prolongado por más de un año.
  Igualmente en dicho reglamento encontramos el numeral 36, que fue reformado en sesión 4851 de 13-11-74, el cual señala que el subsidio ahí previsto, en caso de enfermedades por ingestión de bebidas alcohólicas, le puede ser entregado también a la compañera.
- Reglamento sobre afiliación, de patronos y trabajadores, que entró en vigencia el 15-4-61, el cual dispone en su numeral 4 inciso 1), aparte c), que el trabajador debe, a los efectos de su empadronamiento, suministrar al patrono, entre otros datos: "Estado Civil" e inmediatamente se ejemplifica en la misma norma: "soltero, casado, unión libre, etc.".

D. Derecho foráneo.

Un paréntesis es importante hacer ahora, antes de seguir adelante, a fin de examinar algunos antecedentes foráneos en este campo.

No pretendemos examinar la cuestión desde sus propios orígenes ya que ello sería lo propio de un estudio más profundo y su enfoque correspondería a la Historia del Derecho. Nosotros nos ocuparemos de la evolución que se ha dado en el siglo en que vivimos respecto incluso, de sólo algunos países. Veamos:

I. Derecho mejicano.

El Código Civil mejicano confiere derechos al concubinato no sólo en lo que concierne a los hijos, sino también entre los concubinos.

Así " . . .se ha reconocido en el artículo 1635 el derecho de la concubina para heredar en la sucesión legítima del concubino si vivió con éste como si fuera su marido durante los cinco años

19. Vid. Actas Congreso Jurídico Nacional 1983. Comisión IV, pág. 4.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

anteriores a su muerte o tuvo hijos con él, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato... También para el caso de sucesión testamentaria se permite a la concubina, cumpliendo las condiciones antes citadas, exigir una pensión de alimentos dentro de las limitaciones mismas del caudal hereditario... artículo 1638...".[20]

El citado código fue promulgado en el año 1928.

En ese país, se da un paso más en el Estado de Morelos, pues aparte de lo estatuido se permite a la concubina demandar alimentos también durante la relación concubinaria.

II. El Derecho cubano.

Es sumamente interesante constatar que en Cuba la cuestión ha sido elevada a precepto constitucional. Así el artículo 43:

> "Los tribunales determinarán los casos en que por razón de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio será equiparada, por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil".
>
> Es evidente pues que aquí se produce una equiparación absoluta entre el matrimonio y el concubinato, siempre que se den los requisitos previstos.
>
> Analizando la cuestión, un autor cubano, dice, cosa que nos parece acertada, que al exigir la constitución política de su país, "capacidad legal para contraer matrimonio" evita el que puedan darse uniones incestuosas que serían posibles en el sistema mejicano que exige únicamente la libertad de estado.[21]

La Constitución Política cubana data del 5 de julio de 1940.

Ese precepto constitucional aparece recogido en el Código de Familia de ese país del año 1975. (Arts. 18 y 19).

III. El Derecho boliviano.

Este sistema también ha elevado a precepto constitucional la equiparación de la unión libre con el matrimonio.

Al respecto leemos el párrafo segundo del artículo 131 de la Constitución Política del 24 de noviembre de 1945 que dice:

> "...Se reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias, con sólo el transcurso de dos años de vida en común verificada por todos los medios de prueba o por el nacimiento de un hijo, siempre que las partes tengan capacidad legal para contraer enlace. La Ley del Registro Civil perfeccionará estas uniones de hecho".

IV. El Derecho guatemalteco.

En el mismo año 1945 nuestro hermano país promulgó una Constitución Política, en fecha 11 de marzo, gracias a la cual en aquél se equipara el matrimonio civil y las uniones de hecho en su artículo 74.

Con base en dicha constitución se promulgó en fecha 29 de octubre de 1947 el "Estatuto de uniones de hecho", el cual fue publicado el 26 de noviembre de ese mismo año.

El artículo primero de dicho estatuto dice:

> "Se reconoce legalmente la unión de hecho de un hombre y una mujer, con capacidad para contraer matrimonio y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse mutuamente, mantenida en forma pública y consecutiva por más de tres años, siempre que éstos hubiesen fundado hogar y que ambos se hayan tratado como tales ante sus familiares o relaciones sociales".

Por su parte el artículo segundo establece:

> "Las uniones verificadas y mantenidas públicamente por los elementos de raza indígena, celebradas de acuerdo con sus costumbres, tradiciones o ritos, se tienen como uniones de hecho y gozan de los derechos establecidos en la presente ley, aun cuando no hayan cumplido el tiempo previsto en el artículo anterior...".

V. Derecho panameño.

En este país vecino también se elevó a precepto constitucional la equiparación de las uniones de hecho con el matrimonio.

La Constitución panameña en su artículo 56 equipara las uniones de hecho. Posteriormente, por ley de 6 de diciembre de 1956 se regula lo concerniente a aquellas.

VI. Derecho hondureño.

La Constitución de 1957, en su numeral 101, también reconoce la unión de hecho.

---

20. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mejicano. Ed. Porrúa, S.A., Méjico, 1983, pág. 366.

21. LE RIVERAND BRUSONE, Eduardo, "Matrimonio Anómalo" cit. ib. pág. 368.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

VII. Derecho portorriqueño.

No hay legislación general que regule el concubinato. Existe eso sí legislación especial que le reconoce algunos efectos para situaciones particulares.[22]

VIII. Derecho ruso.

> "En el Código del matrimonio, la familia y la tutela, que rige en Rusia, se hace una equiparación entre el matrimonio celebrado ante el Oficial del Registro Civil y la unión que por mutuo acuerdo se establece entre el hombre y la mujer que han llegado a la edad núbil, para originar un estado de vida más o menos permanente. . . En el artículo 3o. se dice. . .: "Las personas que vivan maritalmente de hecho. . . tienen el derecho de formalizar en cualquier momento sus relaciones mediante el registro, indicando el plazo en que efectivamente hubiesen vivido en común. . .".
>
> "Los preceptos siguientes crean derechos y obligaciones entre los cónyuges sin distinguir entre el matrimonio registrado y la unión de hecho a que se refiere el artículo 3o. En principio se acepta el régimen de separación de bienes adquiridos antes del matrimonio. Los adquiridos con posterioridad se consideran comunes. Estas disposiciones se aplican también a las personas que se encuentran en relaciones maritales de hecho, aun cuando no hubiesen registrado su matrimonio, si las mismas se reconocen mutuamente cónyuges o si tales relaciones han sido comprobadas por el Tribunal "según los signos del ambiente de su vida real".
>
> "Las dos consecuencias principales que aún no se reconocen en todos los derechos que distinguen el matrimonio del concubinato, relativas al derecho de alimentos durante la unión, así como la existencia de un patrimonio común, respecto de los bienes adquiridos con posterioridad a la misma, quedan expresamente reconocidas en el Código ruso, para consagrar desde este punto de vista una equiparación absoluta entre el matrimonio y el concubinato".[23]

IX. Derecho anglosajón.

> "Como consecuencia de los principios de libertad que presiden los lazos de la vida civil en los Estados Unidos de Norteamérica. . . gran parte de las leyes de esos Estados admiten el matrimonio puramente contractual y su perfección mediante el consentimiento de los contrayentes. . . También es admitido generalmente . . .el matrimonio llamado de Common Law, o sea por la simple convivencia de los consortes, el cual tiene un aspecto casi coincidente con el concubinato o unión libre".
>
> "La institución del matrimonio de Common Law existió en Inglaterra hasta el año 1753, época en que se exigió . . .una ceremonia ante la Iglesia Anglicana. . . En los Estados Unidos de Norteamérica se adoptó el matrimonio de Common Law, hasta poco antes de la revolución de independencia, en que fue abolido. Poco después de la independencia se encuentran ya dos corrientes: la una de Massachusetts, que no daba validez al matrimonio de Common Law y la otra de New York, que aceptaba como válido tal matrimonio. Hasta 1878, la Corte Suprema decidió que el matrimonio de Common Law era válido. En la actualidad, en más de 20 Estados de la Unión Americana, el matrimonio de Common Law es válido y otros su validez se discute. En los 22 Estados donde el matrimonio de Common Law se admite, el único requisito para constituirlo es el consentimiento. El consentimiento puede manifestarse bajo cualquier forma, y una de las formas de manifestarse es la unión del hombre y la mujer. . .".[24]

Sin embargo, se han establecido algunos límites en algunos estados, v. gr. en New Hamphshire, con el objeto de proteger realmente las uniones verdaderas, límite que se refiere al tiempo. En ese Estado se ha establecido como lapso el de tres años.[25]

E. La situación del concubinato en la sociedad costarricense.

El análisis del derecho foráneo no pretende agotar sino aquellos ejemplos que nos han parecido más importantes, puesto que también podría haberse hablado de la legislación escocesa así como de la de los países mahometanos. Su fin introducirnos en el examen de nuestra propia realidad "real", esto es, como lo llama la Lic. Elizabeth Odio, los "datos socio-jurídicos en Costa Rica"[26] a fin de juzgar ya no un dato a una fecha precisa,

---

22. SILVA RUIZ, Pedro. "Régimen patrimonial del matrimonio en el Derecho portorriqueño". Rev. Judicial. Setiembre 1983.

23. ROJINA VILLEGAS, Rafael, op. cit., pág. 370.

24. ROJINA VILLEGAS, Rafael, op. cit. págs. 378 y sigts.

25. PÉREZ VARGAS, Víctor. "El common law marriage en los Estados Unidos". Revista Judicial, núm. 15. Marzo 1980, pág. 15.

26. Op. cit., pág. 57.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sino la evolución sufrida en esta segunda parte del siglo XX, ello a la luz de la evolución de nuestro propio ordenamiento jurídico, en los términos examinados y del progreso de la jurisprudencia en tal campo, pues quienes adversan el reconocimiento de la equiparación de las uniones de hecho al matrimonio, pueden esgrimir como argumento el que el así hacerlo implicaría la entronización del amor libre y la desaparición del matrimonio como base de la sociedad.

La Licda. Odio nos señalaba en su artículo citado que de conformidad con el censo de 1973 existían en Costa Rica 87.532 personas que convivían en uniones libres.

Ese dato por sí solo no nos dice mayor cosa, salvo que existía un número importante de personas no ligadas por matrimonio haciendo vida en común.

Lo interesante es analizar, a nuestro entender, ese dato en relación con el número de uniones legales, esto es, de matrimonios, y determinar así el porcentaje de unos y otros.

Así, con base en el mismo censo citado podemos constatar que en esa misma época existían en Costa Rica, 480.137 personas ligadas por matrimonio, de donde resulta que las uniones libres representaban el 15.4%

Ahora bien, ese porcentaje por sí solo tampoco nos arroja mayor luz, salvo el hecho de que para el año 1973 existía en Costa Rica un porcentaje importante de personas que si bien formaban una familia, no estaban casados. Ese porcentaje, analizado por provincias y en función de la población existente en cada una de ellas a la época, nos permite establecer que el fenómeno se presentaba entonces con mayor fuerza en la provincia de Limón, donde el porcentaje de uniones libres se elevaba al 12.1%, siendo seguido por Puntarenas (10,9%), Guanacaste (8,6%), Alajuela (3,2%), San José (2,6%), Heredia (2,4%) y finalmente Cartago (1,6%).

Evidentemente que si analizamos las cifras absolutas, el orden varía, ya que San José ocuparía el segundo lugar con 18.400 personas, precedido por Puntarenas con 22.543 y seguido de Guanacaste con 15.419, etc. Pero he preferido hacer los cálculos porcentuales en función del número de habitantes de cada provincia para establecer el verdadero orden en ese período, de manera que siguiendo el mismo método podamos analizar la situación del país por una parte, y la de las provincias, por otra, todo ello con el fin de examinar los posibles cambios porcentuales operados en el país conforme a las cifras que arrojan los censos de 1950, 1963 y 1984, en relación con el citado de 1973.

Así pues, siguiendo el mismo método de análisis, podemos observar que a nivel nacional el porcentaje de uniones libres vs. matrimonios era de 14.6% contra 85,4% en el censo de 1950.

Examinadas las cifras a nivel de la población de cada provincia, pudimos establecer que con relación al de 1973 el orden varió únicamente en cuanto a las provincias que ocupaban el sexto y sétimo lugares, esto es, Cartago y Heredia, pues esta última se coloca por debajo de Cartago. Luego de señalar los porcentajes a nivel nacional para los siguientes censos, haremos un cuadro que permitirá al lector extraer sus propias conclusiones.

En lo que se refiere al censo de 1963, el porcentaje de uniones libres descendió a un 13,6% , frente a los matrimonios que montaron entonces al 86,4% , que es dicho sea de paso, el porcentaje más alto observado en todos los censos estudiados.

Finalmente para el censo de 1984, el porcentaje de uniones libres frente a matrimonios subió a 17,4% frente al 82,6% de matrimonios, que también sea dicho en la misma forma, representa el porcentaje más bajo de matrimonios frente a uniones en los cuatro censos.

Hechos los cálculos porcentuales en función de la población de cada provincia, pudimos constatar que el orden que encontramos en el censo de 1973 se mantuvo inalterado en todos los demás, con excepción del censo de 1950, que siendo el primero de los examinados, mostraba a Heredia en último lugar y a Cartago en el penúltimo, mientras que en los tres siguientes (años 1963, 1973 y 1984 la posición no varió, esto es, Limón se mantuvo en primer lugar, Puntarenas en segundo, Guanacaste en tercero, Alajuela en cuarto, San José en quinto, Cartago en sexto y Heredia en sétimo.

El siguiente cuadro que hemos preparado nos permite observar en detalle la evolución sufrida en los cuatro censos a nivel de cada provincia:

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Provincia	1950	1963	1973	1984
Limón	13,4%	11,7%	12,1%	14,3%
Puntarenas	11,9	10,0	10,3	12,4
Guanacaste	8,9	7,5	8,6	11,6
Alajuela	2,5	2,3	3,2	4,5
San José	1,7	1,8	2,6	4,1
Heredia	0,8	1,2	2,4	3,5
Cartago	1,2	1,0	1,6	2,3

A nivel nacional el cuadro que podemos extraer de las cifras analizadas de uniones libres vs. matrimonios es el siguiente:

	1950	1963	1973	1984
Matrimonios	85,4%	86,4%	84,6%	82,6%
Uniones libres	14,6	13,6	15,4	17,4

Un dato interesante es el de que el porcentaje de uniones libres es mayor a nivel rural que a nivel urbano. Así para citar nada más que un ejemplo, conforme al último censo, el porcentaje de uniones libres estaba dividido así: el 66% era rural, el 34% era urbano. Ahora bien, no quiere decir ello que en cuanto al matrimonio, la situación señalada implicara que el campesino se uniera más y se casara menos, pues examinadas las cifras de matrimonios a nivel nacional, su incidencia a nivel rural era mayor (52,4%) que a nivel urbano (47,6%). Todo ello incluso a pesar de que la provincia de San José con una alta densidad de población urbana arroja porcentajes muy distintos, pero que se diluyen en el resto del país: el 73% de matrimonios se da a nivel urbano, mientras que el 27% a nivel rural. A la inversa, en Alajuela, encontramos que el porcentaje de matrimonios es más elevado a nivel rural que a nivel urbano, siendo el primero de 73,3%, mientras que el segundo de 26,7%

También de los análisis de datos contenidos en los diversos censos pudimos constatar también que en cuanto a edades, el mayor número de personas tanto en unión libre como en matrimonio se ubican entre los 25 y los 29 años.

Como puede observarse de lo dicho, la situación en lo que concierne a los porcentajes de uniones libres que se dan en nuestro país en esta segunda mitad del siglo XX es la de un ligero incremento, que no es sostenido, pues en el censo de 1963 encontramos un decrecimiento, para pasar del 14,6% del año 1950 al 17,4% en el año 1984, pasando por un 13,6% en el censo de 1963.

Hablando en cifras absolutas, en el censo de 1950 el número de personas bajo unión libre era de 34.372, en 1963, de 52.086, en 1973 de 87.531 y en 1984 de 148.732. Desde luego que estas cifras deben examinarse en función de la población total de Costa Rica en cada fecha. Así por ejemplo, 800.871 en 1950; 1.336.274 en 1963; 1.871.780 en 1973 y 2.416.809 en 1984.

Es evidente que casi setenta y cinco mil de las cuatrocientas veintiséis mil familias existentes en el año 1984, y desde luego un número indeterminado, pero importante de ellas a la fecha tienen como fundamento la unión libre, y esa realidad social no puede ignorarse, so pena de cometerse muchas injusticias.

F. Conclusiones.

Hemos visto que nuestro ordenamiento jurídico no ha permanecido al margen de la realidad social que hemos examinado, pues ha consagrado normas que tienden a establecer consecuencias de orden jurídico derivadas de las uniones libres, de donde resulta a su vez que éstas no están al margen de la ley tampoco, o lo que es lo mismo decir: ni el ordenamiento al margen de la realidad ni la realidad al margen del ordenamiento.

Es también evidente que la regulación ha sido incompleta pues sobre todo en cuanto concierne la situación patrimonial entre los convivientes no ha sido regulada en forma expresa, de manera que no se señala el derecho a pensión durante el concubinato, ni se contempla en forma expresa el derecho a participar en los bienes producidos duran-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

te la relación de hecho, al disolverse el "vínculo", ya sea por ruptura de la unión, convencional o no, o por causa de muerte.

En todo caso, como hemos podido observar, es la mujer la que ha sido expresamente favorecida con leyes y reglamentos que durante los últimos cincuenta años se han producido.

La falta de una legislación apropiada ha provocado el que nuestros tribunales se hayan visto abocados en no pocas ocasiones a resolver litigios surgidos sobre todo con ocasión de los pretendidos derechos patrimoniales sobre los bienes "comunes".

Ejemplos jurisprudenciales ya citamos en páginas atrás, partiendo del fallo del año 1947. Ellos han evolucionado en forma tal que podemos afirmar que hoy en día, sumados a la legislación especial y a la reglamentaria producida hasta la fecha, han logrado en alguna medida proteger, sin hacerlo en forma completa, a uno de los sujetos de esa relación humana: la mujer.

Citemos algunos ejemplos de esa protección: la encontramos en cuanto a beneficios familiares otorgados por el Régimen de Enfermedad y Maternidad del Seguro Social, y por el Régimen de Invalidez y Muerte, en este último caso, incluso en concurrencia y en algunos supuestos, con exclusión de la esposa legítima que pudiera tener el difunto.

También caso de fallecimiento del trabajador, encontramos que la mujer es beneficiada con las prestaciones legales que señala el artículo 85 del Código de Trabajo, según así lo ha interpretado la jurisprudencia, interpretación que bien cubre, a nuestro juicio al varón.

La mujer nuevamente es protegida en caso de muerte de su compañero caído en batalla. (Ley de Pensiones e Indemnizaciones de Guerra).

Una ley también viene a proteger a la compañera o concubina en caso de muerte de su compañero, otorgándole el derecho de que el Estado asuma el pago de las cuotas del INVU respecto de la vivienda adjudicada a aquél, si hubiere perecido en un hecho bélico.

Los anteriores, para no citar sino tal vez los más importantes ejemplos, nos permiten llegar, pues, a una conclusión diversa a la que había llegado hace ya una década por la Licda. Odio: estimamos haber demostrado que la convivencia sí produce efectos jurídicos pero prácticamente en forma exclusiva en favor de la mujer.

Al irse legislando, no en forma general, sino mediante leyes especiales, diversas o inconexas, se ha producido un desajuste en favor de la mujer, en aquellos aspectos regulados, y se ha olvidado hacer lo mismo con el hombre, quien evidentemente es el que se encuentra prácticamente desprotegido hoy en día.

La única solución posible en favor del hombre, la encontramos a nivel jurisprudencial, a través del reconocimiento de su aporte en los bienes producidos durante la vida en común, y eventualmente en lo que se refiere a las prestaciones legales como se dijo.

Pero pensemos por un momento en un hombre insano, o de edad avanzada, que sobrevive a su compañera, y a cuyo cargo queden hijos menores. Este hombre no puede pedir a la Caja del Seguro Social una pensión por viudez ni ninguna de las ventajas establecidas en los distintos reglamentos de esa institución, pues la normativa se refiere expresamente a la compañera o concubina.

Tampoco si su compañera pereciera en un hecho bélico, podría aquel hombre demandar una pensión al Estado, ni pretender que éste le siga pagando la casa que le había sido adjudicada a ella por el INVU, etc.

Y ello no debe decirse que es imposible, pues todos conocemos no pocos casos en este país en los que la cabeza de familia lo constituye la mujer. La prueba de ello incluso la encontramos en algunos de los casos analizados.

De manera pues que urge una legislación moderna, que venga a establecer la igualdad de las uniones libres —bajo ciertos requisitos señalados por legislaciones, jurisprudencia y doctrina estudiadas— a fin de que no se sigan dando las injusticias que sin lugar a dudas se presentan a diario, muchas de las cuales no llegan a conocimiento nuestro puesto que el perjudicado desiste de intentar cualquier acción por consejo de su abogado, dadas las dificultades, no sólo de orden práctico y económico, sino y por sobre todo, jurídicas que ellas plantean.

Como complemento de lo que hasta ahora ha sido resuelto, puesto que no hay duda que podemos hablar de reiteración de nuestra jurisprudencia en lo que se refiere a reconocer la existencia de la sociedad de hecho cuando se demuestre que la compañera o compañero no se hayan limitado a la simple convivencia, sino que ha existido de su parte el aporte de sus esfuerzos y en algu-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nos casos, de sus bienes, no sólo para el sostén de la familia, sino y por sobre todo para la formación de un patrimonio común, incluso aun cuando no se dé la libertad de estado de alguno de ellos pero sí que exista separación de hecho, como complemento insisto, y en lo que toca a los derechos sucesorios objeto concreto de este análisis, creemos que existe una solución, ni siquiera imaginada hasta ahora, la cual ha surgido del estudio de los casos citados, concretamente de aquellos resueltos por el Tribunal Superior de Trabajo, partiendo del fallo núm. 102 de 9:40 hrs. del 14-1-66, el cual ha sido reiterado por varios fallos citados —y probablemente por otros que no hemos conocido— que interpretando el sentido de la norma 85 del Código de Trabajo en su párrafo final agregado por la Ley núm. 2710 de 30-11-60, estableció que al incluirse al "consorte" debía entenderse protegida no sólo a la esposa, sino también a la concubina —y diríamos nosotros, de paso, al esposo y al concubino—.

El diccionario de la Real Academia Española define "consorte", en su primera acepción así:

> "Persona que es partícipe y compañera con otra u otras en la misma suerte".

Entonces, conforme a tal interpretación y haciéndola extensiva a la sucesión legítima, podríamos, independientemente del hecho de que el compañero o la compañera hubieren hecho aportes otorgar la calidad de heredero a uno u otro conforme a lo dispuesto por el numeral 572, inciso 1) del Código Civil reformado por Ley núm. 1443 de 21 de mayo de 1952, toda vez que dicha disposición, como vimos expresa:

> "Son herederos legítimos:
> 1) Los hijos, los padres y EL CONSORTE".

Si bien ese mismo inciso en sus apartes a) y b) habla luego del "cónyuge", no desautoriza una interpretación como la propuesta ya que efectivamente esos dos apartes resuelven justamente situaciones que sólo se refieren a aquél y para resolver concretamente los problemas relativos a la separación de hecho y al problema de gananciales, que conforme al propio ordenamiento sólo se confieren a quienes estén ligados por matrimonio. Obsérvese además que la ley citada reformó al mismo tiempo el entonces existente artículo 124 de ese mismo Código, para establecer como hecho jurídico relevante la unión de hecho, siempre que fuera pública, singular y estable, existente por más de un año entre los convivientes.

De esa manera, el supérstite perfectamente podría heredar una cuota igual a cualquiera de los hijos y los padres del causante, en tanto que heredero. La solución sobre este interesante aspecto ha estado ahí, tan cerca de nuestros ojos, que no la veíamos y son los propios tribunales quienes al resolver sobre el derecho del "consorte" a las prestaciones, (y ello hace ya más de veinte años y en forma reiterada hasta el presente) nos han dado la llave de la solución a tan importante problema.

Ahora bien, si aceptamos como buena la sugerencia, nos queda por resolver la cuestión de bienes producidos durante la relación concubinaria, ya que mientras no se legisle expresamente el punto, deberá seguirse resolviendo por la aplicación de la figura de la sociedad de hecho y de la teoría del enriquecimiento sin causa.

Para tranquilidad de quienes adversan una posición como la nuestra, y que defienden el matrimonio, transcribimos aquí y para concluir las siguientes palabras:

> " . . .tratándose de lo que los romanos llamaban "affectio maritalis", éste existe o no existe. La norma jamás podrá imponer el respeto, la fidelidad, y la lealtad que sólo son producto de un sentimiento personal. Y ello en cualquier tipo de unión".[27]

> " . . .en forma alguna puede considerarse que el matrimonio consensual . . . entrañe un desquiciamiento de la familia, ya que en ninguna forma la citada legislación . . .pretende entronizar el amor libre —ya dijimos y no nos cansamos de repetir que si se permite libremente la unión no (se) permite libremente la desunión, y que nunca, jamás, ni por asomo, (se) ha pretendido ni pretende rebajar al matrimonio a la categoría de simple concubinato, sino que, por el contrario, lo que (se) hace es elevar a las uniones libres a la augusta categoría de aquél".[28]

---

27. **ODIO BENITO, Elizabeth, op. cit., pág. 55.**

28. **ROJINA VILLEGAS, Rafael, op. cit., pág. 380.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA

1. OBRAS CONSULTADAS.

BRENES CÓRDOBA, ALBERTO. Tratado de los bienes. Imprenta Trejos, San José, 1927.

NÚÑEZ RUIZ, Víctor Hugo. "La sucesión mortis causa en el contrato de asignación individual de tierras en el Derecho Agrario Costarricense". Tesis. U.C.R. 1981.

ODIO BENITO, Elizabeth. "Familia de hecho", Revista Judicial núm. 8. San José, 1978.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil mejicano". Ed. Porrúa. Méjico, 1983.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". T. 2o. Ed. Porrúa, Méjico, 1968.

PÉREZ VARGAS, Víctor. "El common law marriage en los Estados Unidos". Revista Judicial núm. 15, San José, marzo 1980.

SALAS MIRANDA, Arnoldo. "Equiparación legal de los hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos". San José, 1950.

SILVA RUIZ, Pedro. "Régimen patrimonial del matrimonio en el Derecho portorriqueño". Revista Judicial núm. 26. San José, Setiembre 1983.

SILVA RUIZ, Pedro. "El Derecho de Familia en Puerto Rico". Revista Judicial núm. 33. San José, junio 1985.

SOTELA MONTAGNÉ, Rogelio. Comentarios al "Tratado de los bienes" de Alberto Brenes Córdoba. Ed. Juricentro. San José, 1981.

VARGAS SOTO, Francisco. "Manual de Derecho Sucesorio Costarricense". Ed. Lil, S.A. San José, 1981.

VEGA RODRÍGUEZ, Clara I. "Marco legal y análisis de jurisprudencia del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la C.C.S.S.". Tesis. U.C.R. 1985.

2. LEYES Y REGLAMENTOS.

Código Penal 1880.

Código Civil 1886.

Código Penal 1924.

Código Penal 1941.

Reglamento General del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte del 17-12-46.

Constitución Política 1949.

Reglamento del Seguro de Enfermedad y Maternidad del 4-2-52.

Ley 1443 de 21-5-52 que reforma el Código Civil.

Ley de Pensiones de Guerra núm. 1922 de 5-8-55.

Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte del 15-11-60.

Ley 2710 del 30-11-60. (Reforma Art. 85 Código de Trabajo).

Ley de Tierras y Colonización, núm. 2825 de 14-1-61 y sus reformas.

Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte del año 1971.

Ley 4978 del 29-5-72 que reforma Ley Pensiones de Guerra.

Ley 5671 de 7-8-75 que introduce el artículo 81 bis al Código Penal.

Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte de 20-10-76.

Proyecto Ley de Ordenamiento Agrario y Desarrollo Rural publicado en Alcance núm. 40 a la Gaceta núm. 52 de 16-3-76.

3. SENTENCIAS.

Casación de 9:10 hrs. del 10-6-39.

Casación de 10:40 hrs. del 27-12-47.

Tribunal Superior de Trabajo núm. 102 de 9:40 hrs. del 14-1-66.

Casación núm. 60 de 14:30 hrs. del 27-6-73.

Tribunal Superior de Trabajo núm. 2550 de 10:25 hrs. del 21-9-73.

Casación de Puerto Rico, núm. 5-75-113 de 18-12-75.

Tribunal Superior de Trabajo, núm. 2644 de 16:30 hrs. del 2-7-76.

Sala Primera Civil núm. 362 de 8:10 hrs. del 20-9-77.

Juzgado 6o. Civil, núm. 259 de 11 hrs. 16-8-79.

Tribunal Superior Segundo Civil. Sección primera. núm. 216-83. 8:20 hrs. del 25-3-83.

Juzgado Primero de Familia, núm. 885 de 9:20 hrs. del 24-8-84.

Tribunal Superior Segundo Civil, Sec. 1a. núm. 98 de 8:20 hrs. del 22-2-85.

4. OTRAS FUENTES.

Censo Población año 1950. Sec. Publicaciones Dirección General de Estadísticas y Censos, 1953.

Censo Población año 1963. Sec. Publicaciones Dirección General de Estadísticas y Censos, 1966.

Censo Población año 1973. Sec. Publicaciones Dirección General de Estadísticas y Censos, 1974.

Censo Población año 1984. Imprenta Nacional, 1987.

Actas Congreso Jurídico Nacional, Comisión IV. Colegio de Abogados, 1985.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EN DEFENSA DEL CÓDIGO CIVIL
(a propósito de sus aparentes desmembraciones)

DR. LUIS BAUDRIT CARRILLO

C O N T E N I D O

Pág.

1. Unidad y disgregación del ordenamiento jurídico. 42
2. Derecho Civil y su codificación 42
3. Críticas al Código. Desmembraciones 44
4. El jurista no puede desconocer al Derecho Civil. 45
5. Un problema de interpretación. 46
6. El Derecho Civil no es un derecho antisocial ni individualista 48
7. La concepción realista del Derecho 49
8. A modo de síntesis 52

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. Unidad y disgregación del ordenamiento jurídico.

La enorme cantidad de leyes y su continua y creciente multiplicación obstaculizan en alguna medida el carácter unitario del ordenamiento jurídico. La unidad implica no solamente la consideración de un todo formado por partes, sino también la relación armónica y coherente entre estas.

La proliferación de derechos especiales, cada uno de los cuales reclama autonomía, hace pensar en la disgregación del derecho unitario y en algo similar a una esporogénesis: cada derecho especial tiene la pretensión de vida propia e independiente.

Los avances técnicos, científicos, socioeconómicos y políticos contribuyen a cambiar una realidad que sufre una continua evolución. Frente a la realidad mutable puede observarse un conjunto de leyes estáticas que procuran ser actualizadas o adaptadas a esa cambiante realidad mediante reformas o por medio de promulgación de disposiciones especiales que regulen más directa y específicamente aspectos concretos de esa variable realidad.

En alguna forma, las nuevas leyes van siendo menos generales y se aplican a campos específicos de la realidad. La realidad de la vida (que continúa manteniendo su unidad) pasa entonces a ser regulada por disposiciones legales disgregadas. La unidad del ordenamiento jurídico se ha roto, al menos en apariencia.

Pareciera existir poco de común entre el Derecho Administrativo y el Derecho Comercial, entre el Derecho Laboral y el Derecho Penal, entre el Derecho Civil y el Derecho Urbanístico. Cada una de las ramas del Derecho, cada uno de los derechos especiales, reclama autonomía. Cada derecho (en singular) pretende poseer principios propios, independientes y hasta incompatibles con los otros derechos. La autonomía de los derechos llega a manifestarse *legislativamente* (promulgación de leyes especiales y Códigos propios), *científica y didácticamente* (estudios especiales, materias separadas en la enseñanza, publicaciones especializadas) e incluso *jurisdiccionalmente* (creación de procedimientos y jurisdicciones especiales para el derecho especial).[1]

En un sistema unitario de derecho no solamente no pueden existir contradicciones, sino que entre sus distintas partes debe existir una relación interna, una coherencia. Las regulaciones especiales referentes a campos concretos de la realidad procuran ajustar el derecho a la vida, pretender evitar la brecha entre derecho y realidad. Pero, al especificarse —al perder carácter general— parecieran disgregarse, formando un derecho autónomo. Importa establecer qué grado de autonomía llegan a adquirir los derechos especiales. Si se tratara de una autonomía plena y absoluta, el derecho habría perdido su unidad. Si, por el contrario, se tratara de una autonomía relativa, funcional, entonces no habría existido separación de la base común. Los derechos especiales continuarían nutriéndose de los principios básicos que inspiran a todo el ordenamiento jurídico.

El ordenamiento jurídico es algo más que la suma aritmética de las normas vigentes en un país determinado. El ordenamiento jurídico llega a adquirir voluntad, potestad, *mens* y fuerza propias distintas de aquellas de las normas en particular e independientes de la voluntad del legislador que las emana. Constituye un "viviente", un "organismo" que tiene fuerza propia de expansión y adaptación. El ordenamiento jurídico se mueve en parte según las normas, pero sobre todo dirige a las propias normas, las que resultan más bien el objeto o medio de su actividad, pero no elemento de su estructura.[2]

No es una realidad estática, inerte. El ordenamiento jurídico —y sus partes integrantes— evolucionan y siguen el ritmo de cambio de la realidad.[3]

2. Derecho Civil y su codificación.

Dentro del ordenamiento jurídico, y formando parte importante de él, se encuentran los Códigos. La unidad del derecho —en general— se particulariza y se manifiesta en el proceso de codificación.

Un *Código* es un conjunto sistemático y armónico de disposiciones jurídicas referentes a una rama o materia concreta, racionalmente organizado. No es una simple yuxtaposición de normas, ni una mera compilación de leyes. La denominación

---

1. Con la desaparición de la Sala Única de Casación y su sustitución por tres Salas, al reformarse la Ley Orgánica del Poder Judicial en 1980, se ha contribuido a la disgregación de la interpretación del Derecho. Cada Sala conoce de distinta materia. La jurisprudencia emana de tres distintos vértices.

2. Cfr. ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico* (trad. del italiano, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963) p. 96-100.

3. Manifiesta Santi ROMANO que " . . .para los seguidores de la llamada interpretación evolutiva, esta voluntad autónoma del ordenamiento jurídico sería incluso susceptible de cambio sin que se incorporasen a él nuevas normas, simplemente por la modificación del ambiente social en el que aquél debe aplicarse". *Supra* nota 2, p. 98.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"cuerpo de leyes", aplicada al Código, expresa la existencia de una unidad interna, de una coherencia, de una organización. Se trata de un cuerpo organizado, no inerte, que —obviamente— se encuentra ubicado dentro de un sistema más general de derecho, del cual no es separable.

Gracias a esa unidad interna y a esa organización racional, la codificación facilita el conocimiento del derecho incluido en esa rama o materia concreta, permite inferir los principios en los que se fundamentan sus disposiciones, coadyuva a la interpretación de sus normas y contribuye a la correcta aplicación de las mismas a la realidad, a la vida.

El Código está constituido por un conjunto de principios debidamente sistematizado, orgánico y unitario. El carácter *general* del Código es por ello más acentuado que el de una simple ley. Un Código no pretende solucionar casuísticamente todos los problemas habidos y por haber. Las normas generales y principios que contiene han de ser aplicados a situaciones concretas conforme a reglas valederas de interpretación. Un Código tiene carácter general, abstracto. No tiene por finalidad la descripción de casos, ni la enumeración exhaustiva, reglamentista, de situaciones.[4]

Un cuerpo de leyes debe tener estabilidad, por lo que sus reformas o modificaciones han de hacerse restrictivamente. Solo se justificarían cuando fuesen estrictamente necesarias o altamente convenientes.[5]

El Código Civil forma parte del ordenamiento jurídico. Pero no es un miembro cualquiera, una parte más del mismo. El Código Civil ocupa en el sistema del ordenamiento jurídico un lugar importante. El Código Civil tiene rango formal de ley (supeditado en un grado a la Constitución), pero ocurre que no es una simple ley. Sin llegar a ser la Constitución Política, es una *ley básica y fundamental* del ordenamiento. Su aplicación se extiende a todos los campos del derecho. Sus principios, conceptos y disposiciones contribuyen a interpretar todas las normas jurídicas, inclusive las propias normas constitucionales.[6]

La importancia y trascendencia del Código Civil proviene, no de la subjetiva opinión de un fanático civilista, sino en forma objetiva de la materia o rama jurídica que es regulada por este cuerpo de leyes. El Derecho Civil es el Derecho Privado general referente a la *persona.* Referente a la persona considerada en sí misma (existencia, capacidad, derechos de la personalidad), considerada en su dimensión familiar (filiación, paternidad, matrimonio, familia) y considerada en sus relaciones de naturaleza patrimonial (derechos reales y obligaciones). El aspecto del derecho regulado por el Código Civil no es aislable o separable de la materia propia de otros derechos especiales.

El Derecho Civil se encuentra contenido principalmente en el Código Civil. Mas no es posible considerarlo ahí, aisladamente. No puede ser analizado como si no formase parte de un sistema jurídico general, mucho más amplio. Obviamente, en el ordenamiento jurídico se hallan múltiples disposiciones de derecho civil no integradas expresamente en el Código, como son todas aquellas disposiciones legales que en alguna forma modifican o reforman (expresa o tácitamente) el alcance de de sus normas. Además de ello, en el ordenamiento jurídico se encuentran expresa o implícitamente los principios generales de derecho. Todo ese conjunto de disposiciones y principios codificados o no, explícitos o tácitos, conforman el derecho civil.[7]

Podría pensarse en definir al Derecho Civil por vía negativa, esto es, afirmando que es tal aquel derecho común o general o regulado por disposiciones especiales. Tendría así una naturaleza residual. Se relegaría el Derecho Civil al ámbito —mínimo o inexistente— de lo no regulado por las leyes especiales. Pero tal concepto no corresponde a lo que es el verdadero derecho civil.

---

4. **Es reprochable, por ello, la adición hecha en el año 1976 al artículo 1023 del Código Civil, en la que se enumeran diecinueve posibles casos de nulidad de cláusulas contractuales. Ese artículo, en su redacción original, podía ser interpretado y aplicado a todos esos casos y, obviamente, a muchos más.**

5. **El artículo 71 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su inciso sexto, señala que corresponde a la Corte Plena dar su opinión —cuando fuere requerida— acerca de los proyectos de reforma de la legislación codificada. La finalidad de esta disposición pareciera ser la de garantizar la estabilidad de los Códigos, así como su unidad interna y sistematización.**

6. **En la resolución de fondo de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Luis Morice Lara, conocido por la Corte Plena el 25 de noviembre de 1971, se manifestó que el artículo 45 constitucional reconoce y garantiza la propiedad individual pero que el derecho de propiedad nace, se consolida y se comprueba de acuerdo con las normas jurídicas establecidas en el Código Civil. Cfr. SALAS MARRERO, O. y BARAHONA ISRAEL, R. *Derecho Agrario* (U. de C.R., San José, 1973) p. 236.**

7. **El hecho de que lo referente al derecho de familia hubiese sido separado del Código Civil y promulgado por aparte como Código de Familia no elimina el indudable carácter de derecho civil que continúa poseyendo.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El Derecho Civil impregna todo aquello que sea derecho de la persona y de sus relaciones, independientemente de que sea regulado por normas que se ubiquen, por poner algún caso, en el Derecho Administrativo o en el Derecho Agrario. La ubicación de la norma no elimina el carácter civil del derecho.[8]

Por ello, el Código Civil —modificado y complementado por ese conjunto de normas especiales— constituye un cuerpo de leyes básico, fundamental, del ordenamiento jurídico y sus principios y disposiciones pueden alcanzar, en alguna medida, carácter *supra lex*. A esta misma conclusión se llega si se observa que muchos de los denominados, más o menos recientemente, "derechos humanos", se encontraban incorporados expresa o tácitamente en las normas de derecho civil. Tiene gran importancia el hecho de que los verdaderos principios generales del Derecho Civil excedan las fronteras nacionales, lo que demuestra que su valor —la autoridad intrínseca de estos derechos— no proviene del poder político imperante sino que procede, en definitiva, de un núcleo intrínseco emanado de la dignidad de la persona humana.

El Derecho Civil no resulta totalmente desplazado por el surgimiento de los derechos especiales. Es claro que las disposiciones especiales serán aplicadas en primer término, pero su interpretación correcta deberá hacerse de conformidad con los cánones del Derecho Civil. El espíritu del Derecho Civil, mediante sus principios generales, se mantiene presente siempre.

El artículo 14 del recientemente promulgado Título Preliminar del Código Civil, en este mismo sentido, señala el carácter supletorio del derecho civil en cuanto a las materias regulares por otras leyes.[9] Ahora bien, no puede minimizarse la función del derecho civil, no puede reducírsele a ser un simple derecho supletorio. Su función continúa teniendo una gran importancia, complementando la interpretación de las regulaciones especiales y, principalmente, constituyendo el estrato fundamental sobre el que se apoyan las regulaciones especiales.

Podría considerarse que al Derecho Civil se le encuentra detrás de los derechos especiales, formando como una trama sobre la que éstos se apoyan. El Derecho Civil es un Derecho general subyacente que posee la potencialidad de generar los derechos especiales. Tal vez sería más correcto considerarlo, no como derecho oculto o latente, sino como una realidad superior que está por encima de los derechos especiales y que los ilumina y les da sentido.[10]

A primera vista, los derechos especiales constituyen algo similar a un archipiélago, conjunto de islas separadas unas de otras y separadas de la masa continental. Pero, si la observación no queda en consideraciones superficiales y aparentes sino que profundiza, entonces se concluye que todas esas islas han surgido de un fondo común, al cual continúan unidas. Así observados, los derechos especiales constituyen manifestaciones de un todo, son emanaciones de algo más profundo, de un derecho común, de un derecho unitario, de un ordenamiento jurídico que realmente conserva la unidad.

3. Críticas al Código. Desmembraciones.

En general se reconoce al Código Civil sus innegables méritos aunque restringidos a la época en que fue promulgado y, al mismo tiempo, en forma despectiva se le califica de individualista, antisocial, de ser el "código de los propietarios" y, fundamentalmente, de constituir un cuerpo de leyes fosilizado, centenario, que no tiene capacidad de

---

8. Lo referente a las obligaciones pecuniarias, por ejemplo, constituye una regulación de derecho civil a pesar del orden público que incide en ellas y que se encuentra ínsito en ellas.

9. Señala que "Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias de las materias regidas por otras leyes". El artículo 2 del Código de Comercio establece que "Cuando no exista en este Código, ni en otras leyes mercantiles, disposición concreta que rija determinada materia o caso, se aplicarán, por su orden y en lo pertinente, las del Código Civil, los usos y costumbres y los principios generales de derecho. . ." El artículo 15 del Código de Trabajo remite, también supletoriamente, a " . . .los principios y leyes de derecho común". El artículo 9 de la Ley General de Administración Pública también establece que " . . .en el caso en que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios", y que "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".

10. Del mismo modo, la función de los principios generales de derecho no puede ser reducida a llenar lagunas o a remendar la descosida trama de las leyes". "Con ellos se alude a una realidad jurídica independiente y superior a la ley, fuente primaria, a una realidad que da a la ley y a la costumbre, sentido jurídico, valor moral y eficacia social". SANCHO REBULLIDA, F., *Principios generales de derecho*. (En Estudios de Derecho Civil, Eunsa, Pamplona. 1978) I, p. 53.
El artículo 4 del Título Preliminar del Código Civil otorga a los principios generales de derecho un carácter supletorio " . . .sin perjuicio de su carácter *informador* del ordenamiento jurídico". Su aplicación, pues, no depende de la ausencia de normas escritas, usos o costumbres.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

responder a una realidad viva —variable y mutable— que lo desborda continuamente.[11]

Acorde con esta crítica, se trae a colación la existencia de los derechos especiales constituidos por conjuntos de normas desgajadas o desmembradas del Código y que parecieran ofrecer soluciones más justas y más acercadas a la realidad cambiante que aquellas que —en criterio de quienes critican— no pudieron haberse originado en el Código Civil.

El *Code Napoleón* proclamaba aspectos fundamentales: la *igualdad* de todo individuo en cuanto a su poder jurídico, la *propiedad privada* como pertenencia exclusiva y absoluta de una cosa por un individuo y la *autonomía de la voluntad* en materia contractual.

De cada uno de estos aspectos fundamentales podrían derivarse las pretendidas desmembraciones del Derecho Civil.

Grupos de personas han negado la justicia de un trato igualitario y ello ha originado el surgimiento del Derecho Mercantil con reglas especiales aplicables a la clase de los comerciantes.[12] Lo propio ha ocurrido con el Derecho Laboral, que reclamó un tratamiento jurídico especial para la clase de los trabajadores y, posteriormente, se repitió el mismo argumento para dar origen al Derecho Agrario.

La confluencia de distintos derechos e intereses junto a los exclusivos del propietario, producto de un interés público o social sobre determinados objetos, ha originado el surgimiento de regulaciones especiales sobre propiedad intelectual, minera, industrial, horizontal, urbanística, aeronáutica, espacial, forestal, etc.

Múltiples restricciones impuestas a la autonomía de la voluntad junto con obligaciones legales inderogables por convenio han originado el nacimiento de derechos especiales tales como las legislaciones inquilinaria, monetaria, de protección al consumidor, etc.

Todas estas leyes especiales incorporan tendencias hacia la socialización del derecho[13] y contienen principios de orden público y de interés social que "invaden" (en apariencia) al Derecho Civil. Junto a los derechos especiales anteriormente esbozados puede pensarse también en el establecimiento de responsabilidades sin culpa, en el acentuado carácter público de las relaciones familiares y en la expresa prohibición del abuso del Derecho.

Si el Derecho Civil es entendido correctamente y son apreciados sus valiosos principios, no podría hablarse de "invasión" de lo especial en lo civil, ni de lo público en lo privado. Es más acertado entender que las restricciones, límites, cargas, deberes y obligaciones surgen del seno mismo del Derecho Civil. Son aplicación de sus principios generales.

4. El jurista no puede desconocer el Derecho Civil.

Si el Derecho fuera concebido como un conjunto de leyes, resultaría que para ser jurista, para ser hombre de leyes, habría que conocer exhaustivamente todas y cada una de las disposiciones promulgadas vigentes. Sería necesario conocer a fondo absolutamente todos los derechos especiales, tarea

---

11. Más adelante será analizado en esta exposición lo referente al supuesto carácter individualista o antisocial del Código Civil, lo mismo que a su actualidad. Interesa ahora hacer una breve referencia en cuanto a la calificación del Código de los propietarios. Esta expresión ha sido aplicada al Código Civil francés, fundamentalmente por su estructura: un primer libro sobre las personas, uno segundo sobre los bienes y las diferentes modificaciones de la propiedad y uno tercero sobre las diferentes maneras de adquirir la propiedad. Basta leer la estructura del Código Civil costarricense para constatar que no fue la propiedad el eje sobre el que giró el Código: el libro tercero se refiere a las obligaciones en general y el cuarto a las fuentes de las obligaciones.
Punto de partida de otra crítica al Código Civil ha sido su aparente desactualización. Manifestada por ejemplo en el artículo 752 que declara inadmisible la prueba testimonial para demostrar actos o contratos cuyo objeto tenga un valor superior a *doscientos cincuenta colones*. Esta suma resulta hoy, muy inferior a esa cantidad de colones en 1888. Valdría la pena considerar si el valor probatorio de un testimonio, de hoy, hubiera tenido el mismo grado de convencimiento en esa época. Pienso que no habría equiparación; el testimonio vale, hoy, menos que antes. De todas formas, esa prohibición probatoria no es absoluta. El artículo 757 permite la prueba testimonial si existiera un principio de prueba por escrito o si resultara imposible la documental. No hay tal desactualización.

12. El Derecho Mercantil no sólo pretende autonomía, sino que en alguna medida desea ser monopolizante. "La dirección mercantilista ha tomado recientemente un nuevo giro, deja de ser separatista y se hace imperialista, tratando de incluir al Derecho Civil en el 'gran Derecho Mercantil' que, con uno u otro título, desplazaría a todas las instituciones patrimoniales civiles". DE CASTRO, F., *Derecho civil de España* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, 3a. ed.) p. 136.

13. La expresión "socialización" ha de ser entendida no como la sustitución de lo individual por lo colectivo, sino en una acepción más noble, como lo señala José Antonio DORAL, es decir, "aquella que permite el carácter bilateral del régimen que se instaure", esto es, la armonía entre lo privado y lo público, entre lo individual y social. "La socialización, pues, debe entenderse no con un carácter drástico de asunción de intereses privados por parte de los entes públicos, sino como una recíproca relación de servicio entre éstos y los particulares y el mantenimiento de un clima de seguridad en los últimos". TORRES LANA, J. A., *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad.* Eunsa, Pamplona, 1975, p. 94-95.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

enciclopédica, poco menos que imposible.[14] Pero sucede que jurista no es quien ha acumulado noticia de la existencia de todas las leyes.

El estudioso del Derecho, el jurista, puede tener carácter de tal, sin necesidad de poseer todo ese conjunto complejo de conocimiento de leyes especiales. Se puede ser jurista, se puede ser buen abogado, sin conocer algo de los derechos especiales. Se puede serlo, por ejemplo, sin dominar el conocimiento del Derecho Penal.

Si se es buen jurista, obviamente, se estará en capacidad de conocer y dominar, con perfección, cualquier rama del Derecho, cualquier especialidad. Por el contrario, si se pudiera ser simplemente especialista en alguna rama del Derecho, no por ello se sería necesariamente jurista, ni se estaría necesariamente en capacidad de llegar a serlo.

Para ser jurista es preciso dominar los principios fundamentales del Derecho Civil. Si se ignoraran, no se podría ser propiamente especialista, con conocimiento científico del Derecho. Si se ignorara el Derecho Civil se podría ser, a lo sumo, técnico en la aplicación de disposiciones normativas.[15] La labor de un técnico puede ser muy valiosa y muy meritoria, pero no es labor de jurista.

Un abogado no puede prescindir de los principios fundamentales del Derecho Civil. Si los ignorase —consciente o inconscientemente— se rebajaría al nivel de un simple técnico, de un simple aplicador de normas legales.[16]

5. Un problema de interpretación.

¿Hasta qué punto son ciertas las críticas que se le han hecho al Código Civil? ¿Podría realmente considerarse como un derecho individualista, de seres aislados unos de otros, egoístas, como un derecho antisocial?

Tales críticas serían aplicables, no al Código Civil, ni al Derecho Civil, sino a la incorrecta interpretación de sus normas.

Unos pocos casos, más o menos representativos, pueden aclarar estas cuestiones.

El Código Civil consagra la autonomía de la voluntad como uno de sus principales principios y establece que

> "Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes".[17]

Esta disposición ha sido interpretada como una aplicación, sin cortapisas, de uno de los dogmas del liberalismo. Pero, ¿acaso tiene carácter ilimitado esa norma legal? ¿Hasta dónde puede extenderse justamente la aplicación de esta *lex privata?* ¿Puede tener carácter de legal y de justo todo aquello que provenga formalmente de un convenio, por la simple razón de proceder del pacto? ¿Acaso la voluntad humana de los contratantes es ilimitada, irrestricta? Concretamente, ¿no existen límites —externos e internos— a la voluntad?

Otra norma del Código, en los términos en que fue promulgada originalmente[18], arroja luz a las interrogaciones aquí formuladas:

> "Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de esta".

Sin ahondar mucho en la interpretación, se pueden destacar dos aspectos importantes: la *equidad* surge como principio regulador del contenido de las obligaciones contractuales, no solamente para extender estas, por ejemplo, exigiendo un cumplimiento de buena fe, sino también para restringirlas, como en el caso de prestaciones abusivas o exorbitantes;[19] la equidad puede regular los alcances de la voluntad de las partes contratantes. La *naturaleza* propia de la obligación constituye, por otra parte, un límite indudable a lo que las partes hubiesen pactado. No tendría validez un pacto o un convenio que atentara contra la naturaleza de

---

14. Ser al mismo tiempo especialista en Derecho Laboral, Derecho Minero, Derecho Espacial, Derecho Procesal Penal, Derecho Económico, Derecho Internacional Privado, etc.

15. Exactamente igual que lo podría hacer la memoria mecánica de una computadora.

16. La ubicación de las materias de Derecho Civil en la carrera de Derecho tiene, a estos efectos, una importancia fundamental.

17. Artículo 1022.

18. Artículo 1023. Cfr. *supra* nota (4).

19. Dispone el artículo 11 del reciente Título Preliminar del Código Civil que "La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita". La equidad, al igual que los principios generales de Derecho Civil, no se aplica residualmente, esto es, sólo cuando la ley lo permita o en defecto de norma expresa. La equidad tiene que estar presente siempre en la interpretación de las normas, en la aplicación del derecho. Cfr. *supra* nota (10).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

aquella prestación, del objeto —justo— de las obligaciones.[20]

Una pretendida ilimitación de las facultades del propietario ha sido considerada también otro de los principios fundamentales del Código Civil de corte liberal. Muestra de ello podría ser la norma que dispone que

> "La propiedad y cada uno de los derechos especiales que comprende, no tienen más límites que los admitidos por el propietario y los impuestos por disposiciones de la ley".[21]

Podría desprenderse la consideración de que la propiedad privada sería una afectación exclusiva y absoluta de una cosa a una persona. Pero, ¿no hay límites implícitos a todo derecho? ¿Ha sido la propiedad, en algún momento, un derecho irrestricto? ¿No están contenidos en toda propiedad privada —en germen al menos— intereses, limitaciones y cargas de carácter social?.[22]

La interpretación de las normas no puede ser solo gramatical o literal. Una norma no puede ser aislada del contexto del ordenamiento jurídico, de los principios o valores que lo inspiran, ni de la realidad social e histórica en que se desarrolla. La interpretación de las normas ha de hacerse.

> ". . .según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas. . .".[23]

El Código Civil y sus normas no podrían ser interpretados —hoy— con el espíritu, la realidad y el contexto de 1886 o 1888. Al analizar —hoy— los principios fundamentales contenidos en el Código Civil debe concluirse necesariamente en que son actuales, valederos, vigentes.

Podría considerarse que las críticas van dirigidas —no al derecho privado en general— sino contra el Código Civil, considerado en una forma aislada. No es un juego de palabras: el Derecho Civil no es exclusivamente el derecho del Código Civil; muchas disposiciones dispersas, aunque formen parte de textos normativos de Derecho Público, son Derecho Civil. No puede perderse de vista que el Código no es aislable del resto del ordenamiento. No podría considerársele —sin caer en graves errores de interpretación jurídica— como un cuerpo autónomo, sin conexión con las otras normas.

Para remarcar aún más lo valioso del verdadero derecho civil, habría que advertir que muchas de las disposiciones del Código Civil mantendrían vigencia aunque fuesen expresamente derogadas.

Véase, por ejemplo, lo que podría ocurrir si el legislador derogase el artículo 693 del Código.[24] ¿Dejarían por ello de quedar obligados los deudores? ¿Perderían los acreedores la facultad de compeler a sus deudores al pago? Si llegara a ocurrir tal derogatoria, lo cierto es que en la realidad no ocurriría nada. El principio se mantendría vigente: Los deudores continuarían obligados y los acreedores facultados para exigir su obligación. Lo que sí podría ocurrir podría ser que, al no existir leyes positivas que se pudieran citar como violadas, no fuese posible interponer un recurso de casación.[25] Pero ello lo que demostraría que este recurso, así conceptuado, se encontraría al servicio de la ley formal y no de la justicia.[26]

A idénticas consideraciones se llegaría si se derogase el artículo 1045.[27] No por ello dejarían

---

20. Véase *infra* epígrafe 7. *La concepción realista del Derecho.*

21. Artículo 266.

22. El propio Código Civil francés, en su artículo 544, luego de calificar a la propiedad como el derecho de usar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, delimita esos alcances e impide formas de utilización prohibidas por la ley.

23. Artículo 10 del Código Civil en versión de la reciente reforma al Título Preliminar.

24. Señala este artículo que "Toda obligación confiere al acreedor el derecho de compeler al deudor a la ejecución de aquello a que está obligado".

25. El artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles establece la procedencia del recurso de casación por violación de *leyes* que establecen el procedimiento y por violación de la *ley* en la parte dispositiva de la sentencia, en cuanto al fondo del negocio.

26. No obstante, cabría tener como violado el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece en su último párrafo que "No habiendo norma escrita ni uso o costumbre aplicables al caso, fallarán con arreglo a los principios generales del Derecho". Asimismo, podría alegarse la violación del artículo 4 del Código Civil que otorga a los principios de Derecho no sólo carácter supletorio sino también, y podría acentuarse esto otro, carácter informador del ordenamiento jurídico. Cfr. *supra* nota (10).

27. "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de quedar obligados a repararlo los causantes de un daño.

No significa lo anterior que se trate de disposiciones legales que estén sobrando. No. Sencillamente lo que demuestra es que se trata de valiosos principios de derecho que han sido positivados o exteriorizados en una norma legal. Pero cuya vigencia no depende de la vigencia de la norma, sino que tienen un valor superior al de las leyes formales. Esto nos va destacando lo valioso del verdadero derecho civil.

Otras muchas disposiciones del Código Civil, aunque no hubiesen sido promulgadas como normas positivas, también hubieran tenido vigencia. Sin pretender no más que unos pocos casos, puede señalarse en este sentido el artículo 22 que señala que

> "La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. . .".

¿En qué momento histórico pudo ser amparado el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo? Nunca.

El artículo 21 dispone que

> "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe".

¿Significa ello que en algún momento anterior fue tolerada o protegida la mala fe? Obviamente no. Todo derecho —hoy y siempre— ha de ser ejercitado de buena fe.

Son muestras de principios de derecho que el legislador ha considerado *conveniente* exteriorizar en preceptos positivos. Ha de quedar claro que se trata de razones de conveniencia, no de necesidad. El derecho pudo haber sido interpretado correctamente conforme a principios generales implícitos.

La lista de casos es muy numerosa. Puede considerarse, a este respecto, también lo dispuesto por el artículo 981,[28] las regulaciones sobre cuasicontratos,[29] o lo referente a las obligaciones naturales.[30]

No se pretende en esta exposición una defensa a ultranza del Código Civil. Tiene evidentes errores y desaciertos. Sin embargo, es preciso valorar la entidad de estos errores y observar si los mismos son o no subsanados al ser analizados en el contexto armónico y coherente del sistema de sus disposiciones y en el sistema más amplio del ordenamiento jurídico.

Se constata un craso error al leer el artículo 257.[31] Ahora bien, ¿qué daño ha ocasionado este error? Ninguno, puesto que ha sido enmendado y subsanado en las múltiples interpretaciones y aplicaciones que ha tenido a lo largo de casi cien años. La defectuosa regulación efectuada por normas jurídicas expresas no impide la correcta regulación por normas tácitas o implícitas.[32]

6. El Derecho Civil no es un derecho antisocial ni individualista.

Junto a la protección de derechos particulares o meramente privados, va surgiendo la protección de otros derechos o intereses distintos de los de su titular. Y, no obstante ello, sigue siendo derecho civil.

Habría que manifestar que la adecuación de las regulaciones normativas a la realidad, a través de los derechos especiales, lo mismo que la denominada *socialización* del Derecho Privado, obedecen —como se ha indicado antes— no a una "invasión" de lo público o lo social en los ámbitos de lo privado. La socialización del Derecho Privado responde a una causa o razón intrínseca: el Derecho Privado

---

28. **"Todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas. . .".**

29. **Cfr. artículos 1043, 1295-1300, 803-805 del Código Civil.**

30. **Cfr. art. 634 del Código Civil.**
La figura de las obligaciones naturales no está contemplada expresamente en el Código Civil español y, sin embargo, se admite su existencia. Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral* (12a. ed., Reus., Madrid, 1078) III, p. 110.

31. **"Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles, según que se consuman o no por el uso a que están destinadas".**

32. **Se ha llegado a admitir en materia constitucional, junto a las normas formalmente constitucionales, la existencia de principios implícitos. " . . .Unos son los principios implícitos derivables de la ideología que sustenta la Constitución que la doctrina suele denominar principios institucionales. Los otros son los principios derivables de normas de inferior rango a la Constitución, que suponen lógicamente la existencia de principios constitucionales que les dan sustento y fundamento jurídico". HERNÁNDEZ VALLE, R., *La libertad contractual como principio constitucional* (En *Academia*, U. de C.R., San José, 1983), p. 24.**
Estos principios de derecho implícitos en la Constitución Política no podrían ser distinguidos y separados de los principios de derecho —explícitos e implícitos— del Código Civil. El valor de los principios no depende de dónde hayan surgido o hayan sido extraídos. Depende de su intrínseco contenido de justicia. Son los mismos principios de derecho, provenientes de la Constitución o del Código.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

busca, como todo derecho, la recta aplicación de la justicia. No le es necesario al Derecho Civil traer a su seno principios ajenos para lograr un orden más justo. Le basta aplicar y poner en práctica —en una forma correcta— los principios generales que lo integran.

Lo que ha sido expuesto aquí podría ser aplicado a algunos casos concretos, por vía de ejemplo:

1) La aplicación pura y simple de las disposiciones que regulan la libre disposición de bienes *inter vivos* y *mortis causa* podría dar origen a muchas injusticias (disposición anticipada de bienes que van a tener el carácter de gananciales o disminución del patrimonio genérico que garantiza créditos quirografarios). El derecho a la libre disposición de bienes debe armonizarse con el derecho del cónyuge, de los herederos legítimos o de los acreedores sobre esos mismos bienes. Una situación injusta no puede ser protegida por el Derecho. Es preciso encontrar alguna forma de protección de los derechos de estos otros interesados que permita limitar o incluso revocar sus actos de disposición.[33]

2) La propiedad confiere a su titular un conjunto de facultades, pero junto a ello coexisten una serie de derechos distintos, de intereses ajenos, que adquieren relevancia y protección jurídica. A mis vecinos inmediatos no les resulta indiferente el uso que doy a mi propiedad. El barrio o vecindario también tiene derechos (en alguna medida) sobre mi propiedad. Dígase lo mismo con respecto al municipio, a la región y a la nación. Distintos derechos e intereses giran en torno a mi propiedad. ¿Deja por ello de ser verdadera propiedad privada? No. Lo que ocurre es que junto al núcleo de poderes y prerrogativas del propietario —que no son ilimitadas ni irrestrictas— coexisten muchas obligaciones o deberes que pesan sobre el titular. Se trata de consecuencias de naturaleza social que se encontraban implícitos en el derecho del propietario.[34]

3) La rescisión por lesión no se encuentra regulada expresamente en nuestro derecho civil. Supongamos la existencia de un contrato en el que se configure una evidente desproporción entre las prestaciones recíprocas, desproporción que ha sido impuesta por la parte beneficiada aprovechándose de la situación difícil por la que atravesaba el otro contratante. Evidentemente nos encontramos ante una situación injusta. Prescindamos, para simplificar el caso, del problema del consentimiento viciado. ¿No sería posible estimar que junto al contrato —que tiene fuerza de ley— existen otros principios que puedan sustentar una solución justa al problema? ¿No existirá algún principio —implícito o expreso— que obligue a un equilibrio justo entre las prestaciones? La equidad resultante de los artículos 11 y 1023 sirve, evidentemente, para sustentar la rescisión o para reducir la prestación excesiva a sus justos límites. Otro fundamento legal para lo mismo se encuentra en el artículo 627 que exige causa justa a toda obligación.

4) Las normas del Código Civil sobre accesión[35] otorgan prioridad al propietario del suelo para adquirir todo lo que se incorpore a él. El suelo ha tenido, tradicionalmente, carácter de principal *(superficies solo cedit).* Pero la interpretación a estas disposiciones ha comenzado a variar y el derecho del propietario del suelo ha pasado a tener, en algunos casos, carácter accesorio, siendo lo principal, por ejemplo, una construcción extralimitada. La accesión, entonces, se invierte beneficiando a otro sujeto distinto del propietario de la tierra.[36]

7. La concepción realista del Derecho.

La desmembración aparente del Código Civil, o sea, la división del cuerpo de leyes en múltiples partes o miembros separados radicalmente unos de otros, es producto —en buena medida— de una concepción normativista del Derecho.

Si el Derecho se identificara, simplemente, con el conjunto de leyes positivas vigentes y si estas no tuvieran mayores relaciones entre sí, entonces ocu-

---

33. La acción revocatoria o pauliana simple (art. 848-849 del Código Civil) no pareciera ser suficiente a estos efectos.

34. Junto a los aspectos particulares, referentes a las facultades pertenecientes a un propietario, en su beneficio, se encuentran esos otros derechos o intereses dignos de tutela jurídica, en beneficio de otros. Sin dejar de ser propietario, en alguna medida se pasa a ser "administrador" de intereses ajenos.
La Ley General de Administración Pública establece en el párrafo primero del artículo 18 el principio de libertad: "El individuo estará facultado en sus relaciones con la Administración para hacer todo aquello que no esté prohibido". En cierta forma pareciera otorgarle una libertad absoluta e irrestricta, excepto en cuanto a lo prohibido formalmente. No obstante, las prohibiciones no son sólo expresas. En el párrafo segundo dispone que "Se entenderá prohibido todo aquello que impida o perturbe el ejercicio legítimo de las potestades administrativas o de los derechos del particular, así como lo que viole el orden público, la moral o las buenas costumbres".

35. Artículos 505-509 del Código Civil.

36. Cfr. TORRES LANA, *supra* nota 13, p. 152-154.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rriría que la promulgación de nuevas leyes implicaría un mero aumento cuantitativo de ese conjunto inconexo.

Si junto al Código Civil —único, centenario y genérico— se fueran amontonando leyes —numerosas, recientes y especiales— se observaría una verdadera desmembración. El viejo cuerpo de leyes, caracterizado por la sistematización y unidad interna, sufriría el embate de las nuevas leyes. Estas lo desintegrarían en sus partes fundamentales, dejándolo reducido a muy pocas disposiciones, o bien, quedaría totalmente desintegrado, convertido en numerosos grupos de regulaciones específicas, segregados del Código y que habrían adquirido una vida independiente.

A la anterior hipótesis normativista se podría agregar la crítica que se ha esgrimido en contra del Código al ser calificado de individualista y antisocial. Se podría decir que frente a un Código de corte liberal e individualista se ubican las leyes especiales, con un mayor contenido social. Las leyes especiales responderían a un orden social más justo y se encontrarían mucho más acercadas a la realidad que aquel vetusto cuerpo de leyes.

Todos estos planteamientos, claro está, parten de una base equivocada. La identificación del Derecho con la ley, sin más, o con el conjunto de leyes, es falsa. Esta errónea premisa conduce a pensar en la existencia de un "mundo del derecho" separado y desfasado del "mundo de la realidad". El derecho estaría constituido por normas generales, por leyes abstractas y estáticas. La vida real, por el contrario, está integrada por sucesos específicos, concretos y variables.

Los *derechos subjetivos,* en una concepción tal, emanarían solamente de la ley, serían relaciones de índole inmaterial, simples facultades de hacer, omitir o exigir algo. La propiedad, por ejemplo, sería el conjunto de facultades jurídicas (inmateriales), cada una de las cuales constituiría un derecho (a usar, a alquilar, a defender, a poseer. . .). Tales facultades existirían (inmaterialmente) aunque en la realidad no se pudieran ejercitar o se tuviesen que ejercitar en una forma restringida. El ejercicio real de las facultades no puede quedar al margen del Derecho.[37] El "mundo del Derecho" no existe separadamente de la realidad. El Derecho es realidad. El Derecho no está conformado sólo por conceptos ideales de justicia. El derecho es lo justo, en concreto *(ipsa res iusta).*

La *concepción realista del Derecho* ofrece una solución verdadera, inmediata y justa a los problemas.

La realidad objetiva, verdadera, conforma el contenido y el ejercicio de los derechos. Así se concebía en el Derecho Romano. La propiedad no era un conjunto de facultades inmateriales, jurídicas, sino que propiedad eran las cosas mismas, en cuanto pertenecían a alguien. De ahí que el contenido de la propiedad dependiera del aprovechamiento real de aquellas cosas.[38] La propiedad, pues, se identifica con las cosas mismas y se presenta como diversa según la cualidad jurídica de las cosas sobre las que recae.[39] La *naturaleza* propia de las cosas determina, entonces, una especial conformación de los derechos que se tengan en relación con ellas. La naturaleza de un objeto arqueológico, por ejemplo, implica la existencia de intereses distintos de los del propietario que —junto con los del propietario— originan un derecho que tiene peculiares características. Es posible que hasta hace un tiempo esos otros intereses no hubieran tenido mayor relevancia. Las facultades del propietario eran más amplias. Cuando esos otros intereses llegaron a adquirir importancia, ocurrió una modificación objetiva en la naturaleza de ese bien arqueológico. Ello influyó naturalmente, como derivación de lo ocurrido en la realidad, en la extensión de las facultades del propietario.

En forma similar, el crédito no puede ser considerado como el derecho exclusivo y pleno perteneciente a un acreedor. Tal derecho está determinado, delimitado y definido, por la *naturaleza* peculiar de la prestación. En la prestación misma posiblemente confluyen, junto a los intereses del acreedor, una serie de valores e intereses de distinta índole (por ejemplo, el orden público económico que incide sobre las obligaciones pecuniarias, la protección social a los inquilinos, a los consumidores de productos de primera necesidad, a los usuarios de servicios de transporte o electricidad). Todo ese conjunto diverso de circunstancias o intereses influye decididamente sobre aquellas prestaciones y, en consecuencia, sobre el derecho correspondiente al acreedor.

No es casual este idéntico planteamiento aplicable a los derechos reales y a los derechos personales. La naturaleza propia de las cosas a las que se refieren unos y otros determinan la extensión y la configuración del derecho en cada caso específico.

---

37. Cfr. HERVADA, J., MUÑOZ, J. A., *Derecho, guía de los estudios universitarios* (Eunsa, Pamplona, 1984) p. 59-61.

38. D'ORS, A., *Derecho privado romano* (3a. ed., Eunsa Pamplona, 1977), p. 181.

39. Ibíd., p. 171.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

No puede perderse de vista que en el sistema jurídico romano se hablaba de cosas corporales y de cosas incorporales y que, entre estas últimas, se incluía precisamente a las obligaciones.[40]

La *concepción realista del derecho* es perfectamente aplicable al Código Civil y al Derecho Civil costarricenses actuales. El Código vigente, que data de 1888, tiene como antecedente al Código General de Carrillo y, más remotamente, al Código Civil francés.

La ideología que inspiró al Código de Napoleón fue, efectivamente, el liberalismo racionalista que había triunfado recientemente en la Revolución Francesa. Influyó fuertemente en su redacción el iusnaturalismo racionalista,[41] que dotaba a la propiedad y al contrato de un carácter absoluto y sagrado. Las ideas racionalistas dieron origen a los planteamientos positivistas que, en el derecho, se manifestaron en la concepción normativista. La redacción del Código fue, desde los momentos iniciales de la Revolución, uno de los propósitos más tenaces de los reformadores; pretendía integrar en forma racional a todo el derecho; el Código debía bastar para todo el dominio jurídico.[42]

Sin embargo, el Derecho Civil no fue una creación *ex nihilo* de los redactores del Código Civil de los franceses. Sus raíces se hunden en el Derecho Romano. Este derecho se caracterizó por su racionalidad, por su prestigio, por su autoridad.[43]

El Código Civil francés no es, entonces, la fuente original del Derecho Civil. Esta se encuentra en el Derecho Romano. La codificación —por influjo racionalista y liberal— desnaturalizó en alguna medida la concepción romana del Derecho.

Los romanos fueron los fundadores de la ciencia jurídica, ciencia que nació con una indudable impronta iusnaturalista.[44] El Derecho Romano es valioso en tanto encarna los principios del derecho natural, del derecho natural clásico.[45]

El Derecho Romano era esencialmente práctico, no estaba constituido por especulaciones teóricas ni por sistemas abstractos. Era un derecho realista.

> "Nacido de la experiencia, siempre sujeto al control de la experiencia, el derecho romano no se presenta como un edificio acabado, como un ordenamiento lógico de reglas implacables y fijas, una 'ciencia' en el sentido restringido del término, un 'orden normativo'. El derecho es una búsqueda, una vida".[46]

Los inicios del realismo jurídico pueden ser retrotraídos aún más: en Aristóteles se encuentra la noción de lo justo *(to dikaion)* que dará origen al concepto preciso de derecho; distingue con claridad entre *to dikaion* y *nomos.* Para él no tiene sentido confundir el Derecho con una norma o con un conjunto de normas.[47]

---

40. VILLEY, M. En torno al contrato, la propiedad y la obligación (ed. Ghersi, Buenos Aires, 1980) p. 51-52.

41. El iusnaturalismo racionalista moderno, originado en Grocio y seguido posteriormente por Pufendorf, Thomasio y Wolff, debe distinguirse claramente del iusnaturalismo clásico concebido por Aristóteles y desarrollado por Santo Tomás de Aquino.

42. Cfr. SANCHO REBULLIDA, *supra* nota 10, p. 46-47.

43. Cfr. D'ORS, A., *Derecho romano* (En Gran Enciclopedia Pialp, Madrid, 1972). VII, p. 515.

44. SANCHO IZQUIERDO, M., HERVADA, J., *Compendio de Derecho natural* (Eunsa, Pamplona. 1980) I, 116.

45. El punto de partida de la concepción clásica es el de naturaleza, en sentido metafísico. La concepción iusnaturalista moderna parte de una naturaleza empírica del hombre, según la tendencia psicológica considerada más característica por cada autor. Cfr. ibíd., II, p. 312.

46. VILLEY. M., *Le droit romain* (7a. ed., Presses Universitaires de France, París, 1979) p. 37.

47. Cfr. SCHOUPPE, J. P., *La concepción realista del derecho* (En persona y Derecho, Universidad de Navarra, Pamplona, 1984) XI, p. 557.
Conviene aclarar que la concepción realista del derecho es algo totalmente distinto del realismo escandinavo y del realismo americano. El hecho jurídico no es, en sí mismo, fuente de derecho. Cfr. *ibíd.* p. 583 y 628.
Alguna aplicación de la concepción realista puede verse en el derecho laboral cuando se hace referencia al "contrato-realidad". Con ello se quiere señalar que la relación jurídica no depende única, ni totalmente del pacto consensual, sino principalmente de la realidad misma. La modalidad de la relación jurídica obedece no al formalismo contractual, sino a los hechos resultantes de la realidad. Cfr. KROTOSCHIN, E., *Tendencias actuales en el Derecho del trabajo* (Ed. Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959). p. 80.
Un autor procesalista penal distingue entre la verdad aparente, formal o convencional, perseguida según él por el Juez Civil y la verdad real, objetiva, sustancial, buscada por el Juez penal. Cfr. VÉLEZ MARICONDE, A. *Derecho Procesal Penal* (2a. ed., Ed. Lerner, Buenos Aires, 1959) II, p. 185. Esta disociación de la verdad es inadmisible. El derecho, cualquiera que sea, no puede sustentarse sobre una falsedad, ni sobre una apariencia de verdad. La verdad no puede ser, en ningún caso, irreal. Si la verdad no fuese real, no sería verdad.
Otra referencia a la *verdad real* puede encontrarse en el artículo 214 de la Ley General de Administración Pública que señala que el objeto más importante del procedimiento administrativo es la verificación " . . .de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final". Un acto administrativo —justo— no podría sustentarse sobre meras apariencias de verdades inexistentes.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El Derecho Romano —realista— fundamentado en el Derecho Natural fue suplantado por un Derecho normativista sustentado en criterios racionalistas. Esta adulteración fue el resultado de un proceso conceptual de varios siglos.[48]

No es posible separar al Derecho de la realidad de la vida. La propiedad o el contrato, por ejemplo, deben ser concebidos en el contexto de una realidad determinada. Esa realidad —material, social, histórica— enmarca los alcances del Derecho. El derecho es, en definitiva, la aplicación concreta de la justicia, dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde, lo justo.

8. A modo de síntesis.

La promulgación de numerosas leyes especiales relacionadas con materias incluidas en el Código Civil pareciera causar una desmembración o desintegración del Derecho Civil. Pero ello no deja de ser simple apariencia. Los derechos especiales no rompen ni disgregan la unidad intrínseca del Derecho Civil. Son tan solo el resultado de una observación externa y superficial.

El Código Civil no puede ser considerado aisladamente, como si fuese un cuerpo de leyes único, sin relación con otras normas jurídicas. Es preciso situarlo en el lugar que le corresponde en el ordenamiento jurídico. No es, simplemente, una ley más. Es un cuerpo de leyes de carácter básico, fundamental. Las leyes especiales son el resultado de la adaptación del Derecho Civil a la realidad. El Derecho Civil no se desintegra, no desaparece. El Derecho Civil evoluciona, surge de las realidades.

El Código Civil recoge, en su sistematización racional, un conjunto de principios de derecho que se encuentran expresamente estipulados o que se derivan naturalmente de su contexto al estar contenidos en él de modo implícito. Estos principios de derecho inspiran a todo el ordenamiento jurídico y son aplicables no solo de modo supletorio —a falta de norma especial—, sino —y principalmente— complementario, en la interpretación de las disposiciones conforme al espíritu del verdadero Derecho Civil.

En definitiva, el Derecho Civil no es el Código Civil. El Derecho no es la norma. El Derecho tampoco es la facultad poseída por su titular. Derecho es, primordialmente y en sentido propio y estricto, *lo justo.* Es decir, aquellas realidades concretas, objetivamente consideradas, conformes con la justicia.[49]

El Derecho, *lo justo,* no puede ser individualista, no puede ser antisocial. Lo justo se mide objetivamente. Se mide no en función exclusiva del titular de un derecho, sino tomando en consideración todos los intereses —privados y públicos— que se encuentran presentes en una realidad determinada.

No es posible pretender encontrar en el Código Civil una solución casuística a los problemas ya que lo que recoge es un conjunto de principios generales de derecho expresos e implícitos. Los conceptos generales requieren interpretación para poder ser aplicados. Se necesita una verdadera formación de jurista para que la interpretación sea correcta. La aplicación de las normas de Derecho es actividad científica, no obra de técnicos.

Para dar al Código Civil el valor que le pertenece, es preciso tener en cuenta que las normas deben estar al servicio del Derecho. Las leyes deben servir para encontrar *lo justo.*

Si las disposiciones legales contenidas en el Código Civil fueran obstáculo para hallar la aplicación concreta de la justicia, entonces deberían ser derogadas o reformadas. Si la ley ahoga a la vida, debe modificarse la ley.

Ahora bien, si las normas —siendo generales y flexibles— admiten una interpretación que permita hallar lo justo, entonces no requieren ser cambiadas.

Finalmente, puede considerarse la conveniencia de manifestar expresamente en el Código alguno o algunos principios o conceptos de los que se hallan implícitos. Si una norma expresa facilitara la búsqueda de lo justo, siempre que no se incurriera en casuísticas, haría conveniente su positivación.

La norma positiva es valiosa en tanto se encuentra apoyada en un principio de derecho natural.

Valga todo lo expuesto como una apología del Código Civil.

---

48. El nominalismo de Ockam niega carácter real a los conceptos universales (meras generalizaciones o simples nombres); la esencia y naturaleza de los seres (y el hombre) carecería de consistencia real; la recta razón no estaría guiada metafísicamente por la naturaleza humana, sino por el voluntarismo y el subjetivismo. Se inaugura la *vía moderna*, desarrollada con amplitud por los pensadores idealistas y en el derecho, evoluciona la escuela del derecho natural moderno. Cfr. SANCHO IZQUIERDO, HERVADA, *supra* nota 44, I, p. 225.

49. Sólo por analogía o por extensión, en sentido más o menos impropio, se puede aplicar el término derecho a la ley o a las facultades que pertenecen a un sujeto.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LEGÍTIMA HEREDITARIA Y DERECHO SUCESORIO COSTARRICENSE: NECESIDAD DE UNA REFORMA SUSTANCIAL A NUESTRO CÓDIGO CIVIL

LIC. WÍLBERT ARROYO ÁLVAREZ
Profesor de la Cátedra de Juicios Universales, Facultad de Derecho.

ÍNDICE

Pág.

Introducción. 54

Título Primero: De la Legítima Hereditaria 55
Cap. I. Evolución histórica del Instituto: Breves notas 55
Sección I. Génesis de la legítima: Derecho primitivo 55
A. Derecho Hindú 56
B. Derecho Babilónico. 56
C. Derecho Hebreo. 57
D. Derecho Griego 57
Sección II. Configuración de la legítima: Derecho Romano 58
Sección III. La Reserva y la legítima en el Derecho Germano 59
Sección IV. El Derecho Español: Base legal de nuestro Derecho sucesorio. 59
Sección V. El Derecho sucesorio costarricense: Breve reseña histórico-legal 60
Cap. II. Nociones generales de la legítima 61
Sección I. Concepto 61
Sección II. Fundamento 61
A. Argumentos en favor de la libertad de testar. 62
B. Argumentos en favor de la legítima 63
Sección III. Naturaleza 63
Sección IV. Sujetos de la legítima. 64
Sección V. Inviolabilidad de la legítima y sus defensas 65
A. La acción de reducción. 66
B. La acción de complemento 67
Sección VI. Irrenunciabilidad de la legítima. 67
Sección VII. La Preterición 68
Sección VIII. Determinación de la legítima 68
A. La porción disponible 68
B. La mejora 69
C. Cálculo de la legítima 69
1. Determinación de los bienes dejados al abrirse la sucesión 69
2. Deducción de las deudas 69
3. Avalúo de los bienes 70
4. Legados y donaciones 70
D. Cuantía de la legítima 70
E. Pago de la legítima 70
Sección IX. La Desheredación. 71
Sección X. La Representación. 72

Título Segundo: Derecho sucesorio costarricense: necesidad de una reforma sustancial a nuestro Código Civil. 72
Cap. I. Del Derecho sucesorio costarricense: Críticas a un sistema basado en la absoluta libertad de testar 72
Cap. II. Propuestas de reforma a nuestro actual sistema sucesorio: Bases de discusión 80
Bibliografía 82

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"Solamente conociendo la esencia íntima de las instituciones que vive un país, su desenvolvimiento histórico y las características del medio en que rigen, es posible juzgar con acierto sobre la bondad de las mismas a efectos de supervivencia o mantenimiento, o bien de sus deficiencias e inconvenientes ya sea para su abolición o ya para someterlas a un proceso de revisión con finalidad de adecuarlas a las nuevas realidades en la vida de relación de los hombres".

Sonia Picado Sotela.*

INTRODUCCIÓN

Hablar de la evolución del Derecho y la humanidad es hablar de una misma cosa, pues en uno u otro intervienen tres instituciones íntimamente relacionadas: familia, propiedad y sucesión. De allí que depende de la concepción y la función que a cada una de estas instituciones se le dé, los principios sobre los que descansarán los sistemas políticos, sociales, económicos y jurídicos de cada sociedad en un espacio y un tiempo determinado.[1]

En este estudio nos referimos a un aspecto de la sucesión que ha devenido al lado de la familia y la propiedad: la legítima hereditaria.

La sucesión por causa de muerte puede darse a través del modo testado, o sea dependiendo de la voluntad expresa del causante, o por disposición legal, que es el modo que se da por distintas razones: por falta de testamento, o porque a pesar de haberse otorgado testamento el mismo se declara nulo o resultó caduco, o porque el causante testó sólo respecto a una parte de sus bienes y, por último, porque la ley reserva, en forma imperativa, a favor de ciertos sucesores legítimos, cierta porción de bienes del patrimonio del causante.[2] Uno y otro modo podrían ser excluyentes si se considera que uno es supletorio del otro, siendo la sucesión ab intestado una interpretación legal donde se presume la voluntad del causante o si se considera que prevalece la vinculación de parentesco y por ello no es dable a una persona testar, a excepción de no tener sucesores legítimos.[3] No obstante, la unión entre uno y otro resulta cuando un sistema jurídico adopta el instituto de la legítima en su sistema sucesorio, pues ella, que es parte de la sucesión "intestado" o "legítima", entra en juego aun cuando el causante haya testado y si no lo hizo usó en vida de su derecho de disponer por donación.[4] Esa porción de los bienes de una persona que al morir ésta, pasan a manos de otras, designados por ley, constituyendo la legítima, es variada de un sistema a otro, no existiendo hoy sistema jurídico que prohíba el otorgamiento de testamento, sea, un sistema que fije la legítima sobre el total de los bienes. Por el contrario, hay legislaciones que niegan totalmente la legítima, aun cuando es escaso su número, disponiendo como principio rector de sus sistemas sucesorios la libertad absoluta de testar.[5]

La presente monografía pretende demostrar la necesidad de regulación del instituto de la "Legítima Hereditaria", como base de nuestro derecho sucesorio, tal como lo hace la mayoría de países occidentales de tradición jurídica germano-romana, todo en función de una mayor protección a la familia (en su concepción y conformación actual) con lo que se perfila, aun más, aquel carácter social que la propiedad debe tener en los tiempos actuales.

La estructura de la presente investigación es muy sencilla, pretendiéndose en un primer título

---

(*) De su tesis de grado "Pruebas legales y libre apreciación" para optar al título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1970.

1. OVSEJEVICH (Luis), Legítima, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, T. XVIII, Bibliografía Omeba, 1984.

2. *Ibíd.*, pág. 43.

3. *Ibíd.*

4. *Ibíd.*

5. Inglaterra, Estados Unidos (excepto Louisiana), Canadá, y Nueva Zelanda, en México, Costa Rica, Honduras y Panamá, aun cuando basan sus sistemas sucesorios en la "libre testamentifactio", otorgan a ciertas personas y parientes cercanos del causante derecho, como acreedores, de exigir "alimentos", viéndose disminuidas las liberalidades hechas. OVSEJEVICH, *Ibíd.*, pág. 73.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

estudiar en forma general y, por cierto, muy elemental, el instituto de la legítima, desde varios ángulos y acudiendo a la regulación que de ella se hace en otros países, tratando de descubrir lo común en ellas, tales como nociones, características y elementos del instituto en mención. En el segundo título se describe el actual sistema sucesorio costarricense, regido por el principio de la "libre testamentifactio", y del que se apunta, en humilde medida, algunas opiniones y críticas al mismo, proponiéndose, al final del segundo capítulo, lo que se titula "Bases de Discusión" que no son sino ideas que surgieron de la investigación y que guardan la esperanza de una pronta reforma legal (y por ende social) del obsoleto sistema sucesorio costarricense.

TÍTULO PRIMERO

DE LA LEGÍTIMA HEREDITARIA

CAPÍTULO PRIMERO
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL INSTITUTO: BREVES NOTAS

Cabe destacar que es de vital importancia estudiar la evolución histórica que ha sufrido el instituto en estudio que, unido al de las instituciones de familia y propiedad, nos ayudará a comprender la necesidad de su permanencia en aquellos sistemas jurídicos que la adoptaron y de la necesidad de regulación en aquéllos que la rechazan. Debemos aclarar, no obstante, que este estudio histórico no incluirá sino unas breves notas del tema.

SECCIÓN I: GÉNESIS DE LA LEGÍTIMA: DERECHO PRIMITIVO

No se ha concebido a la legítima, en este estudio de la humanidad,[6] como un derecho sucesorio sino como "un derecho personal y directo" sobre los bienes a favor del heredero (de heres: propietario). Lo que recibía el heredero no era la propiedad del patrimonio del causante sino la administración y el ejercicio de la calidad de propietario, que ya la tenía con anterioridad como titular del mismo derecho.[7] Cuando se pasa de la propiedad colectiva de los bienes, con el patriarca como único administrador, a la propiedad privada que tendrá éste sobre los bienes administrados, se planteará, entonces el problema de la libertad de testar.[8] La legítima que tuvo su fundamento en la primera época en "la propiedad colectiva", lo buscará en la segunda en "la moral".[9] Paralelo a la propiedad, interviene, influyentemente, en la evolución de la legítima, la familia, que preceder a la ciudad y que llena en sí misma los elementos de una nación (origen, lengua, cultura y creencias); familia (gens) que da paso luego a la ciudad y, posteriormente, al Estado. En un primer período, todos los bienes pertenecen al grupo familiar y el patriarca era el que simplemente los administraba, con amplias facultades, sin embargo, para dictar las normas de acatamiento obligatorio para su gens; grupo familiar unido por un jefe, un mismo Dios y un mismo derecho, con una propiedad común sobre los bienes. "De esta existencia de la propiedad colectiva surge nuestra aserción de que el germen de la legítima que existía en la antigüedad era la asunción de una propiedad que el heredero la tenía con anterioridad a la muerte del difunto y no un derecho hereditario".[10] De ahí que existiera la llamada "progenitura", por la rama masculina, que es un derecho hereditario que no obstante no otorga en vida del padre más derechos que los otros hijos. Llegado el momento en que la familia basa su eco-

6. *Ibid.*, pág. 44.

7. *Ibid.*

8. *Ibid.*, pág. 44.

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*, pág. 45.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nomía en labores agrícolas más que en la pastorial, se comienza a dar "una usurpación por parte del patriarca de los bienes de la familia"[11] pasando a ser dueños de ellos. Aquí encontramos el origen de la propiedad privada, distinguiéndose los bienes en "propios" y "adquiridos", según fueran los provenientes de la familia o del trabajo e industria de ella, respectivamente; cuando se llega al punto en que no se hace distinción entre estas clases de bienes, se le otorga a su propietario, al patriarca, el derecho de disponer libremente de todos esos bienes. "En esta altura de la historia del Derecho es cuando se produce el nacimiento del testamento, que comenzando por ser una sencilla forma de adopción, llegó en Roma a ser el Derecho Sucesorio, siendo su origen posterior a las XII Tablas del Derecho Romano. Por eso ninguno de los Derechos antiguos prohibió el testamento, pues sencillamente no lo conocían".[12] No obstante desaparecer la propiedad colectiva, sus principios familiares perduraron.

A. Derecho de la India.

En el Derecho indio, cuyos principios los encontramos en el Código o Leyes de Manú la familia se sustentaba en la agnación, cuya jefe rendía tributo a sus ascendientes y donde se proclamaba el derecho a la progenitura.[13] El primogénito heredará una cuota igual a la de los demás herederos más una reserva legal igual al vigésimo, la que le seguía del cuadragésimo y así sucesivamente.[14] Las hijas no heredaban; sin embargo, siendo solteras recibían una cuarta parte que lo obtenido en la sucesión. Asimismo, con el fin de la perpetuidad de la familia, el derecho hindú reguló el "levirato", que es la obligación para el hermano del difunto que no dejaba descendientes de desposar a la viuda, considerándose al hijo que naciere, como descendiente del primero.[15]

La cónyuge no hereda pues contaba con sus propios bienes y lo obtenido en donación del cónyuge causante. Sobre tales bienes heredaban las hijas solteras.[16] En este derecho se establecieron, ex lege, ciertas causales de desheredación que no las disponía el causante sino la ley misma. "Así, al no admitirse la libertad de testar no se conocía el testamento y por eso no se lo prohibía".[17]

B. Derecho Babilónico.

En el *Derecho Babilónico,* basado en el Código de Hammurabi, encontramos el "embrión de la propiedad privada, al gozar el jefe de familia del derecho de disponer en forma gratuita y definitiva a favor de un tercero extraño de una parte de su patrimonio".[18] Se distinguen dos tipos de bienes: a) los dados, como remuneración, por el Rey y b) los propios. Se prohibía la disposición sobre los primeros y se limitaba sobre los segundos por una preferencia en su compra, respecto a su familia. El padre podía transmitir, en vida, bienes a su hijo, el cual, por ese hecho, no heredaba a la muerte de aquél. En el orden sucesorio estaban los hijos varones, en defecto las hijas y a su falta entraban los colaterales, sus hermanos, sin perjuicio del derecho de representación dado a los sobrinos que concurren con sus tíos.[19]

Toda disposición mortis causa, antes de Hammurabi, se hacía " . . .redactando un acto auténtico ante testigos. Incluso se permitía desheredar completamente a los hijos".[20] Debe destacarse en este derecho ". . . la igualdad de los derechos hereditarios para todos los sucesores de una sola línea".[21]

---

11. *Ibíd.*, pág. 45.
12. *Ibíd.*, pág. 46.
13. "Que el primogénito, cuando no se hace partición de la fortuna, sienta por sus hermanos menores el amor de un padre por sus hijos y que éstos a su vez le respeten como a un padre" (párrafo 108, libro IX de Ley de Manú), *Ibíd.*, pág. 46.
14. *Ibíd.*
15. *Ibíd.*
16. *Ibíd.*, pág. 47.
17. *Ibíd.*
18. *Ibíd.*, pág. 47.
19. *Ibíd.*, pág. 48.
20. *Ibíd.*
21. *Ibíd.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

C. Derecho Hebreo.

En el *Derecho Hebreo,* fundado sobre todo en ". . . ese portento que es el Antiguo Testamento, obra cumbre de la mentalidad humana. . ."[22] complementado con el "Talmud", recopilación escrita de la ley oral (la Mischná, colección de fallos, doctrinas e interpretaciones sobre la base de la Biblia que a su vez recibe un nuevo comentario en la Guemará) que se hace necesario cuando los hebreos ". . . fueron atacados, destruido el templo y dispersados de su tierra. . .".[23]

En un principio, el pueblo hebreo se caracteriza por ser eminentemente pastoril, aceptando que el jefe de familia pudiera disponer libremente de todos los bienes;[24] al convertirse el pueblo en agrícola, la propiedad colectiva fue admitida y los poderes de disposición del padre limitado; la familia, por su parte, continuó asentada en la agnación y en vigencia el derecho de primogenitura. No es sino con el éxodo de los judíos de Egipto que el concepto de familia basada en la agnación se fue transformando hacia la cognación, otorgando preferencia a la línea masculina, los cuales tienen vocación hereditaria a título exclusivo. Si no hay hijos heredan las hijas; a su falta, los hermanos del difunto y si no los tíos paternos. Si no quedara ninguno heredarán los parientes más cercanos de su linaje.[25] A pesar de existir la primogenitura, ella llega a ser un privilegio de heredar el doble de la sucesión del padre y respecto a los bienes al momento del fallecimiento. Dicho privilegio no existía respecto a los bienes de la madre. La cónyuge no heredaba a su esposo aunque sí lo contrario, por la necesidad de que los bienes quedaran en una misma tribu.[26] En la legislación hebrea también encontramos el levirato ". . . y en esta forma ficticia se mantenía la sempiternidad de la familia. . .".[27] Respecto a los bienes inmuebles, la ley hebrea prohibía su disponibilidad mortis causa, aparte de que creó la institución del "jubileo", con lo que los bienes inmuebles transmitidos inter vivos, eran sólo cesiones del goce y usufructo de la cosa vendida, cuya resolución se daba al año del jubileo, que ocurría cada cincuenta años.[28] "Surge de todas estas disposiciones la imposibilidad que tenía el difunto de disponer de sus bienes por acto de última voluntad. No podía desheredar a sus hijos, ni acordarles por testamento a uno de ellos los derechos que la ley daba a otros".[29] Con la expulsión del pueblo judío de Egipto, los rabinos pretenden escribir la ley oral reformando la Ley de Moisés y no teniendo sentido la inmovilización en la transmisión de la tierra, se deroga el jubileo, admitiendo la libre disposición sobre los bienes y con ello la libertad de testar.[30]

D. Derecho Griego.

En el *Derecho Griego,* a pesar de que en un principio no se admite la transmisión de los bienes sino sólo sobre los "propios", con el transcurrir del tiempo se asimila también los "adquiridos", dando con ello nacimiento al testamento, donde la herencia se ve como una donación a causa de muerte, siendo el verdadero heredero el sucesor legítimo. En la legislación soloniana no se permite la libertad absoluta de testar, pudiendo hacerlo el testador tan sólo en parte de sus bienes respecto a extraños; el resto corresponde a los sucesores legítimos. En esta limitación encontramos el nacimiento de la legítima. Ya luego ". . . El Derecho ático no se contentó con aceptar la libre disposición, con las limitaciones establecidas por Solón, sino que eliminó estas últimas admitiéndose la más absoluta libertad de testar".[31] En el orden suceso-

22. *Ibíd.*, pág. 48.

23. *Ibíd.*, pág. 49.

24. "De ello se da prueba cuando Sara, temiendo que su esposo dividiera sus bienes entre Isaac e Ismael, le aconseja a Abraham que expulse de su casa a Agar y a su hijo Ismael, Génesis, Cap. 21, vers. 16). De ese modo Isaac heredó de su padre en todos sus bienes". Igualmente, Génesis Cap. 25, vers. 5, Cap. 25, vers 6; Cap. 48, vers. 22) *Ibíd.*, pág. 49.

25. *Ibíd.*, pág. 50.

26. *Ibíd.*

27. *Ibíd.*

28. *Ibíd.*

29. *Ibíd.*, pág. 50.

30. *Ibíd.*

31. *Ibíd.* pág. 51.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rio establecido por Solón, los hijos se reparten el patrimonio, en defecto de ellos los hermanos consanguíneos y a su falta los sobrinos. Se limita la sucesión a los varones.[32] Si sólo tuvo una hija su nieto varón entraba a sucederle.

SECCIÓN II: CONFIGURACIÓN DE LA LEGÍTIMA: DERECHO ROMANO

A pesar de que todos los derechos primitivos hacían descansar sus sistemas en la propiedad colectiva y no es sino después de una lenta evolución que se admite la propiedad privada, ya en el Derecho romano, en su primer cuerpo de normas, la "Ley de las XII Tablas", se encuentran los principios de una propiedad individual absoluta.[33] No obstante no puede negarse que el proceso histórico que vivieron otros pueblos contemporáneos al romano lo hayan vivido éstos pues se sabe que, en un principio, también prevaleció la "gens" y que no es sino posteriormente que surge la propiedad individual ". . . al usurpar el paterfamilias el poder dentro de la familia".[34] Con las "doce tablas" no se rompe, sin embargo, bruscamente, con el régimen anterior de devolución sucesorio a la gens. ". . . El testamento romano, en sus orígenes no consistía en una disposición de bienes sino sólo en la elección que realizaba el paterfamilias entre sus hijos, lo cual tendía a conservar los bienes dentro de la familia".[35] Incluso, luego se admitirá que el causante testador usará de la desheredación, así como que instituirá herederos a extraños, aunque existieran "sui".[36]

Ya en la República romana, ante aquellos poderes absolutos que adquiría el pater, se fueron configurando ciertas defensas: una formal y otra material. La primera señalaba que los "herederos necesarios" (bajo la potestad inmediata del testador) debían ser instituidos o desheredados, en forma expresa, pues no bastaba la simple omisión. Respecto a los varones, para desheredarlos debía el testador indicarlo individualmente (nominatum). Para el caso de no cumplirse con esta formalidad, la acción que tiene el hijo es la *"actio querella multitatis ex jure antiguo"*, anulando el testamento y dando paso a la sucesión ab intestato.[37]

Más tarde el derecho pretoriano modifica el orden sucesorio dándole participación a otros herederos y para eso contaban ellos con la "bonorum possessio contra Tabulas" que podían interponer dentro del año.

La otra defensa que tenía el heredero fue la *material* con la que se le exige al testador dejar parte de sus bienes a parientes próximos. Sin embargo, la desheredación fue usada a diestra y siniestra y sino el pater dejaba una ínfima parte de sus bienes a sus descendientes. No es sino en los últimos años de la República en que la jurisprudencia sostuvo que cuando el testador desheredaba al descendiente o le dejaba tan solo una parte insignificante de sus bienes, sin causa justa, el hijo podía impugnar dicho testamento como "inoficioso" (contra officium pietatis factum) anulándolo con base en la ficción de la incapacidad del testador para otorgar testamento.[38]

La acción que se usaba para la declaratoria de inoficiosidad se llamó "querella inofficiosi testamenti". Cuando los herederos no eran del todo desheredados sino que heredaban una pequeña parte los jueces centumviros fijaron una cuota, naciendo así la legítima, como, en esencia, se conoce hoy día; dicha cuota por algún tiempo fue fijada arbitrariamente, y no es sino luego que se fijó en un cuarto de los bienes que el heredero recogería en la sucesión intestada, inspirados en la Lex Falcidia que establecía que el testador no podía legar más allá de las tres cuartas partes de sus bienes. El nombre de "legítima" se debe al hecho de que ella es una porción de la "sucesión legítima" que el heredero hubiere recogido

---

32. *Ibíd.*, pág. 52.

33. "Uti legassit pater familias super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto" (Lo que el padre disponga respecto a sus bienes y de la tutela de su hijo, sea observado como ley), *Ibíd.*, pág. 52.

34. *Ibíd.*, pág. 53.

35. *Ibíd.*, pág. 53.

36. *Ibíd.*

37. De ahí que a esta sucesión se le llamara "la herencia contraria al testamento": Ver KUNKEL (Jors W.), *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Ediciones Labor, 1937, pág. 462 a 468.

38. Ello se explica pues para atacar de nulo un testamento había que buscar un fundamento jurídico y lo encontraron en la falta del sano juicio del causante pues no se explica sino así que haya desheredado a sus descendientes. OVSEJEVICH, *op. cit.*, pág. 54.
KUNKEL, *op. cit.*, pág. 464.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ab intestato (quarta legitimae partis).[39] Si la acción de inoficiosidad intestada prosperaba el testamento se anula por completo, dando paso a la sucesión intestada donde el querellante obtendría la legítima que le correspondía y de la que fue excluido en el testamento. Si perdía, el querellante se le excluía de todo beneficio testamentario y legal, cuya parte no heredada pasaba al fisco y además se le tenía "como sospechoso de locura, por haber injurado la memoria del testador".[40] Más tarde la querella de inoficiosidad se amplía a las donaciones excesivas pero se restringe en cuanto se crea la "acción en complemento" de la legítima, fijándose el mismo conforme al arbitraje de un "hombre honrado" y solo para el caso de que aun cuando no se hubiere heredado a un hijo le hubiere hecho el testador ciertas liberalidades.[41]

Para concluir, debemos referirnos a las reformas de Justiniano que importan en cuanto la novelle 115 establece el derecho del legitimario a la querella sino ha sido instituido o desheredado legítimamente, valga decir, conforme a las causales en numeración taxativa que indicaba la ley. Indica aquella novela que si el legitimario recibía menos de lo que le correspondía tenía la "actio ad suplendan; si no era instituido tenía la querella de inoficiosidad, desapareciendo la "bonorum possessio contra Tabulas".[42]

SECCIÓN III: LA RESERVA Y LA LEGÍTIMA EN EL DERECHO GERMANO

En el *Derecho Germánico,* donde el derecho sucesorio en su desarrollo estuvo muy ligado al concepto de dominio, predominaba el tipo de propiedad colectivo sobre los bienes, pudiéndose afirmar que el testamento era desconocido.[43] Lo que los hijos recibían de su padre era de ellos, pues éste lo que hacía era, simplemente, administrar los bienes de la familia. Con la invasión de los bárbaros, se da el fenómeno de coexistir los derechos de vencidos y vencedores, con las modificaciones que ello implicaba, como fue el nombramiento de herederos en forma contractual a aquellas personas que no tuvieren hijos. Luego se llega al momento en que se distinguen entre bienes muebles e inmuebles; entre bienes que el padre adquiría y los que existían en el patrimonio familiar, pudiéndose disponer de los primeros no así de los segundos. Dichas liberalidades se podrán hacer en favor de extraños o "pro anima", no de familiares, pues ellos no suceden al ser copropietarios. Impulso grande a la admisión de los testamentos fue la que dio la Iglesia pues a favor de ella se podían dar aquellas liberalidades. En esta época predominaron dos instituciones: la reserva y la legítima. La primera pretendía mantener el rango y posición de la familia. La mayor parte pasaba a manos del primogénito. La parte disponible la formaba el quinto de los bienes "propios" y el total de los "adquiridos" y muebles, lo que hizo en muchos inoperante el instituto de la reserva que era sobre los cuatro quintos de bienes propios. De ahí que surgió la legítima como "un socorro subsidiario", para el caso de insuficiencia o inexistencia de la reserva, que tenía carácter alimenticio y que se fijó en la mitad de la cuota que correspondía en la sucesión intestada. Con la legítima se podía recurrir a los otros "bienes disponibles" e incluso a las donaciones hechas en vida por el causante.[44]

SECCIÓN IV: EL DERECHO ESPAÑOL: BASE LEGAL DE NUESTRO DERECHO SUCESORIO

"Con la romanización de España. . . se introducen los principios jurídicos que en esos momentos se aplicaban en la República romana, tales como el de la libertad de testar. . . Al amparo de tal regla se cometieron toda clase de abusos (por lo que) los visigodos. . . trataron de limitar los mismos, introduciendo la legítima".[45] Por ello

---

39. Petit define la legítima en el Derecho Romano como "la parte que ciertos parientes deben haber recibido del testador para que no puedan atacar el testamento como inoficioso". PETIT (Eugene), *Estado Elemental de Derecho Romano,* Buenos Aires, Albatros, 1979, pág. 708.
KUNKEL, *op. cit.*, pág. 464.
Iglesias lo estudia como "sucesión legítima contra el testamento", IGLESIAS (Juan), *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Romano,* Barcelona, Ediciones Ariel, 1972, 672 y ss.

40. OVSEJEVICH, *op. cit.*, pág. 55.

41. *Ibíd.*, KUNKEL, *op. cit.*, pág. 465.

42. OVSEJEVICH, *op. cit.*, pág. 467.

43. Se aplicaba el principio "solus deus heredem facere potest, non homo". *Ibíd.*, pág. 57.

44. *Ibíd.*, pág. 58.

45. *Ibíd.*, pág. 59.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a mediados del siglo VII se promulga la "Ley Dun Inlicita" que prescribe que los cuatro quintos de la sucesión es de los descendientes y otorga la posibilidad de mejora de un décimo. Para la época de dominación de los árabes, los fueros fortalecen la sucesión forzosa, eliminan la mejora y fijan la cuota de aquélla en un quinto. Sin embargo, los herederos no tenían medios de defensa ante el abuso del causante de no otorgarle dicha parte y no es sino hasta que en "Las Partidas", con Alfonso X, en que se estatuye los medios de defensa. No obstante, ese cuerpo legal fue supletorio de las leyes visigóticas. Las defensas fueron las mismas que en el derecho romano, a saber la acción de inoficiocidad y la de complemento. No es sino con las famosas "Leyes de Toro" (Siglo XVI) en que se reimplanta la legítima en cuatro quintos para descendientes y dos tercios para ascendientes, así como se establece otra vez las mejoras.

SECCIÓN V: EL DERECHO SUCESORIO EN COSTA RICA: BREVE RESEÑA HISTÓRICO-LEGAL

Durante el período colonial se aplicaron, en Costa Rica, en materia de sucesiones, los mismos principios que en la Madre Patria, y fundamentalmente las "Leyes de Toro", que fueron dictadas hacia 1505 por las Cortes Reales, confirmadas en la Nueva y Novísima Recopilación de 1775 y 1805, respectivamente. Estas y demás normas[46] que regulaban, entre otras, la materia sucesoria, se aplicaron a la Costa Rica independiente hasta 1841 en que se promulgó el Código General que ". . . se apartó del (código) francés y toma por modelo el derecho positivo español, tal como resultaba del Ordenamiento de Alcalá emitido en 1348 y de las otras leyes que con posterioridad modificaron aquel antiguo estatuto, particularmente la Ley de Toro. . .".[47]

El Código General de Carrillo, de 1841, reguló la materia sucesoria y entre ella el instituto de la "legítima hereditaria", correspondiéndole las cuatro quintas partes de los bienes del causante a sus descendientes; si sólo tenía ascendientes tocaba a ellos dos tercios del capital. El causante en el primer caso sólo podía disponer de dos tercios del quinto y en el segundo de dos terceras partes del tercio. La otra parte del tercio, así como el tercio del quinto restante, los debía legar al tesoro de Educación.[48] La cónyuge podía reclamar una cuarta parte (cuarta marital) de la herencia si el causante no le dejó ". . . con qué vivir bien y honestamente. . .".[49]

Según don Alberto Brenes Córdoba esta forma de sucesión ". . . se inspiraba en el antiguo concepto de que el patrimonio más bien pertenecía a la familia que al causante, a pesar de tener éste en vida la libre disposición de los bienes. . .",[50] lo cual critica diciendo que es un " . . .concepto a todas luces falso y fecundado en deplorables resultados".[51]

En el año 1881 se promulga una ley, llamada "Ley de Sucesiones", que deroga el Código General en la parte de sucesiones, y establece una libertad de testar absoluta con la obligación para el causante de dejar ". . . asegurada la subsistencia de sus hijos hasta la mayoridad y la adquisición de la enseñanza primaria elemental".[52] Disponía que debía dejar lo necesario para que los hijos varones "aprendiesen un arte u oficio";[53] a las hijas les daría igual suma, ". . . a menos que en la educación de ellas hubiese invertido igual o mayor suma".[54] También debía ". . . proveer. . . la subsistencia de sus padres, de sus hijos incapaci-

---

46. El Dr. Guier Esquivel nos dice que el fuero juzgo y las "Sietes Partidas, estuvieron vigentes en nuestro país, además de las Leyes de Indias de 1680". GUIER ESQUIVEL (Jorge Enrique) *Principales Codificaciones Legales en Costa Rica*, San José, Edición mimeografiada, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, s.a.e., pág. 2.
Asimismo, don Alberto Brenes Córdoba nos dice que en la colonia, en nuestro país, se aplicó, en general, el Derecho común español. Incluso nos dice que tal derecho rigió veinte años en nuestra vida independiente, BRENES CÓRDOBA (Alberto), *Historia del Derecho*, San José, Editorial Lehmann, 1a. edición, 1906, pág. 315.

47. BRENES CÓRDOBA (Alberto), *Tratado de los Bienes*, San José, Tipografía Nacional, 1966, pág. 281.

48. *Ibid.*, pág. 282.

49. *Ibid.*, pág. 282 y 283.

50. *Ibid.*, pág. 283.

51. BRENES CÓRDOBA (Alberto), Tratados de los Bienes, *op. cit.*, pág. 283.

52. *Ibid.*

53 *Ibid.*

54. *Ibid.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tados y del cónyuge sobreviviente que carecía de bienes propios con que vivir".[55]

La Ley de Sucesiones estuvo vigente hasta el 1o. de enero de 1888 en que entra en vigor el actual Código Civil y en el que se regula entre otras, la materia sucesoria.

Sobre la forma en que se regula actualmente esta materia, los principios que la rigen, sus fundamentos y el análisis de la misma se reserva para la segunda parte de esta exposición dedicado exclusivamente a ello.

CAPÍTULO SEGUNDO
NOCIONES GENERALES DE LA LEGÍTIMA

SECCIÓN I: CONCEPTO

Intentando un concepto de legítima podríamos decir que ella es un derecho que tiene los legitimarios sobre una parte del patrimonio del causante del que aquéllos no pueden ser despojados sino por deheredación o por otro motivo que indique expresamente la ley.[56] La parte sobre la que no existe tal limitación legal se llama porción disponible.

SECCIÓN II: FUNDAMENTO

Como pudimos ver al tratar de la evolución histórica que ha sufrido este instituto, desde las épocas más remotas, el hombre ha cuestionado lo justo o no, en esa interrelación de familia, propiedad y derecho, de disponer libremente de sus bienes, tanto en vida como prever su destino para después de su muerte o limitar legalmente aquel poder en beneficio de otras personas al otorgársele parte del patrimonio del causante. Ante ello se han dado dos sistemas sucesorios claramente delimitados: el de la libre testamentifacción y el de la legítima hereditaria. Decidirse por alguno de ellos, es difícil pues ni la doctrina ni las legislaciones son uniformes en ello; sin embargo, no sin razón o fundamento alguno, la mayoría de los países latinos han adoptado el sistema de la legítima.[57]

---

55. *Ibíd.*

56. El Código Civil Uruguayo define la legítima diciendo: "La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. . ." (art. 3591) Planiol la define como: "La porción de los bienes que necesariamente va a quedar en favor de los herederos ab intestato se denomina legítima" PLANIOL (Marcel), *Tratado Práctico de Derecho Civil*, La Habana, Editorial Cultural, S.A., 1946, pág. 89.
Asimismo, en un Seminario de Graduación dirigido por la Profesora Rita Maxera se definió a la Legítima como: "una parte o cuota del patrimonio del causante, que la ley reserva a ciertas personas que estrechan un vínculo parental con el de cuius (familia nuclear) y de la cual no puede disponer, salvo que esa disposición sea en favor de los llamados por ley" BADILLA CALDERÓN (Tobías), y otros, *Legítima Hereditaria*, Seminario de graduación para optar al grado de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, en mimeógrafo, 1986, pág. 53.
La legítima es ". . . una especie particular de la sucesión legítima (dispuesta por la ley y que tiene lugar contra la voluntad del causante cuando haya dispuesto del todo de su herencia en favor de personas extrañas, incluyendo en todo o en parte a ciertas personas unidas a él por vínculos de parentesco a las que la ley concede o reserva una cierta parte del patrimonio. DE DIEGO (Felipe Clemente), *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, Artes Gráficas Julio San Martín, T. III, 1959, pág. 190.
"Quota di legittima o di riserva, o più semplicemente "legittima", è quella quota del patrimonio, già spettante al de cuius che le legge riverva, in propietà o in usufrutto, ai legittimari, l' entità della quale è variamente determinata a seconda dei diversi casi esaminati al No. precedente. Detta quota è calcolata non con riferimento esclusivo al patrimonio spettante al de cuius al momento della de lui morte. . . bensì, ateraverso un' operazione fittizia di calcolo, con riferimento a detto patrimonio al netto dei debiti, e con l'aggiunta di ciò di cui el de cuius avesse disposto con atto tra vivi a titolo gratuito. . . BURDESE (Alberto), *Manuale di Diritto Privato Italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1974, pág. 840.
Ver en el mismo sentido, ARIAS (José), *Derecho Sucesorio*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft Ltda., II ed., 1942, pág. 104.
"Se designa comúnmente con el nombre de "legítima" (en lugar del cual se usa indistintamente también el de "reserva") una cuota del patrimonio de la cual el testador no puede disponer en daño de ciertas personas (los familiares más próximos); y; por lo tanto, también, y aun antes, el hecho de que la delación de dicha cuota en favor de tales personas ocurre por necesidad de ley". BARBERO (Domenico), *Derecho Privado*, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1967, pág. 215.
Ver, asimismo, TRABUCCHI (Alberto), *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, Tipografía Editrice, La Garandola, 1947, pág. 725 y ss. y CICU (Antonio), *Successione Legitima e dei Legittimari*, Milano, Dotta, Giuffrè-Editore, 1943.

57. Excepto Costa Rica, Honduras, Panamá y México que basan su sistema sucesorio en la "libre testamentifactio. Sin embargo en estos países su legislación civil prevén el derecho que tienen ciertas personas o parientes próximos al causante de exigir el pago de alimentos en calidad de acreedores alimentarios.
Entre otros, regulan la legítima hereditaria en sus códigos civiles: Uruguay (887), Venezuela (884), Argentina (3593), Perú (700 y 707), Chile (1184) y Colombia (1242). Asimismo Brazil (1731), Ecuador (1227), Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Bolivia y Paraguay.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Diferente es el sistema anglosajón que se inclina por el sistema sucesorio basado en la libertad de testar.[58]

"La evolución de estos últimos años nos indica que la humanidad se aleja del individualismo para ingresar en una democracia social, en la cual a la vez que se reconocen los derechos individuales, se ampara a la sociedad en este caso representada por su núcleo primario: la familia".[59]

Se han dado distintos argumentos a favor y en contra de esta institución de la legítima, los que pasamos a estudiar.

A. Argumentos en favor de la libertad de testar.

Se pueden dividir en tres grupos: el fundamento jurídico, el moral y el económico.

El primero, *el jurídico,* basado en el "ius disponendi", el derecho absoluto de propiedad que todo titular tiene para disponer de ella como quiera. Sin embargo, ello, en la actualidad, no es así, pues no faltan leyes o decretos que la limitan tal derecho respecto a su disposición inter vivos por lo que lógico es pensar que tales límites se den también por actos de disposición mortis causa.[60]

El segundo, *el moral,* basa tal fundamento en la autoridad paterna: el poder ilimitado del paterfamilias. Sin embargo, hay que considerar que tal poder implica, más que derechos, obligaciones, cuyo incumplimiento puede llevar a su pérdida.[61] Otro argumento moral es que "se da un fortalecimiento de la autoridad paterna", lo cual no es cierto y, por el contrario aparte de una posible autoridad despótica del padre al disponer de todos los bienes, hace base la obediencia de los hijos en un interés material[62] y, por último, se dice que la voluntad del causante debe prevalecer, sea la expresada en el testamento o la presunta, cuando interviene la ley a falta de aquélla. Este fundamento es criticable también pues hay que recordar que, en el estado actual del derecho, la sucesión de los padres a sus descendientes y otros parientes consanguíneos o afines, como el cónyuge, se basa en un deber personal y social que aquel debe cumplir por vivir en comunidad.

El tercer criterio, el *económico,* comprende argumentos como: 1) "Impide la subdivisión excesiva de la propiedad", pues la legítima no provoca sino una explotación antieconómica de la tierra.[63] Dicho fundamento no resiste la crítica pues el mismo causante, en su testamento, puede disponer de sus bienes a tantas personas como quiera provocando iguales resultados; por otro lado, si no deja testamento el modo de sucesión ab intestato puede surtir aquellas consecuencias dependiendo del número de hijos y otros parientes que concurran con iguales derechos. Otros fundamentos económicos de la libre testamentifactio son los siguientes: "remedia la natalidad",[64] "favorece la estabilidad y cohesión de la familia",[65] "distribución de la herencia en proporción a las aptitudes de cada hijo";[66] "impulsa el trabajo";[67] todos estos criterios son criticables pues muchas veces ese poder absoluto del causante en la disposición de sus bienes no hace sino provocar injusticias de imposible reparación con la consiguiente desintegración del núcleo familiar, donde algunos de sus miembros, sino todos, quedan desamparados, resentidos por desprotección de

---

58. **Estados Unidos (excepto Lousiana), Inglaterra y Canadá.**

59. **OVSEJEVICH, *op.cit.*, p. 62.**

60. **"Si bien con la legítima el derecho de propiedad pierde algunas de sus características, ya que se limita la libertad de disponer mediante testamento, no podemos, por ello, cegarnos a una realidad palpable, en la que aquel derecho de propiedad surgió a la vida con privilegios absolutos, hoy en día ha venido a menos y no solo por la legítima sino también por criterios como el que alimenta el Derecho Agrario cuando se refiere a la función social de la propiedad que permita la mejor distribución y uso de los bienes. . .". BADILLA y otros, *op. cit.*, pág. 36.**

61. **"La legítima no pretende una limitación a la libertad de los padres sino a la libertad de testar que permite que el amor propio en la familia quede con contenido material no como requisito (formal).... para que aquel exista sino para que este sentimiento se amplíe; el padre conserva como disponible una parte de su patrimonio con lo cual puede ejercer aquellos privilegios de premiar o castigar a sus hijos de acuerdo a sus méritos mediante la figura de la mejora...". *Ibíd.*, pág. 36.**

62. **OVSEJEVICH, *op. cit.*, pág. 63.**

63. ***Ibíd.*, pág. 63.**

64. ***Ibíd.***

65. **Pues el causante escogerá como su heredero a quien mejor pueda conservar "el rango social de la familia". *Ibíd.***

66. ***Ibíd.***

67. ***Ibíd.***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la ley ante la disposición de los bienes que hace el causante, sin considerar, muchas veces, criterios de consanguinidad; bienes sobre los que, quizás, ellos pusieron todo su esfuerzo para su adquisición y mantenimiento.

B. Argumentos en favor de la legítima.

Igualmente utilizaremos criterios morales, sociales y políticos para sustentar los argumentos en favor de la legítima: El primero dice que ". . . el lazo de sangre existente entre personas de estrecho parentesco hace nacer obligaciones sancionadas por la ley, de tipo patrimonial, con el objeto de proteger la familia, tales como la de prestarse ayuda recíproca. . .".[68]

El social sostiene que ". . . la familia es el elemento primordial de la sociedad y que la agrupación de ellas forman la Nación".[69] Por tal razón, la familia necesita protección y ello se logra con la legítima. "También se estima el argumento de 'la participación de la familia en la formación del patrimonio' pues ocurre muy a menudo que los bienes de una familia se han conseguido gracias al esfuerzo de todos sus integrantes y no al de uno solo;. . . sería injusto que éste despojara a aquéllos de todos sus derechos".[70]

El criterio *político* dice que la legítima crea una igualdad en la distribución de la riqueza que es más acorde con la forma democrática de un Estado; pues el sistema de la libertad de testar, no hace sino, en muchos casos, mantener mayorazgos y con ellos latifundios sin provecho alguno para la sociedad toda.[71]

SECCIÓN III: NATURALEZA

Dos corrientes doctrinarias se han dado desde largo tiempo, entre los que consideran a la legítima como "pars bonorum" (parte de los bienes) y los que la consideran "pars hereditatis" (parte de la herencia).

El primero, que viene del Derecho romano, sostiene que aun cuando se renuncie a la herencia se conserva el derecho de la legítima.[72] Por el contrario, el segundo, que viene del Derecho germánico, sostiene la identificación entre dos derechos: el derecho hereditario y el derecho a la legítima.[73]

Enneccerus afirma que, evidentemente, siendo la legítima parte del valor total de la porción hereditaria legal, ella es una "pars hereditatis".[74]

Por otro lado, Zannoni nos dice: "En efecto, para fijar la legítima se atiende al valor de los bienes quedados por la muerte del testador (relictum) agregándose a su valor líquido el que tenían las donaciones (donatum) (artículo 3602)".[75]

"De allí que no pueden conceptuarse como cuota de la herencia, en sentido técnico, sino más bien, como cuota o porción de bienes, aun de aquellos que no pertenecían al causante al momento de la apertura de la sucesión que son computados a efectos de reducción cuando sobrepasen la porción disponible. . .".[76]

Por nuestra parte, consideramos que la legítima es "pars bonorum" por las siguientes razones: a) No se necesita de la transmisión heredita-

---

68. Ripert dice que la legítima es "... un compromiso entre el derecho individual y el derecho familiar...". Es "... una institución que se funda en el deber familiar". RIPERT Y BOULAGER. *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Ediciones La Ley, 2da. edición, Volumen I, Tomo X, 1965, pág. 211 y 215. Sartre se refiere a la legítima como "un deber ético", "es la idea de afficum pietatis". ROCA SARTRE (R.M.), *Naturaleza jurídica de la Legítima*, Madrid, T. XXVIII, enero-diciembre de 1984, pág. 179.

69. OVSEJEVICH, *op. cit.*, pág. 64.
"Un modo de satisfacción del interés familiar, no contradictorio del individual ni del social, porque sobre el individuo pesan deberes cuyo cumplimiento es inexcusable para el buen orden de la sociedad y esta ha de exigir y garantizar su cumplimiento, es la legítima". DE DIEGO (Clemente), *op. cit.*, pág. 190.

70. OVSEJEVICH, *op. cit.*, pág. 64.

71. *Ibid.*

72. Recordemos que en Roma predomina la corriente que considera a la legítima como "pars Bonorum". Ver supra Título I, Cap. Primero, Sección II. Ver BADILLA (Tobías) y otros, *op. cit.*, pág. 54.

73. La reserva germánica estaba constituida por bienes hereditarios y a su adquisición tenían derecho sólo quienes a la muerte del causante, investían el carácter de herederos. *Ibid.*, pág. 56.

74. ENNECCERUS (Ludwing), KIPP (Theodor) y WOLFF (Martín), *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, Editorial Casa Bosch, 2da. Edición, 1953, pág. 281.

75. BADILLA (Tobías) y otros, *op. cit.*, pág. 59-60.

76. *Ibid*, pág. 59-60.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ria para que haya legítima.[77] b) No es necesario que el legitimario sea heredero.[78] c) No es necesario que la legítima se integre con bienes hereditarios.[79]

SECCIÓN IV: SUJETOS DE LA LEGÍTIMA

A los sujetos de la legítima se les llama legitimarios. En cuanto a quiénes son legitimarios no es uniforme la doctrina y menos las diversas legislaciones que regulan el instituto. Para solo citar tres ejemplos vemos como la *legislación chilena* dispone en su artículo 1182 del Código Civil que "Son legitimarios: 1. Los hijos legítimos personalmente o representados por su descendencia legítima; 2. Los ascendientes legítimos; 3. Los hijos naturales personalmente o representados por su descendencia legítima; 4. Los padres naturales". El *Código Civil Suizo,* en su artículo 471 dice: "La reserva es: 1. Para un descendiente, de los tres cuartos de su derecho de sucesión; 2. Para el padre o la madre, de la mitad; 3. Para cada uno de los hermanos o hermanas, del cuarto; 4. Para el cónyuge de todo su derecho de sucesión en propiedad cuando concurre con herederos legales y de la mitad de ese derecho cuando es heredero único". Asimismo, el *Código Civil español,* en su artículo 807 dispone: "Son herederos forzosos: 1. Los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos; 2. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes legítimos respecto a sus hijos y descendientes legítimos; 3. El viudo o viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos, y el padre o madre de éstos, en la forma y medida que establezcan los artículos 834 a 842 y 846".[80]

Fundamentos de toda índole se han esgrimido a la hora de determinar quiénes deben ser considerados legitimarios. Una de estas razones ha sido la de ". . . la legítima se instituye en beneficio y protección de la familia" por lo que los legitimarios no deben ser otros que los integrantes de la "familia nuclear". . . donde, por regla general, las relaciones de afecto son más fuertes y por ende más puras".[81] Se define por "familia nuclear" aquella que "abarca una sola generación —padre, madre e hijo. . ."[82] por lo que el criterio esbozado responde a una realidad concreta. En caso de no existir ninguna de tales personas regirán las reglas de la representación o en su defecto la voluntad expresada por el testador, o, a falta de testamento, los otros herederos legítimos según las reglas de la sucesión intestada.

Necesario es entrar a considerar cuál es y debe ser la situación del concubino, a efecto de considerarle legitimario, pues en una realidad en que al

---

77. "Como ejemplo el caso en que un año antes de morir el causante beneficie a un extraño con una donación de $100.000 que comprende todos sus bienes presentes. Al fallecer no deja ni bienes ni deudas. Según el artículo 3602 el haber hereditario es de $ 100.000, habiendo descendientes legítimos, la porción legítimaria es de cuatro quintos, o sea $ 80.000, para su defensa ejercerán la acción de reducción contra el donatario. De ese modo no ha habido transmisión hereditaria, pues ni los bienes donados ni la acción de reducción integraba el patrimonio transmisible al fallecer el causante; además la donación era irrevocable respecto al donante. Entonces tenemos que no hay una pars hereditatis sino una pars donationis o sea una porción de los bienes de un extraño", OVSEJEVICH, *ob. cit.*, pág. 68.

78. "Por ejemplo el caso en que el causante deja a su hijo una finca en pago de la legítima, disponiendo para los restantes bienes, que se distribuyan entre sus dos hermanos. Al no instituir herederos no se puede aducir preterición, y así se establece la masa del artículo 3602 para saber si la finca, colma o no la legítima. Si ello es así deberá el hijo conformarse con el legado, sin que sea necesario tomar el título de heredero ab intestato. Y si no alcanzase a cubrir la porción legitimaria, tendrá derecho a utilizar la acción de complemento establecida por el artículo 3600, alegando su simple título de legitimario, sin tener que asumir la posición de heredero aceptante. *Ibíd.*

79. "Con un ejemplo aclara esta situación: el causante donó en vida a un hijo una finca valuada en $200.000, al fallecer deja tres hijos y sólo $100.000; de acuerdo con el artículo 3602 forman la masa $300.000, por lo cual el hijo donatario debe colacionar $60.000, pues la legítima es de $240.000 y la de cada hijo de $80.000. Esa acción la hará en dinero y no en el bien hereditario". *Ibíd.*

80. El Código Civil francés dispone en su artículo 913: "Las liberalidades, sea por actos entre vivos, sea por testamento, no pueden exceder la mitad de los bienes del disponente, si él sólo deja a su muerte un hijo legítimo; el tercio si deja dos hijos; el cuarto si deja tres o mayor número de hijos. "El artículo 914 dice: Las liberalidades, por actos entre vivos o por testamento, no pueden exceder la mitad de los bienes si en defecto de hijo, el difunto deja uno o más ascendientes en cada una de las líneas paterna y materna y los tres cuartos si sólo deja ascendientes en una línea". En defecto de ascendientes y descendientes el causante dispone libremente, de todos sus bienes (art. 916 Código Civil). El Código Civil brasileño dispone en su artículo 1576: "Habiendo herederos necesarios el testador sólo podrá disponer de la mitad de la herencia". Son herederos necesarios, según el artículo 1721: "El testador que tiene descendientes o ascendientes sucesibles, no puede disponer de más de la mitad de sus bienes; la otra pertenecerá de pleno derecho a sus descendientes de lo que constituye la legítima, según lo dispuesto en este Código. (Arts. 1603 a 1619 y 1723)". OVSEJEVICH, *op. cit.*, pág. 88.

81. BADILLA (Tobías), y otros, *op. cit.*, pág. 65.

82. PÉREZ VARGAS (Víctor), *Características de la familia costarricense,* San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, edición en mimeógrafo, s.f.e., p. 10.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lado de la "familia de Derecho" (donde los padres están unidos en matrimonio) existe una "familia de hecho", no puede obviarse la regulación legal de la misma. Existen legislaciones como la mejicana que, aun cuando basa su derecho sucesorio en el principio de la libre testamentifactio, impone obligaciones alimentarias al causante, en favor de ciertos parientes, incluyendo "a la mujer con quien el testador vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. La concubina sólo tendrá derecho a alimentos mientras observe buena conducta y no se case. Si fueran varias las concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos".[83] Consideramos que esta legislación, aparte de no admitir el instituto de la legítima, peca de omisa e injusta al no considerar sino con derecho a alimentos a la concubina, solamente, aparte de imponer como requisito para calificar a un matrimonio de hecho el que ambos concubinos " . . .hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. . .".[84] Ello es, a todas luces ir contra una realidad, donde alguno de los dos concubinos o ambos se han casado legalmente y por la imposibilidad de volverlo a hacer, se unen en concubinato como cualquier otra familia, sea como ". . . la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos emergentes de la relación intersexual y de filiación";[85] donde para catalogarse de "derecho" sólo haría falta el matrimonio, como vínculo *jurídico* entre hombre y mujer, pero que persigue igual fin: ". . .la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio".[86] En lo que respecta a la filiación no habría problema pues los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ". . . ser reconocidos por sus padres. . .".[87] De ahí que la "unión de hecho" o "concubinato", a efectos de encontrar tutela en el ordenamiento jurídico, deberá ser la que comprenda los siguientes elementos:

1) Voluntad o consentimiento libremente expresado de vivir juntos en un mismo hogar, salvo motivos indicados por la ley.
2) Capacidad de actuar y legitimación de ambos compañeros.
3) Permanencia, estabilidad, singularidad y publicidad de la unión, que no implica solemnidad alguna.[88]

Retomando criterios expuestos, consideramos que se deben tener como legitimarios los que integren la llamada "familia nuclear", o sea padres e hijos, independientemente de que aquella familia se base en el matrimonio o en la "relación de hecho" o "concubinato"; considerando para este último caso, lo expuesto arriba en cuanto a los elementos que le caracterizarán, y regulando la situación en que el causante conviviera con una persona pero estuviere casado legalmente con otra, o viceversa. Asimismo, para ser congruentes con los beneficios que reciben los padres del causante en la sucesión intestada, donde concurren con el consorte y los hijos, podría pensarse en la posibilidad de que éstos sean legitimarios, a falta de aquéllos.[89]

SECCIÓN V: INVIOLABILIDAD DE LA LEGÍTIMA Y SUS DEFENSAS

"Por inviolabilidad de la legítima debe entenderse que no puede el testador alterar sustancialmente la configuración jurídica de los bienes que forman parte de la legítima por vía de sucesión, y en otras palabras debe ser total y absolutamente prohibida cualquier carga o limitación que el causante intente poner".[90]

Al ser la legítima un derecho dado por ley, los legitimarios se hacen acreedores de defensas. Se pretende que sea intangible no sólo respecto a la disposición de la porción de la legítima sino también respecto a gravámenes o condiciones que se le impongan; disposiciones indirectas que la mayo-

83. OVSEJEVICH, *ob. cit.*, p. 88.
Ver DE PINA (Rafael), *Derecho civil mexicano*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1975, pp. 294-295.

84. BADILLA (Tobías), *ob. cit.*, p. 88.

85. ODIO BENITO (Elizabeth), Familia de Hecho, en *Revista Judicial, No. 8*, 1978, p. 27.

86. CÓDIGO DE FAMILIA, Ley 5476 de 21 de diciembre 1973, Costa Rica, artículo 11.

87. *Ídem*, artículo 84.

88. Ver ODIO BENITO, *ob. cit.*, p. 10.

89. BADILLA (Tobías), *ob. cit.*, p. 86.

90. *Ibíd*, pág. 35.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ría de las legislaciones que regulan el instituto en estudio han sostenido que son prohibidas y si se hacen "se tendrán por no escritas".[91] No obstante, es posible que la imposición de tales cargas y limitaciones se hayan dado sobre los bienes del causante en vida de éste y al pasar a los legitimarios, estos bienes están ". . . configurados jurídicamente con ciertas limitaciones".[92] Otro caso es cuando el causante impuso una carga sobre un bien comprendido en la legítima pero recompensa al legitimario con un legado o parte alícuota de su parte disponible, siempre que acepte aquel gravamen. Tal cláusula se conoce con el nombre de "cautela socini" y es permitida pues beneficia al legitimario quien si quiere no la acepta recibiendo la legítima pura y simplemente, sin el beneficio a otorgar.

Asimismo debemos sostener que la forma en que el padre hace efectivo el derecho a la legítima no implica violación a ella, siempre que no afecte la porción legítima, incluyendo el que la ley protege la cantidad antes que la calidad de los bienes.

La violación de la legítima en todo caso, va a tocar al juez determinarla ante el caso concreto que se ponga a su decisión.

Los siguientes son algunos casos concretos que han resuelto los tribunales uruguayos:

a) Si una cláusula testamentaria impone albacea para administrar y ocupar bienes de la legítima viola la legítima y se debe declarar nula.

b) La cláusula por medio de la cual el testador prohíbe que el padre del menor legitimario administre los bienes de éste es nula.

c) La cláusula en que se impone al legitimario la indivisión de sus bienes por un período de diez años o hasta que alcance la mayoría de edad es permitida por ley en protección de la familia y por ello no viola la legítima.

d) Carece de efectos la cláusula según la cual el testador impone el patrocinio de determinado abogado.

e) Carece de efectos la cláusula en la que se prohíbe que el cónyuge del legitimario administre los bienes de la legítima del legitimario.[93]

Cabe anotar que la legítima es dada por la ley no por la voluntad del testador, por lo que aquel derecho es personal ". . . en ejercicio del cual está autorizado (el legitimario) para atacar los actos del causante que la comprometan, aunque. . . sea el continuador y representante de su persona. . .".[94]

También hay violación de la legítima cuando se menoscaba por disposiciones gratuitas, sea inter vivos o mortis causa, entrando a actuar las acciones previstas de reducción y de complemento.

A. La Acción de Reducción.

La acción de reducción es ". . . el medio procesal para reintegrar la legítima cuando ésta ha sido lesionada".[95] La naturaleza jurídica de esta acción encuentra discusión en doctrina pues mientras la mayoría[96] opina que no es una acción de nulidad (pues al negocio jurídico de que se trate debe ser válido para que se verifique la lesión de la legítima), otros, como Laurent[97] sostienen lo contrario, es decir que toda donación sobre la porción legítima es nula. Otros sostienen que es una "acción resolutoria" o una "acción rescisoria" como Díez Picazo; no obstante para Messineo la acción de reducción ". . . es una acción personal de declaración de certeza. . . que exista lesión. . . (por lo que) la disposición. . . que la ha consumado

---

91. El artículo 3598 del Código Civil uruguayo dispone tal prohibición, como en el Derecho romano justinianeo existió pues antes de Justiniano aquellas cláusulas permitían atacarlas por la querella inoficiosa que hacía caer todo el testamento. OVSEJEVICH, *op. cit.*, pág. 68.

92. BADILLA y otros, *ob. cit.*, p. 137.

93. OVSEJEVICH, *ob. cit.*, pp. 69-70

94. *Ibid.*, p. 69.

95. BADILLA y otros, *ob. cit.*, p. 122.
"La sanction du droit de réserve est l'action en réduction, à l'aide de laquelle les héritiers réservataires peuvent re conquérir les biens dont le défunt a disposé a titre gratuit au dela des limites de sa quotité disponible". BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et COLIN (Maurice), *ob. cit.*, p. 323.

96. Entre ellos Barbero que dice que no es una acción de nulidad pues "... si los legitimarios renuncian o aunque solo sea no adopten la cautela del beneficio de inventario las disposiciones quedan firmes con todos los crismas de invalidez". BADILLA y otros, *ob. cit.*, p. 122.

97. Citado por ZANNONI en *Ibid*, p. 123.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

es en parte o en todo ineficaz"[98] y tal ineficacia sería relativa y sobreviniente.[99]

La acción de reducción supone, necesariamente, que se haya abierto la sucesión para saber si el caudal hereditario cubre la cuota de la legítima pues de lo contrario los legitimarios, que ya tendrían un derecho cierto, y que son los únicos con legitimación activa podrían exigir la reducción de los sujetos en favor de quienes se hicieron las liberalidades, pudiendo ser los donatarios, legatarios o herederos instituidos. Para el caso de que el donatario enajenó el bien dado debe procederse por la "acción de restitución" a recuperarle para luego intentar la acción de reducción directamente contra el sujeto beneficiado por el causante. La acción de reducción abarca no sólo las donaciones sino también los legados, o sea que es una acción que se intenta, en general, contra terceros, donatarios o legatarios y no contra legitimarios, pues contra ello lo que cabe es la colación. Sin embargo, si se hubiere hecho la donación a un legitimario, excediendo el monto de su legítima cabrá contra él la colación y, por allí, la reducción.

Para efectos de reducción se toman primero los legados, que son posteriores a las donaciones en vida y por ello estas últimas deben ser protegidas antes que aquéllos, considerando que las liberalidades más cercanas al momento de abrirse la sucesión son las que, eventualmente, afectaron la legítima, al sobrepasar la porción disponible. Luego, si no hubieren legados o existiendo ya se hubieren reducido y aún estuviere afectada la porción disponible, se debe proceder contra éstas, como apuntamos más arriba, empezando por la última hasta dejar intacta la legítima". . . en vista de que éstas fueron las que sobrepasaron la porción disponible y no las primeras, que fueron realizadas sin menoscabar la legítima".[100]

La acción de reducción no siempre puede ser utilizada como tal, sino que también podría plantearse por vía de excepción, "en el caso de que el legitimario considerando que el cumplimiento de las disposiciones testamentarias afectaría su legítima se niegue a entregar la cosa legada".[101]

Aun cuando existe discusión en doctrina en cuanto al término en que prescribe esta acción, estamos por el término de prescripción decenal, contado desde que se abre la sucesión y considerando al donatario poseedor de buena fe.

B. La Acción de Complemento.

Al testar, el causante pudo haber preterido a alguno o varios legitimarios o haber afectado su porción legítima. En el caso de la preterición gozará de la acción correspondiente, no así para el caso de la sola afectación de la legítima, pues para ello tendrá derecho a la acción de complemento de su legítima menoscabada.[102]

La acción de reducción y la de complemento son correlativas pues " . . .pedir el complemento equivale a pedir la reducción de las disposiciones testamentarias que afectan la legítima".[103] Sin embargo, tales acciones son diferentes en el tanto que " . . .la de complemento se otorga sólo al legitimario perjudicado que puede ser uno entre los varios con derecho a la legítima, en cambio la de reducción se concede a todos los legitimarios pues al exceder el causante la porción disponible afecta a todos por igual. . .".[104]

En breve, la acción de complemento se aplica cuando el legitimario recibe bienes del causante por cualquier título gratuito y ellos no alcanzan su legítima.[105]

SECCIÓN VI: IRRENUNCIABILIDAD DE LA LEGÍTIMA

En el antiguo Derecho francés para que los hijos varones recibieran la porción más grande del caudal hereditario, a las hijas se les hacía renunciar a su derecho sucesorio con anterioridad a la muerte del causante y para darle validez se le

98. Citado por ZANNONI, en *Ibíd.*, p. 125.

99. *Ibíd*, p. 125.

100. OVSEJEVICH, *ob. cit.*, p. 120.

101. *Ibíd*, p. 116.

102. Recordemos que la "actio completoria", en el Derecho romano, significó una restricción a la querella inoficiosa que implicaba la nulidad de todo el testamento.

103. *Ibíd.*, p. 116.

104. *Ibíd*, p. 116.

105. *Ibíd.*, pág. 116.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

hacía "jurar", lo que en el Derecho canónico era válido.[106] No es sino con la Revolución Francesa y sus ideales de igualdad ante ley que se dispone en el artículo 791 del Código Napoleón que es ". . . inválida esa renuncia. . . al declarar que ni aun en el contrato de matrimonio se podía renunciar a la sucesión de una persona viviente, ni enajenar los derechos eventuales que se pueda tener a esa sucesión".[107]

Sobre el por qué de aquella disposición hay diferencias marcadas, según sea que nos inclinamos por el sistema que asimila la legítima a la "pars hereditatis" a la "pars honorum". Así el primero ve como resultado necesario la prohibición de pactos sobre herencia futura pues se asimila la herencia y la legítima;[108] en cambio, el otro sistema sostiene que la existencia de aquella norma se justifica pues se piensa dar ". . . la misma solución que la de la herencia futura; si no hubieran caído en la esfera de la autonomía de la voluntad".[109] La renuncia de la legítima futura puede darse voluntariamente sea recibiendo o no un equivalente en valor. En este último caso no hay problema y la cláusula es inválida; en el primer caso, la regla ha sido que "el legitimario deberá traer a colación los valores que hubiese recibido por ese contrato o renuncia y aplicando los principios de la colación deberá devolverse el valor de los bienes y no la restitución en especie";[110] ". . . por lo que al hacerse la partición sufrirá en su porción el descuento correspondiente al valor que hubiera recibido".[111] Sin embargo, cuando los contratos se celebran entre legitimarios rigen los principios de la nulidad, por lo que procede la devolución de los bienes y sus frutos como poseedor de mala fe.

No obstante, en sistemas como el español y el argentino, se permite la renuncia a la legítima una vez abierta la sucesión.[112] En todo caso la renuncia no afecta, en ningún caso, la cuantía de la legítima, pues es inalterable.

SECCIÓN VII. LA PRETERICIÓN

Puede definirse la preterición como la omisión que hace el testador de un legitimario sin expresa y justificada desheredación; dicha omisión se daría aun en el caso de que habiéndose nombrado el legitimario en el respectivo testamento no se le dejó ningún patrimonio.

Se ha discutido ". . . si habrá preterición cuando el testador no menciona al heredero forzoso en el testamento pero en vida le hizo donaciones".[113] La doctrina española considera que lo que procede en tal caso es la "acción de complemento", mientras que la jurisprudencia ha dicho lo contrario, pues interpretan que el título por el que el testador puede dejar menos de la legítima al legitimario es el testamento que da lugar a la acción de complemento, y no siendo la donación título idóneo para ello no puede provocar sino la preterición misma.[114] El hecho de que exista preterición no despoja al legitimario de su legítima, pues al ser llamado por ley (y no por la sola voluntad del testador) siempre tendrá derecho a ella.

SECCIÓN VIII: DETERMINACIÓN DE LA LEGÍTIMA

A. La Porción Disponible.

Se define como la porción sobre la que el causante puede disponer libremente, instituyendo herederos o legatarios, a terceros extraños, a parientes de cualquier orden o a los propios le-

---

106. *Ibíd.*, pág. 70.

107. *Ibíd.*, pág. 70.

108. Ripert nos dice: "Debe extraerse una última consecuencia del carácter sucesorio de la legítima es la prohibición de las convenciones relativas a ella. En efecto, tales convenciones son nulas por constituir pactos sobre sucesión futura..." RIPERT y otros, *ob. cit.*, p. 222.
En nuestro Código Civil en su artículo 520 se prescribe: "... nada podrá estipularse sobre los derechos a la sucesión de una persona mientras esté viva, aunque ella consienta".

109. OVSEJEVICH, *ob. cit.*, p. 71.

110. *Ibíd.*, p. 71.

111. *Ibíd.*, p. 71.

112. " ... una vez que el causante ha muerto, puede repudiarse lo que le dejó, rechazar su legítima ...". ALBALADEJO (Manuel), *Instituciones de Derecho Civil*, Barcelona, Editorial Bosch, Segunda edición, T. I. II, 1944, p. 382.

113. BADILLA y otros, *ob. cit.*, p. 145.

114. *Ibíd.*, p. 97.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

gitimarios, lo que se tendría como "mejora" a la legítima de este último.

B. La Mejora.

Su origen está en el Derecho visigótico (reinado de Chindanvinto en el siglo VII) y es la Facultad que se le daba al testador para favorecer a uno o varios de sus herederos, con exclusión o en perjuicio de otro u otros, hasta cierto límite. Ya en las Partidas se le elimina, volviendo a aparecer en las Leyes de Toro, donde se permite que el padre tome de la porción indisponible un tercio para "mejorar" a uno o varios hijos, aun cuando fueron legitimarios. En nuestro derecho, el Código General de Carrillo regula la figura, disponiendo que toda donación u otra liberalidad debe hacerse en forma expresa, pues de lo contrario se presume parte de la legítima.

En el sistema español se puede hablar de dos tipos de legítima pues si del tercio del patrimonio que se le da al padre para mejorar —siendo reservado un tercio como legítima— éste no hace uso, todo (los dos tercios) se reputan como legítima y según sea que haya mejora o no, se hablará de legítima larga o corta. En otras palabras, la mejora se toma de un tercio de los dos que componen la legítima. Por el contrario, otras legislaciones reputan la mejora a la parte disponible, considerándolo así más justo para todos los legitimarios.[115] Otras legislaciones, como la italiana, francesa y alemana, no regulan esta figura, pues se considera que la legítima no puede distribuirse desigualmente por voluntad del testador; cosa distinta se presenta con la porción disponible pues el testador puede repartirla —llámesele mejora o no— en la forma que quiera, incluso en beneficio de algún o algunos legitimarios.

C. Cálculo de la Legítima.

Para efectos de hacer uso de la "acción de reducción" es importante saber determinar la porción de la legítima.

Para el cálculo de la legítima se siguen estos pasos:

a) Se determinan los bienes sucesorios, restándosele luego las deudas dejadas por el causante ("relictum" menos "debitum").

b) Al resultado obtenido de la anterior operación se le suman las donaciones realizadas en vida por el causante (relictum menos debitum mas donatum).

c) Obtenido el anterior resultado se determinará la porción de legítima y con ello la porción disponible, lo cual varía según calidad y cantidad de herederos, en uno y otra legislación.[116]

Aparte, a veces no hará falta tomar en cuenta las donaciones, pues bastará el "relictum" para el pago de la legítima. Es necesario aclarar que se consideran a los efectos de calcular la legítima solamente las donaciones y no las enajenaciones hechas a título oneroso, dada la libertad de disposición y transformación que en este sentido tiene todo propietario respecto a sus bienes. Hay que indicar que las donaciones se consideran a efectos de reducción en forma cronológica, empezando por la primera donación hasta la última (la más vieja), si fuera necesario, para completar la porción de la legítima no sin antes haberse reducido los legados. Importante sí sería determinar un período de prescripción ordinaria para la resolución de una donación en aras del principio de seguridad jurídica.

A continuación examinaremos cada una de las partes que conllevan al cálculo de la legítima.

1. *Determinación de los bienes dejados al abrirse la sucesión.*

a) Bienes que conforman la masa legitimaria.

Forman la masa legitimaria todos los bienes que estaban en el patrimonio al fallecer. En ese sentido la forman todos los bienes, cualquiera sea su origen o naturaleza, apreciables en dinero, hayan sido o no dispuestos en testamento. Por ello, deberíamos, más bien, indicar los bienes y derechos que se excluyen de aquella masa, a efectos de determinarla; como sería los derechos personalísimos y algunos otros derechos que se excluyen variando ello de una legislación a otra (v. gr.: créditos incobrables, créditos condicionales, bienes reservables, etc.).

2. *Deducción de las deudas.*

Para calcular el valor líquido de los bienes totales que sumadas las donaciones, servirán para la

115. BADILLA y otros, *ob. cit.*, p. 183.

116. "... el valor de los bienes que queden a la muerte del causante ha de restársele las deudas y cargas de la herencia y al resultado sumar las donaciones hechas en vida. Así se tiene la masa en la que participará por su derecho el legitimado en la proporción ordenada por la ley y es evidente que participa en el activo, no en el pasivo hereditario". DÍEZ PICAZO (Luis) y GULLÓN (Antonio), *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Editorial Tecnos, Tercera edición, T. IV, 1983, p. 568. BADILLA y otros, *ob. cit.*, p. 89.
"... Es importante hacer notar en seguida que las operaciones antedichas deben ser ejecutadas precisamente en el orden indicado, o sea, que el *debitum* debe ser sustraído del *relictum* antes de agregarle el *donatum*". BARBERO, *ob, cit.*, p. 220.
"... el llamado *donatum* no se le toma materialmente —porque está ya fuera del patrimonio— sino que se lo reúne ficticiamente, según el valor de los bienes a la apertura de la sucesión ...". *Ibíd.*, p. 221.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

determinación de la legítima, se debe hacer deducción de las deudas, siendo, en principios, todas las que constituyen gravamen sobre los bienes del causante al abrirse la sucesión y cuando se hayan probado, sin duda alguna.

3. Avalúo de los bienes.

El valor de los bienes hereditarios se calculan al día de abrirse la sucesión y se fija judicialmente por los trámites indicados dentro del proceso sucesorio, previo avalúo realizado por el perito nombrado al efecto.

4. Legados y Donaciones.

Efectuado el avalúo de los bienes y fijado judicialmente, habiéndose hecho el pago de todas las deudas, se van sumando cronológicamente de la más nueva a la más vieja, las donaciones que en vida realizó el causante, a fin de determinar la masa legitimaria. Cabe, sin embargo, apuntar que antes de reducir las donaciones se debe proceder contra los legados, pues se consideran que son liberalidades más cercanas al abrirse la sucesión y, eventualmente, afectaron la porción legítima.[117]

No se consideran las enajenaciones a título oneroso, por las razones apuntadas arriba (Capítulo III, Sección VII, C). Sin embargo, caso de simulación, se podrá usar la acción de nulidad, no así la de reducción, por improcedente.

Las donaciones que se hacen a favor de terceros son de mayor importancia a efectos de la fijación de la masa legitimaria (sujetas a reducción) pues las hechas a los mismos legitimarios estarán sujetas a colación.

Debe anotarse que algunas legislaciones, como la uruguaya, dispone, en su legislación civil, que el valor del bien donado debe hacerse considerando el valor que tenían al momento de la donación, lo cual no es justo para los legitimarios, en tratándose de bienes donados cuyo valor, cada día, va en aumento, como es el caso más común de donación de bienes inmuebles o de algunos bienes muebles, pues, depende de ello, la porción indispensable o legítima será mayor o menor, según aquel avalúo. Por ello el valor a considerar para los bienes donados deberían ser al momento de abrirse la sucesión, sea que los bienes aumentarán su valor o resultarán depreciados.

Respecto a las donaciones, hemos de considerar por último que algunas legislaciones presumen "juris el de jure" que ciertos contratos onerosos realizados entre el causante y un legitimario con reserva de usufructo o renta vitalicia, no son sino donaciones disfrazadas y se reputan como donación, a efectos de calcular la legítima, estando sujetas a la acción de reducción y a la colación por el valor de los bienes.

D. Cuantía de la Legítima.

En el patrimonio total dejado por una persona al abrirse la sucesión podemos distinguir dos partes o porciones: la disponible y la indisponible. Esta última es la que constituye la legítima. No obstante, el testador podría disponer de ella si lo hace sólo a favor de los legitimarios, en la porción que por ley le corresponde a cada uno. Y sobre la segunda, también podría disponer libremente, incluso a favor de sus legitimarios. Caso de no disponer el causante de esta parte, entran a jugar las reglas de la sucesión legítima.

En la actualidad sólo la Unión Soviética tiene un sistema de legítima con reserva sobre toda la herencia, pero con distribución libre, considerándose que sólo los descendientes directos y el cónyuge pueden heredar, con excepción de personas inútiles y sin trabajo que el causante alimentó desde un año antes de morir (art. 418 Código Civil soviético).

El resto de los países del orbe que tienen un sistema de legítima hereditaria la tienen con reserva sobre una parte de la herencia, variando en uno y otro en cuanto al "cuantum" de ella, así como de la cantidad y calidad de legitimarios. Ejemplos de unos y otros dimos en este capítulo, sección IV.

Por último debemos anotar que la cuota a recibir por cada legitimario es variable pues lo único fijo es el monto de legítima, dependiendo aquélla del número de legitimario y de la cantidad del patrimonio (movilidad de la cuota).[118]

E. Pago de la Legítima.

Repetidas veces hemos dicho que la regulación que de la legítima se hace varía de una legislación u ordenamiento jurídico de un país a otro y entre ello tenemos la forma del pago de la legítima.

Como ejemplo, la legislación francesa ". . . concibe a la legítima como un derecho en especie y no en valor y en consecuencia la sucesión debe componerse de los bienes que están o deberían estar dentro del patrimonio del de cuius. . .".[119] En

117. Ver supra Sección IV, Cap. III, Aparte A.

118. BADILLA y otros, *ob. cit.*, p. 120.

119. *Ibíd.*, p. 112.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tal sentido, en caso de que procediera la reducción contra un legado o donación hecha, no recibirían los legitimarios su equivalente pecuniario sino los mismos bienes legados o donados.

En el sistema italiano el ". . . principio. . . es que si los bienes están sin ninguna disposición será el pago en especie. . . Si sobre los bienes hay algún legado o donación y para pagar la legítima van a ser reducidos en forma total, su valor, en este caso también se pagará en especie. . . Si la reducción al legado o a la donación(es). . . sólo parcial. . . (se estará). . . al valor de la reducción. . . Si el donatario o legatario también es legitimario puede conservar el bien si es de igual o menor valor de lo que a él corresponda como legítima; si el bien vale más debe reintegrar el exceso en dinero con lo que a unos se les pagará en especie y a otros en valor. . . Si el donatario ha enajenado el bien a un tercero deben los legitimarios interponer acción de reducción contra el donatario y obtenida ésta deben accionar la restitución contra el tercero y a este tercero se le otorga un derecho de opción pudiendo pagarse la legítima en especie o en valor".[120]

El sistema de pago que sigue el Código Civil alemán es el de que la legítima resulta ". . . sobre la mitad del valor dinerario de la porción hereditaria legal",[121] lo cual a nuestra consideración es el más acertado, pues evitará discusiones y facilita el determinar el relictum y por ende la parte legítima.

SECCIÓN IX: LA DESHEREDACIÓN.[122]

Se ha definido la desheredación como ". . . una disposición testamentaria por virtud de la cual se priva a un heredero forzoso o legitimario de su derecho de legítima en virtud de alguna de las causas que expresa la ley".[123]

Para que opere la desheredación es necesario que se den los siguientes requisitos:

a) Ser expresada en testamento.
b) La causa de ella debe existir al otorgarse el testamento y debe ser de las señaladas por la ley como tal.
c) Debe ser sobre la totalidad de la legítima.

Los legitimados para intentar la acción de desheredación son los legitimarios, quienes son los beneficiados al declararse la desheredación pues aumenta el cuantum de su porción legítima, siempre que no sea el caso en que opera la representación.

En todo caso, es posible que la desheredación no se declare si el legitimario probare que el causante le perdonó el agravio.

Las causales de desheredación varían de la legislación de un país a la de otro y según el tiempo en que la ley que las previó fue promulgada. Entre muchas otras causales podemos mencionar:

a) Que el legitimario haya negado alimentos o protección al causante.
b) Que el legitimario haya maltratado de obra o palabra o atentado contra la vida del causante.
c) Que el legitimario haya incumplido con los deberes conyugales.
d) Que el legitimario haya presionado al testador para sacar provecho del testamento.
e) Que el legitimario hubiere perdido la patria potestad del causante.
f) Que la legitimaria ejerza la prostitución.
g) Que el legitimario hubiere sido condenado por delito doloso cometido en agravio del causante o de sus familiares cercanos como cónyuge, padres e hijos.
h) Los que empleen dolo o violencia para impedir al causante que otorgue testamento para obligarle a hacerlo o para que revoque total o parcialmente el otorgado.
i) Etc.[124]

Algunas legislaciones, sin embargo, no regulan la figura de la desheredación, pero sí la de la indignidad, cuyas causales son parecidas o iguales a las de primera.[125]

"La indignidad puesto que es ineptitud para suceder al causante que sea, excluye de su sucesión sea ésta intestada o testada y de sucederle lo mismo al título de herencia que de legado. Y puesto que el indigno no puede suceder, pierde también el derecho a legítima que tuviese contra el causante, ya que tal derecho se concede para que

120. *Ibíd.*, p. 115-116.

121. *Ibíd.*, p. 117.

122. También podemos hablar de "exheredación" o "Privación de legítima".

123. Ya el Código General de Carrillo, de 1841, definía el instituto como " ... el acto por el cual se excluye de la herencia con justa causa a algún heredero forzoso".

124. BADILLA y otros, *ob. cit.*, pág. 159.

125. Ver *Código Civil Italiano*, art. 463 a 466.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el legitimario, cuando sea apto para sucederle suceda al causante aunque éste no quiera".[126]

SECCIÓN X. LA REPRESENTACIÓN.

Criticamos el término "representación que se le da a esta figura, pues la misma no es sino la sustitución de una persona que no puede o no quiere recibir la herencia, por otra, sea por voluntad expresa del testador o de la ley.

La forma que se regula esta figura en distintos ordenamientos jurídicos variará en uno y otro. Sin embargo, es importante que se prevea ésta cuando opere la legítima hereditaria y que entren los descendientes directos a representar al legitimario, que no puede (caso de premoriencia o de indignidad) o no quiere (caso de repudio) recibir su legítima.[127]

TÍTULO SEGUNDO

DERECHO SUCESORIO COSTARRICENSE: NECESIDAD DE UNA REFORMA SUSTANCIAL A NUESTRO CÓDIGO CIVIL

Hay, fundamentalmente, dos sistemas legales que han tomado los distintos ordenamientos jurídicos para organizar y regular la sucesión mortis causa: el de la sucesión basada en la voluntad expresa del causante, por medio del testamento y el de la sucesión basada en un imperativo legal en cuanto limita la libertad para testar que tiene una persona al disponer de todos sus bienes y derechos a su muerte. No obstante, en defecto de testamento, la ley es la que hace el llamamiento de los herederos legítimos a la herencia, donde la propiedad y la familia ". . .son los ejes a cuyo alrededor gira la organización positiva de la sucesión intestada. . .".[128] En otras palabras, se otorga ". . .preferencia a los llamamientos hechos por el propio testador. . . sin perjuicio, no obstante, de los derechos de la familia y del Estado. . . pero en defecto total o parcial de esos llamamientos entran los de la ley, no hechos al azar y por capricho sino a favor de las personas ligadas por el difunto, por el deber de familia o de ciudadanía. . .".[129] En ese sentido "la sucesión intestada no representa ni la voluntad presunta del finado ni la interpretación de sus afectos, aunque en algún caso, o en la mayoría de ellas, puedan serlo de hecho. . .".[130]

CAPÍTULO PRIMERO
DEL DERECHO SUCESORIO COSTARRICENSE: CRÍTICAS A UN SISTEMA BASADO EN LA ABSOLUTA LIBERTAD DE TESTAR

Nuestro Código Civil, en su título XI regula la forma en que a la muerte de una persona se transmitirán o sucederán todos sus bienes, derechos y obligaciones a otra u otras, basando todo el sistema sucesorio en el principio de la "libre testamentifactio" que se define como el derecho que tiene toda persona, en nuestro país, de disponer por testamento de sus bienes en la forma y modo que quiera, siempre que lo haga con apego a las regulaciones y demás disposiciones legales. Dicho principio viene consagrado en el artículo 522 de nuestro actual Código Civil que dice: "La sucesión

---

126. BADILLA y otros, *ob. cit.*, p. 165. ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 544.

127. Ver VARGAS CAVALLINI (Marco Antonio), *Estudio de Derecho Comparado del instituto de la representación en el Derecho Sucesorio de algunos ordenamientos jurídicos latinoamericanos*, San José, Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1987, pág. 79 y ss.
Asimismo, RODRÍGUEZ MUÑOZ (Loretta), *La representación en el Derecho Sucesorio*, San José, Tesis de grado para optar al título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, U.C.R., 1982.

128. DE DIEGO, *op. cit.*, pág. 288.

129. *Ibíd*, pág. 289.

130. *Ibíd*, pág. 288.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

se defiere por la voluntad del hombre legalmente manifiesta; y a falta de ella, por disposición de la ley".

Si retomamos de nuestra historia patria antecedentes de regulación de la sucesión mortis causa nos encontraremos con un sistema sucesorio que, desde la colonia hasta la promulgación de la pasajera "Ley de sucesiones de 1881", estuvo regido por la transmisión forzosa que de los bienes, derechos y obligaciones de una persona a su muerte se haría a favor de otras. Recordemos que aun cuando en la redacción del primer Código Civil (el de 1841) es notoria la influencia del Código Napoleón y la doctrina francesa, no es sino la legislación española de la que directamente se echa mano al regular la materia sucesoria. Desde la época colonial la legislación española más que influir fue aplicada en todos los territorios colonizados; incluso fue aplicada más allá de la independencia nuestra en 1821, pues no es sino en 1841, con el Código General, que tendremos nuestra propia legislación civil, penal y procesal. En este Código se regula la forma en que se sucederá mortis causa, disponiendo que se puede testar pero limitado en dos terceras partes de un quinto si habían descendientes y de dos terceras partes de un tercio si no existieran descendientes pero sí ascendientes, reservando para los descendientes las cuatro quintas partes de los bienes y si sólo ascendientes habían correspondía los dos tercios del capital; asimismo entre la parte disponible y la indisponible tocaba, según el caso de que hubiere descendientes o ascendientes, en forma excluyente, una tercera parte del tercio o un tercio del quinto restante a favor del tesoro de enseñanza, por medio de un legado. En la sucesión intestada se defería la herencia entre los hijos legítimos en primer orden, los naturales en segundo, los adoptivos en tercero, los colaterales hasta el cuarto grado, en cuarto y después de éste se da una tercera parte de los bienes del causante al cónyuge supérstite. Todos estos órdenes se repelen unos a otros. Si la viuda no tenía bienes propios, y el cónyuge no le había dejado para vivir bien tenía derecho a una cuarta de la herencia que fue lo que se llamó la "cuarta marital". Por último, a falta de los anteriores parientes y cónyuge, heredaba el Estado.

Don Alberto Brenes Córdoba critica ". . .el anterior arreglo a la sucesión. . . (pues) se inspiraba en el antiguo concepto de que el patrimonio más bien pertenecía a la familia que al causante, a pesar de tener éste en vida la libre disposición de los bienes; concepto —agrega— a todas luces falso y fecundo en deplorables resultados".[131]

Este sistema fue duramente atacado por don Alberto Brenes quien dijo:

> "El derecho para disponer libremente de nuestro caudal en el curso de la existencia, es uno de los más preciados y esenciales atributos de la propiedad. Privarnos de él en el momento solemne en que previendo nuestro fallecimiento, nos replegamos dentro de nosotros mismos, tomamos en cuenta nuestra particular situación, los recursos de que disponemos, las necesidades de las personas cuya suerte nos interesa, su condición, estado y demás especiales circunstancias, para hacer el reparto de los bienes como lo aconsejan el afecto, la prudencia y la justicia, es, ciertamente, al par que notoria inconsecuencia, atentar contra una facultad necesaria, indudable, que el derecho especulativo reconoce y fundamenta".[132]

Del mismo modo continúa diciendo don Alberto:

> "La herencia forzosa relaja los vínculos morales de la familia, al establecer cierto antagonismo entre la libertad del padre para disponer de lo suyo en todo tiempo y el interés de los hijos, quienes miran con desagrado y como un ataque a sus derechos, cuanto tienda a disminuir el caudal de su progenitor. . . los herederos forzosos no sienten la necesidad de aplicarse al trabajo para crearse una posición desahogada, desde luego que cuentan con los bienes de su padre, que necesariamente han de llegar a sus manos algún día".[133]

Como las anteriores críticas que del Código General de 1841 hace don Alberto Brenes Córdoba hacia mil novecientos seis, parecidos argumentos ya se habían manifestado hacia mil ochocientos ochenta y uno en la exposición de motivos del Proyecto de Ley de Sucesiones que envía el Poder Ejecutivo al Congreso:

> ". . .asegurar a los hijos. . .la mayor parte de la fortuna de sus padres. . . es exagerar las legítimas aspiraciones de aquéllos, adormecerlos, muchas veces por falta de estímulo en la época de la existencia en que son más propios los viriles arranques, para labrarse cada cual por sí el bienestar que apetece; desapoderar al padre de un justo influjo sobre la suerte de su familia, amenguando su autoridad natural; y después de todo, introducirse más de lo que conviene

131. BRENES CÓRDOBA, **Tratado de los Bienes**, *op. cit.*, **pág. 283.**

132. BRENES CÓRDOBA, **Tratado de los Bienes**, *op. cit.*, **pág. 283.**

133. *Ibíd*, **págs. 283-284.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

> en el sagrado de la propiedad, una de cuyas facultades esenciales es la de disponer testamentariamente de lo que nos pertenece. . .".[134]

Fue así que, con estos argumentos, se derogó en el título "De las sucesiones" del Código General de Carrillo y en su lugar se promulgó, en 1881 la "Ley de sucesiones" sosteniéndose que ella era acorde ". . .a los modernos adelantos, al verdadero desarrollo que debe tener el principio de propiedad y al movimiento liberal que se nota de una manera muy marcada en el último tercio del siglo. . .".[135] Con esta ley el sistema sucesorio costarricense comienza a sentar las bases de un sistema que tiene como principio la libertad de disponer por testamento de todos los bienes y derechos a favor de la persona o personas que mejor le parezca al testador.

Efectivamente, con la ley de sucesiones se da un sistema que don Alberto califica como "mucho mejor" y que dispone en su artículo 21: "Toda persona que esté en la plena posesión de sus derechos civiles puede disponer libremente de sus bienes por acto de última voluntad. . .".[136] No obstante, ese mismo artículo hace varias "reservas" en cuanto a "alimentos" que debe el testador asegurar en favor de sus hijos, sus padres y consorte. Respecto a los hijos debía ". . .dejarles cantidad bastante para su subsistencia hasta la mayoridad y para la adquisición de la enseñanza primaria elemental: a los varones deben dejarles además lo necesario para el aprendizaje de un arte u oficio; y dotar con cantidad equivalente a cada una de las hijas, a menos que en la educación de ellas se haya invertido igual o mayor suma: deben asegurar asimismo la subsistencia del hijo o hijos inválidos que tuvieren".[137]

Asimismo si no tuvieren hijos o teniéndolos no les instituyeren como herederos, deberán ". . .asegurar la subsistencia de sus padres o de su madre, según el caso. . . (y) teniendo hijos y nombrándolos herederos, no podrán excusarse de esa obligación, sino legando a cada uno de sus padres porción equivalente a la que debe tomar de la herencia cada uno de los hijos".[138] Al cónyuge sobreviviente se le garantiza su "subsistencia" ". . .a menos que éste tenga bienes propios o gananciales que basten para ello. . .".[139]

Con esas reservas, en opinión de don Alberto Brenes ". . .exageró (el legislador) tanto las obligaciones del causante, que de modo indirecto limitó no poco la libre testamentifacción que vivamente deseaba implantar en Costa Rica".[140] Sin embargo, opinamos que lo que hizo el legislador del ochocientos ochenta y uno fue regular el aspecto de alimentos a que está obligado el testador respecto de sus familiares, más o menos cercanos, —constituyéndose en acreedores alimentarios con privilegio en el cobro—, mas no reguló, en modo alguno, el instituto de la legítima hereditaria, como sí se hizo en el Código de 1841. No en vano dice Ripert:

> "Hay un vínculo entre la legítima y la obligación alimentaria. Ambas sólo existen en favor de los parientes en línea directa y, como la legítima, la obligación alimentaria se relaciona con la noción de deber de familia. Sin embargo no debería verse en la legítima una transformación de la obligación alimentaria que el de cuius' tenía en vida para sus parientes en línea directa. La obligación alimentaria supone que un pariente esté en la necesidad. Ahora bien para la atribución de la legítima no se tiene para nada en cuenta la situación de la fortuna de los herederos. Además es posible ser acreedor de alimentos sin venir a la sucesión del deudor en calidad de heredero forzoso. . .".[141]

Así, con esa ley, se instaura el sistema de sucesión mortis causa basado en la libertad de testar, que, a criterio de la Secretaría de Justicia, en comunicación que hace al Congreso, el primero de febrero de mil ochocientos ochenta y uno, ". . .se reconocen todos los legítimos fueros a la propiedad; la autoridad moral del padre de familia se afirma y la educación pública a que tanto contribuyen las leyes se penetra de un individualismo sano que

---

134. BADILLA (Tobías) y otros, *op. cit.*, pág. 33.

135. *Ibíd.*, pág. 48.

136. BARTH VARGAS (Clarencio) *Sucesiones*, Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1946, pág. 9.

137. *Ibíd.*, pág. 10.

138. *Ibíd*, pág. 10.

139. *Ibíd*, pág. 11.

140. BRENES CÓRDOBA, Tratado de los Bienes, *op. cit.*, pág. 285.

141. RIPERT, *op. cit.*, págs. 229, 230.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

hace que cada hombre lo espere todo de su labor personal. . .".[142]

Esta ley estuvo vigente pocos años hasta que se promulga el actual Código Civil de mil ochocientos ochenta y seis que, como dije arriba, prescribe como principio rector de nuestro sistema sucesorio la "libre testamentifactio"; este Código, en opinión de don Alberto, ". . .si bien se conformó con la doctrina legal consignada en la ley de sucesiones, diole un desarrollo más amplio y regular. . .".[143]

Nuestro Código Civil regula tanto la sucesión testamentaria, como la intestada, ésta en defecto (total o parcial) de aquélla.

El profesor don Francisco Luis Vargas, en su "Manual de Derecho Sucesorio Costarricense" sostiene que la libertad de testar en Costa Rica no es un principio absoluto, pues la misma se encuentra limitada al existir restricciones legales como la obligación alimentaria para el testador (595 Código Civil) las gananciales (art. 41 Código de Familia) y la cuarta falcidia que la identifica en el artículo 612 del Código Civil.[144] De igual manera, los licenciados Marta Barahona y Rafael Oreamuno, en su tesis de grado titulaba "La libertad de testar en Costa Rica", hablan de "derogaciones al Principio"[145] pues sostienen que ". . .el legislador ha establecido una serie de limitaciones a la capacidad de recibir por testamento y consecuentemente, a la libertad de testar";[146] asimismo dice que "existen personas a las cuales la ley prohíbe otorgar el acto jurídico testamentario, limitándose en ese tanto la capacidad de actuar".[147] En otra parte de su tesis se refieren a "limitaciones de carácter objetivo; por ejemplo —añaden— las establecidas en materia agraria con la finalidad de evitar la indivisión excesiva de la tierra y la contenida en el artículo 612 del Código Civil que establece la prohibición de disponer de todo el patrimonio en forma de legados en perjuicio de acreedores del causante".[148] Luego se refieren a "Restricciones directas en cuanto a la familia", concluyendo: a) ". . . que el patrimonio familiar debe constituir una verdadera limitación a la libre testamentifacción",[149] b) Que las "gananciales", en el artículo 41 del Código de Familia, "impone una limitación a la libre disposición de los bienes por acto mortis causa. . .",[150] c) Que ". . .El legislador ha impuesto una limitación expresa a esta libertad en la disposición contenida en el artículo 595 del Código Civil. . .".[151] d) "La irrevocabilidad de las disposiciones no patrimoniales constituye una verdadera limitación a la autonomía de la voluntad y por ende a la libre testamentifacción".[152] En igual sentido, las licenciadas Blanco Vargas, Borloz Soto y Murillo Arias, en su tesis de grado titulada "El Testamento", sostienen que "nuestro sistema se conforma fundamentalmente con los rasgos de la libre testamentifacción puesto que se puede disponer del patrimonio en su conjunto, a favor de quien se desee; existiendo sin embargo algunas limitaciones dadas por ley"[153] y dichas limitaciones consideran que son: a) la obligación alimentaria y b) las gananciales. Aquéllas basan este punto de su estudio, fundamentalmente, sobre el criterio expresado del Dr. Vargas Soto sobre el tema, no sin dar sus propios aportes.

Las posiciones que toman los anteriores autores no la compartimos, pues, como lo probaremos, no puede hablarse de una limitación a la libertad

---

142. BADILLA y otros, *op. cit.*, pág. 49.

143. BRENES CÓRDOBA, Tratado de los Bienes, *op. cit.*, pág. 286.

144. VARGAS SOTO (Francisco Luis) *Manual de Derecho Sucesorio Costarricense*, San José, S.N.E., 1981, páginas 125-141.

145. BARAHONA MELGAR (Marta) y OREAMUNO BLANCO (Rafael), *La Libertad de testar en Costa Rica*, Tesis de grado para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1982, pág. 132.

146. *Ibíd*, pág. 133.

147. *Ibíd*, pág. 189.

148. *Ibíd*, pág. 133.

149. *Ibíd.*, pág. 189.

150. *Ibíd*, pág. 194.

151. *Ibíd*, pág. 203.

152. *Ibíd*, pág. 229.

153. BLANCO VARGAS (Maritza) y otros, *El Testamento*, San José, Tesis de grado para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1982.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de testar, desde el punto de vista técnico-legal, sino sólo en aquel caso en que el legislador ha regulado la legítima hereditaria pues aquí el testador no puede disponer de una parte de su patrimonio (incluso por sucesión inter vivos como la donación) pues la misma corresponde a la o las personas que la ley llama como legitimarios, indistintamente, sin considerar si necesita o no lo que recibe por este título, aun cuando tiene todo el derecho de renunciar a ella luego de abierta la sucesión y con la excepción de que se disponga de esa parte de legítima en favor de aquellos mismos llamados por ley. Y en la eventualidad de que el testador transgreda la ley, el legitimario tendrá las acciones que la misma ley les concede (la acción de reducción y la de complemento) a fin de que se declare la lesión de la legítima y se reintegre la cuota de legitimario.

No consideramos que exista limitación alguna en aquellos casos pues si bien el ejercicio de algunos de los derechos que allí se indican como limitantes, hacen algunas veces que la cuota del heredero o del legatario sea menor o que, incluso muchas veces absorba todo el caudal hereditario, como en el caso del acreedor alimentario (Artículo 595 Código Civil), no por ello constituye limitación o restricción legal que otorgue en caso de violación ciertas acciones que haga caer el testamento o que, por ser intangibles, se le otorgue al interesado las defensas necesarias para atacar la lesión sufrida a su cuota; en fin, que sean tales aquellas limitaciones que el lesionado haga recaer una acción contra el donatario a fin de reducir y complementar la cuota lesionada. También, los licenciados Barahona y Oreamuno creen detectar limitaciones a la libertad de testar en una serie de regulaciones que la ley indica como requisitos al otorgamiento de testamento, como es la misma "capacidad para testar", señalando, asimismo, que ". . .el legislador ha establecido una serie de limitaciones a la capacidad de recibir por testamento y, consecuentemente, a la libertad de testar".[154]

Los autores arriba citados, sostienen que la disposición del artículo 595 del Código Civil es ". . .una limitación expresa a esta libertad. . ."[155] sosteniendo que el legislador ha creído ". . .conveniente que el testador no desatienda sus obligaciones en favor de aquellas personas a las que debe alimentos, disponiendo todos sus bienes sin reservar una parte con ese fin. Se justifica esta limitación —concluyen Barahona y Oreamuno— por constituir la obligación alimentaria, realmente, un deber moral, al mismo tiempo que una obligación jurídica".[156] Ello es pacialmente cierto en tanto que el legislador otorga a ciertos parientes del causante —según determinadas circunstancias— un crédito contra la sucesión y no una defensa contra la disposición que de sus bienes hizo el de cuius, sin que haya dejado ". . .asegurados los alimentos. . .".[157]

En uno u otro caso no creemos que sean tales las limitaciones pues, con ese mismo razonamiento, y dado que el derecho regula la actividad humana en sociedad, no encontraríamos un concepto puro de libertad. En aquel sentido, deberíamos pensar lo mismo cuando el legislador reguló las formalidades requeridas para hacer un testamento, pues sería limitante que una persona, sea cual sea la edad y sea cual sea las personas que quiera instituir como sus sucesores, no pudiere hacer el testamento como quiera, sin solemnidad alguna. Esa postura, sin duda, no soporta la crítica. Se está hablando de libertad en su sentido más amplio, más allá de las fronteras del derecho; mas si nos centramos en la libertad de testar como libertad de disponer entenderemos que en Costa Rica es absoluta. Y es que en todo ordenamiento jurídico que base su sistema sucesorio en la libertad de testar habrá siempre acreedores (entre ellos los alimentarios) que cobrarán su crédito contra los bienes de la sucesión y no es sino de lo que sobra —si es que sobra— cuando el consorte tomará sus gananciales y los sucesores la parte que les correspondía, en este orden.

Esta disposición del Código Civil recuerda la disposición contenida en los artículos 21 y 25 de la Ley de Sucesiones de 1881, base, sin duda, de la regulación de la materia sucesoria de nuestro Código Civil, que decía que quien tuviere ". . .plena posesión de sus derechos civiles puede disponer libremente de sus bienes por acto de última voluntad. . .".[158] Asimismo el artículo 25 decía que los testadores debían dejar a sus hijos ". . .cantidad bastante para su subsistencia hasta la mayoridad". De igual modo los artículos 27 y 28 le daban

---

154. BARAHONA y otro, *op. cit.*, pág. 184.

155. *Ibíd*, pág. 203.

156. *Ibíd*, pág. 203.

157. *Código Civil de Costa Rica*, artículo 595.

158. BARTH, *op. cit.*, pág. 8.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

igual beneficio a los padres y cónyuge del causante. No obstante ambos cuerpos legales no han hecho sino dar un crédito a ciertas personas que, por sus especiales cualidades y su situación, se les tiene como alimentario.

En nuestro país el Tribunal Superior Civil en su sentencia núm. 6 de 14:00 horas de 4 de marzo de mil novecientos setenta y tres, sostuvo que ". . .el derecho de una persona de disponer de sus bienes por testamento, no es, en verdad, absoluto e irrestricto, pues hay en nuestra legislación positiva varias disposiciones de carácter limitativo que están inspiradas en elevados principios que están consagrados por el derecho natural, entre los cuales puede citarse el artículo 595 del Código Civil. . .".[159] Ello, en nuestro criterio, no es cierto, según lo apuntamos arriba. Asimismo nuestra antigua Sala de Casación, en resolución de 9:40 horas del 1o. de setiembre de mil novecientos cuarenta y dos, va más allá al sostener y considerar al acreedor alimentario como "heredero forzoso",[160] cuando por el contrario, el alimentario la mayor parte de las veces no es heredero y mucho menos del tipo "forzoso" pues éstos no son sino los legitimarios ahí donde se ha regulado la legítima y nuestro país no forma parte de los que lo han hecho. Nada es más incorrecto, desde el punto de vista técnico-jurídico, que llamar a aquellos acreedores "herederos forzosos" pues sería parecido si así lo hiciéramos con los trabajadores respecto a sus créditos privilegiados. Los mismos autores Barahona y Oreamuno hacen suyos esos criterios jurisprudenciales diciendo que "Puesto que estamos analizando el crédito alimentario como un crédito privilegiado, en el tanto que la cuota del *Heredero forzoso* (el subrayado es nuestro), priva sobre la de cualquier otro heredero y aun más, la deuda alimentaria puede consumir todo el haber sucesorio. . .".[161] Y es que ni aquellas resoluciones ni estos autores parecen tener claro que una cosa es la condición de acreedor alimentario —con privilegio en su crédito— y otra la de heredero y heredero forzoso —que en nuestro ordenamiento no existe—. La vía procesal y las regulaciones sustantivas que utiliza el acreedor alimentario para cobrar sus créditos es como las de cualquier otro acreedor de la sucesión, con la gran diferencia de que cuenta con un privilegio —o superprivilegio— en el pago, respecto a los otros acreedores de la sucesión, con la excepción de los créditos con privilegio especial sobre algún bien. Sin duda alguna, hay gran confusión entre las regulaciones que sobre alimentos se hace y el instituto de la legítima. Tal es el grado de confusión que los autores citados, Barahona y Oreamuno, citando al pie de página la Casación de 15:25 horas del 26 de setiembre de 1941, dicen que para el caso de que "El heredero obligatorio por razón de minoridad o incapacidad a quien el testador dejase por cualquier título menos de la herencia legítima, puede solicitar su *complemento* (hacemos el subrayado), pero aun en estos casos, no sería posible que el instituido solicitara por aparte alimentos, si la herencia basta y sobra para satisfacer sus necesidades".[162] Nada más alejado de nuestra regulación legal sucesoria. ¿Qué es eso que estos autores llaman "complemento"? ¿Estarán invocando quizá la llamada acción de complemento de la legítima hereditaria? Consideramos que es tan grande la confusión a la que se ha caído que se trata de fundamentar la limitación a la libre testamentifacción que impone el crédito alimentario, considerando a éste conforme a los conceptos de la única limitación que aquella tiene: la legítima hereditaria. Si bien es cierto que la legítima y la obligación alimentaria pueden tener los mismos fundamentos, como el deber moral y el familiar que en ellas se impone, no por ello se debe ver ". . .en la legítima una transformación de la obligación alimentaria. . .",[163] como sostienen Ripert y Boulanger. La obligación alimentaria que tiene la sucesión —y digo sucesión pues es contra ella, como deudora, que se hace valer— es respecto al crédito privilegiado de alimentos que tienen ciertas personas indicadas por ley, privilegio aquel que es general, al igual que el de los trabajadores y por ello se paga después de los créditos con privilegio especial, como los reales.[164] Por ello,

159. BARAHONA y otro, *op. cit.*, pág. 203.

160. *Ibíd*, pág. 203. Asimismo, ver sentencia de *Casación*, núm. 150, de 1954.

161. *Ibíd*, pág. 213.

162 BARAHONA y otro, *op. cit.*, pág. 212.

163. RIPERT, *op. cit.*, págs. 229-230.

164. Ver artículo 885 ss. *Código de Comercio de Costa Rica*..
Artículo 151 *Código de Familia de Costa Rica.*
Artículo 33 *Código de Trabajo de Costa Rica.*
VARGAS SOTO, *op. cit.*, pág. 150.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

debemos estar claros de que las personas que se indican en el artículo 595 del Código Civil se podrían constituir, eventualmente, en acreedores alimentarios —ante la omisión de garantizarles alimentos el testador— y no en "herederos forzosos" —como han sido llamados en alguna resolución judicial citada arriba— y recibirían en pago de aquel crédito lo que necesiten, según la situación concreta planteada al juzgador, y no una porción legítima, previamente establecida por ley. Asimismo estos acreedores alimentarios, si estuvieran en las condiciones que expresa la norma dicha, recibirían aun sin ser herederos, apersonándose a la sucesión en cobro de lo que les corresponde. Por último, bástenos concluir que la postura que considera a "los alimentos" como una limitación a la libre testamentifacción es incorrecta, sobre todo si consideramos que estamos frente a un crédito alimentario que, por privilegiado no deja de ser crédito y no por ello es, en sí, una verdadera limitación a aquella libertad. Es como si dijéramos que si habiendo dispuesto el testador todos sus bienes para sus hijos y cónyuges, luego estos no reciben nada porque todo el haber sucesorio fue consumido por los acreedores comunes o reales, ello limitó la última voluntad del causante. ¡Nada más equivocado!

Entre los antes citados autores también se considera que el pago de gananciales, la norma del artículo 612 del Código Civil y el llamado "patrimonio familiar" constituyen limitaciones a esta libertad. En todos estos casos enfocamos el asunto del mismo modo, o sea que ellas no constituyen limitación alguna a la libertad de testar. No es limitación a esa libertad el que habiendo dispuesto, por testamento, el consorte de todos sus bienes luego, al morir, por nacer la sociedad de gananciales, deba tomarse de aquellas disposiciones para el pago de lo que corresponde al cónyuge supérstite por gananciales, pues aquel negocio jurídico que es válido al otorgarse no es eficaz sino cuando se abre la sucesión y en este momento los bienes ya no son del causante sino de aquella sociedad donde participa el consorte supérstite sobre la mitad de los bienes y del resto se reparte entre los instituidos sucesores, como corresponda. En este sentido no hay limitación alguna a aquella libertad sino que lo que hace la ley es separar del ámbito de la misma, bienes y derechos sobre los que el causante no puede disponer por no ser suyos.[165]

No es tampoco, límite alguno a la libertad de testar el llamado "patrimonio familiar" que es el inmueble destinado al servicio de la familia, por las breves razones que daremos y a pesar de que se diga que " . . .debería constituir una verdadera limitación a la libre testamentifacción. . .". Si bien el artículo 42 del Código de Familia dispone que aquel bien ". . .no podrá ser enajenado ni gravado sino con el consentimiento de ambos cónyuges", por otro lado, el artículo 47, inciso b), dice que la afectación cesa ". . .por el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges. . .". Entonces, en el caso de que el testador haya dispuesto de ese inmueble por testamento, como éste es eficaz al abrirse la sucesión no hay impedimento alguno pues la afectación cesó a la muerte de aquél. Por ello el mismo Dr. Vargas Soto sostiene que ". . .tal acto de última voluntad es válido, no constituyendo una limitación a la libre testamentifacción".[166]

Por último, tanto el Dr. Vargas como los licenciados Barahona y Oreamuno, consideran que ". . .el artículo 612 constituye una limitación a la libre testamentifacción[167] y dentro del cual identifican la llamada "cuarta falcidia", como lo hace el tratadista Brenes Córdoba. El mismo Dr. Vargas se refiere a ella diciendo que es ". . .una variedad de la 'herencia forzosa' . . . pero limitada a las circunstancias de que todos los bienes del causante hayan sido dejados en legados".[168] Nos parece que sea cual fuere la figura que regule esta norma la situación que describe en nada limita la libertad en mención, pues para el caso de que se aplicara el pago del porcentaje que indica la ley no constituye limitación alguna sino tan sólo un pago más a prorratearse entre todos los legatarios, como podría serlo el pago de un crédito. En realidad, el contenido de esta norma es confuso pues mientras unos —los licenciados Barahona y Oreamuno— creen ver en ésta ". . .una limitación expresa al derecho de disponer todo el patrimonio en forma de legados" (lo cual, acatamos, no es ni cercano a lo que dice la norma) otros —como don Alberto

165. Ver resoluciones del *Tribunal Superior Civil*, núm. 96 de 1973; 790 de 1974 y 672 de 1977 citadas por BARAHONA y otro, *op. cit.*, págs. 212 y 55.

166. VARGAS SOTO, *op. cit.*, pág. 139.

167. *Ibid*, pág. 141.

168. *Ibid*, pág. 140.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Brenes y el Dr. Vargas creen ver en ella la llamada "cuarta falcidia" o, como lo sostuvieron los integrantes de un seminario de graduación sobre este tema, es una norma que ". . .no tiene razón de ser y está flotando en nuestro ordenamiento".[169]

Un punto interesante a tratar en esta altura de la investigación es el referido a la llamada sucesión agraria, en cuanto a saber si ella constituye limitación a la libertad de testar en Costa Rica.

Algunos autores[170] sostienen que la Ley de Tierras y Colonización (ley número 2825 de 14 de octubre de 1961 y sus reformas) impone un límite a la libertad de testar —que enuncia el artículo 522 del Código Civil— al regular un tipo especial de sucesión mortis causa en su artículo 69, pues dispone que si el causante tenía la calidad de adjudicatario o beneficiario de una parcela de tierra que le diera el Instituto de Desarrollo Agrario, si no había transcurrido aún quince años desde la adquisición de aquella parcela y si las obligaciones con el Instituto no estuvieren canceladas (artículo 67 de la misma ley) es éste el que aprobará y autorizará el traspaso de adjudicación, conforme a las siguientes reglas:

"a) Al heredero designado por el causante, que reúna las condiciones exigidas por esta ley y sus reglamentos;

b) A los herederos que reuniendo las mismas condiciones, se comprometan a continuar en conjunto la explotación de la parcela como unidad económica y familiar; y

c) Al heredero que designen los demás coherederos por convenio privado, y en caso de no haberlo, al que el Instituto estime idóneo para la adjudicación.

Si no hubiere heredero capaz en los términos de esta ley y sus reglamentos, o si el presunto adjudicatario no pudiere garantizar el pago del haber sucesorio que por razón de la parcela pudiere corresponder a los otros herederos, el Instituto podrá adjudicarse judicialmente la parcela, depositando a la orden de la sucesión el valor del inmueble dado por el perito de la mortual, con deducción de las deudas que el causante tuviera con el Instituto".[171]

Como se nota fácilmente, "con el objeto de garantizar la integridad de la parcela. . ."[172] la ley impuso límites a la libertad de disposición mortis causa que tuviere el causante-beneficiario respecto a su parcela, pues de haber instituido en su testamento como heredero o legatario a una persona que no ". . .reúna las condiciones exigidas. . ."[173] por dicha ley o sus reglamentos, dicho "traspaso" no será aprobado ni autorizado por el Instituto, sino que él mismo indicará los o el heredero que ". . .sea capaz en los términos de esta ley y sus reglamentos. . ."[174] pudiendo incluso, el instituto ". . .adjudicarse judicialmente la parcela. . .".[175]

Por lo anterior, parece que si ya transcurrieron los quince años y no hay deudas con la institución, el causante puede disponer libremente de su parcela, en favor de quien quiera y si no hay testamento regirán las normas del Código Civil y Procedimientos Civiles de la "sucesión intestada", entrando a suceder al causante el orden correspondiente, según el artículo 572 del Código Civil. Mas si no ha transcurrido aquel período o si existen deudas del causante pudo haber instituido la persona que le sucediera, pero es aquella institución la que decidirá si el sucesor es capaz y reúne las condiciones legales. En la realidad actual, sin embargo, la mayoría de adjudicatarios que están en estas situaciones mueren sin haber testado, por lo que al abrirse la intestada, el Instituto, por tener interés legítimo, solicita se le adjudique "judicialmente la parcela" o, en algunos casos, hace saber al juez agrario (o civil, en aplicación del transitorio I de la Ley de Jurisdicción Agraria) las personas calificadas para suceder al beneficiario.

En conclusión, el causante-adjudicatorio tiene limitado por quince años —desde su adjudicación— y si tiene deudas con el Instituto, su derecho de deferir libremente por testamento, respecto a la o las personas que quiera, la parcela adjudicada, no pudiendo ser heredero sino la persona capaz que reúna las condiciones legales. Respecto de otros bienes de este causante sí existe absoluta libertad para disponer de ellos. Este tema es muy interesante por lo que requiere trato aparte. Por ahora bástenos con haber llegado a aquella conclusión.

---

169. BADILLA y otros, *op. cit.*, pág. 30.

170. Ver NÚÑEZ TORRES (Víctor) *La Sucesión mortis causa en el contrato de asignación individual de tierras, en el Derecho Agrario Costarricense*, Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981, pág. 62 y ss.

171. Artículo 69 de la *Ley de Tierras y Colonización*, núm. 2825 de 14 de octubre de 1961.

172. *Ibid.*

173. Artículo 69, *Ibid.*

174. *Ibid*, artículo 69.

175. *Ibid*, artículo 69.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CAPÍTULO SEGUNDO
PROPUESTAS DE REFORMA A NUESTRO ACTUAL SISTEMA SUCESORIO: BASES DE DISCUSIÓN

El principio absoluto de la libertad de testar ya no responde a la realidad que vivimos y que viven, en general, todos los pueblos latinoamericanos. Es necesario una regulación legal más acorde con las corrientes sociales de este siglo que respondan a esa función social que la propiedad debe cumplir y a una mayor protección social y económica de la familia que el Derecho sucesorio debe garantizar. "Acalorada polémica se ha sostenido acerca de la *"justicia y conveniencia"* de los llamados "sistemas de libertad de testar" y de "legítimas", defendiendo unos el primero y otros el segundo, y de los que hablamos cuando expusimos los fundamentos sobre los que se hacen descansar ambas posiciones. No obstante tomamos partido por el segundo. En realidad, el sistema de libertad de testar, como el nuestro, no es sino contrario a esa unidad familiar que todos anhelamos; ". . .Los hijos, es verdad —sostiene con fuerza De Diego— tienen en el corazón de los padres la garantía mayor y más eficaz; pero no es posible negar que si ésta es la regla general, también, desgraciadamente, hay excepciones de padres desnaturalizados, sordos a los llamamientos del deber, fáciles a las tentaciones de la pasión; por hacer posible, en suma, el abuso a que fácilmente propende la débil y flaca naturaleza humana de ejercitar arbitrariamente la facultad de testar en pro de extraños o ilegítimos bajo la sugestión de la frivolidad y de las pasiones, con menosprecio de la familia legítima y de los altos intereses del Estado y de la sociedad".[176]

De igual modo, concluye De Diego:

> "Ni lo sagrado e intangible del derecho de la personalidad, ni lo ilimitado y comprensivo de derecho de propiedad, pueden legitimar la ilimitada libertad de testar, porque, aceptados y reconocidos esos derechos en toda la amplitud de su concepto, esto no obsta a las legítimas imposiciones de la ley, ya que no se trata del hombre abstracto y solitario, sino del hombre que ha de moverse en el concierto social. La libertad ilimitada suele degenerar en licenciosa; la autoridad privada, de que es una de sus expresiones la libertad de testar, va restringiéndose más y más en aras del bienestar de la sociedad; la propiedad en sí misma ya sufre limitaciones impuestas por las leyes. . . La autoridad paterna tiene, aun dentro de las legítimas, campo dónde actuar su espíritu justiciero por la institución de las mejoras, de la desheredación y encuentra en la legítima un valladar fuerte, ya que no es insuperable, a sus extravíos, siempre posibles. La legítima ofrece un modo de satisfacción a uno de los intereses, el familiar, que concurre a la elaboración del fenómeno sucesorio".[177]

Ya en el Derecho romano que, en un principio basó su sistema sucesorio en una omnímoda libertad de testar, tuvo, con el correr del tiempo, que irse transformando en un sistema que evitara que ". . .con la corrupción de costumbres, los testadores hicieran mal uso de esa libertad. . .".[178] Tal es la opinión de Roca Sartre quien dice:

> "La legítima Romana surgió estando vigente un sistema de absoluta libertad testamentaria y surgió como freno y resorte moderador de dicha libertad cuando, relajadas las costumbres testadores, usando, abusivamente, de tal libertad instituyeron herederos a extraños, sin dejar cosa alguna a las personas más allegadas, faltando con ello a los deberes de asistencia que incumben a los próximos parientes entre sí. . .".[179]

Hoy, como en aquella lejana época, se da frecuentemente, casos en que el causante dejó desprotegidos a sus hijos, sus padres y el consorte, al disponer de sus bienes a favor de otras personas, no teniendo éstos defensas legales algunas y debiendo acudir al juicio sucesorio en calidad ya no de heredero sino de acreedor en demanda de "alimentos", debiendo probar allí que por su edad o incapacidad no pueden proveerse por sí mismos su subsistencia. Y es que aun cuando la regla general no es aquella, las excepciones —cuando se dan— son dolorosas y hace meditar profundamente el problema desde la óptica de una época que reclama una mayor protección a la familia nuclear, a los valores morales y a una mayor justicia social. Es urgente evitar situaciones de excepción imponiendo legalmente lo que es la regla general,

---

176. DE DIEGO, *op. cit.*, pág. 194.

177. DE DIEGO, *op. cit.* pág. 194-195.

178. *Ibíd*, pág. 195.

179. ROCA SARTRE (R.M.), *op. cit.*, pág. 175.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

haciéndola obligatoria y sin importar cuán necesitado esté el beneficiado, pues en cualquier momento estaremos frente al que sí le hace falta y de haber sido lesionado en ese derecho, el orden jurídico le proveerá de las defensas necesarias para su reintegro. Que no pase más lo que el licenciado Barth describe, crudamente, en su tesis de grado, presentada en 1946:

> "En efecto, gran número de nuestros gamonales de pueblo, con dificultad permiten que sus vástagos cursen completa la primera enseñanza; tampoco se preocupan por enseñarles oficio alguno: se limitan a entrenarlos sobre el modo como se arregla una cerca, se cura un animal enfermo, se corta un pasto, etc. Más tarde cuando este hijo desde temprana edad ha estado contribuyendo al acrecimiento del patrimonio paterno y ya en el pleno disfrute de sus derechos civiles resuelve casarse con persona que no cuente con la aprobación de aquéllos o bien ejecutar cualquier otro reto más o menos trascendente sin su consentimiento, sobreviene la disposición extrema: si tal cosa hacés, te desheredamos".[180]

Para concluir hago más la posición de los integrantes de un seminario de graduación que sobre el tema de la legítima hereditaria se realizó en la Facultad de Derecho el año pasado:

> "Hoy nosotros nos atrevemos a decir que esos criterios liberales han demostrado que esa no era la ideología más recomendable máxime en países subdesarrollados y por el contrario cuando en una Nación se presentan características como las nuestras debe existir un grado de intervencionismo estatal que posibilite la dirigencia de campos muy importantes como el económico, social, etc., hacia el desarrollo global, y si pretendemos una sociedad más justa es necesario proteger ciertos grupos que a causa, en muchas ocasiones, del liberalismo se encuentran en total desamparo y es por ello que deben adoptarse criterios proteccionistas sobre todo en el núcleo familiar".[181]

Finalizamos esta breve exposición, sugiriendo las siguientes "bases de discusión" en la regulación que de la legítima proponemos en reforma de nuestro actual sistema sucesorio.[182]

1) Que la porción de la legítima comprende todos los bienes del causante, sea "pars bonorum" y no sólo "pars hereditatis".

2) Que de esa porción de legítima el causante no pueda disponer de la mitad de todos sus bienes, a menos que sea en beneficio de los mismos legitimarios. De la otra parte de los bienes podrá el causante disponer incluso en "mejora" de los legitimarios, sea en favor de uno o varios, en forma igual o desigual. Los legitimarios recibirán de la legítima por partes iguales, sin distinción alguna. La legítima hereditaria es intangible. Caso de que se lesione la legítima, porque se le privó completamente al legitimario de ella o porque se le dejó menos, tendrá él la acción de reducción y de complemento, respectivamente, implicando esta última la reducción respectiva. Estas acciones prescriben en diez años y su vía será mediante incidente en el mismo juicio sucesorio. Cualquier gravamen, condición, término, modo o substitución de la legítima se tendrá por no escrita.

Sólo podrá privarse al legitimario de su legítima si es declarado judicialmente indigno, conforme la regulación existente y de las causales expresadas por la ley respecto a las cuales proponemos una revisión pues algunas son confusas en su aplicación al caso concreto.

3) Que se consideren como legitimarios a los integrantes de la "familia nuclear", que es la que en el estado actual de nuestra sociedad se debe proteger. Se considerarán como legitimarios: En primer orden los hijos y el consorte y a falta de ellos, en segundo orden, los padres del causante. Se tendrá como legitimario, también al concubino con las consideraciones que se hacen en la primera parte de este estudio.

4) La renuncia o transacción sobre legítima futura es prohibida, sea entre legitimarios y testados o entre aquéllos y terceros. Lo recibido por el legitimario del causante por la renuncia de legítima se debe colacionar. Abierta la sucesión sí puede el legitimario renunciar o ceder su porción de legítima.

5) Cabe representación del legitimario por parte de sus descendientes cuando premuere, repudia la herencia o es declarado indigno. Igual regla se seguirá en el caso de que la legítima se defiera por testamento.

6) La legítima se calculará, idealmente, restando el "debitum" al "relictum" y sumándole el "donatum". El cálculo de la legítima es posterior

---

180. BARTH, *op. cit.*, pág. 4.

181. BADILLA y otros, *op. cit.*, pág. 35.

182. Nos basamos en un Proyecto de Ley preparado por los integrantes de un Seminario de Graduación que sobre el tema se realizó en 1986 en la Facultad de Derecho, BADILLA y otros, *op. cit.*, pág. 186 y 55.
Asimismo nos basamos en la regulación que, de la Legítima, hace el legislador peruano. Ver LANATTA GUILHEM (Rómulo E.). *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios. Derecho de Sucesiones*, Lima, 1985, artículos 723 a 733.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

al pago de gananciales que corresponde al cónyuge supérstite si tuviere derechos a ellos. La legítima del cónyuge es independiente de lo que tiene derecho por gananciales. Ello lo tomamos del actual Código Civil Peruano, donde se derogó la norma equivalente a la del artículo 572 inciso 1, advertencia f) del Código Civil nuestro. Para ello se consideró que al cónyuge le pertenece su legítima intangible, pues la regla de que si recibe igual o más por gananciales de lo que recibiría siendo sólo heredera era hablar de ". . .un legitimario sin legítima y un heredero sin herencia".

Innovador es el punto de la "casa-habitación" dentro de la cuota de legítima del cónyuge supérstite que regula el Código Civil Peruano, que en su artículo 731 dispone:

> "Cuando el cónyuge sobreviviente concurra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaron el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales. La diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición del causante, y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos. En su caso los otros bienes se dividen entre los demás herederos con exclusión del cónyuge sobreviviente".

Asimismo el artículo 732 de aquel Código dice:

> "Si en el caso del artículo 731 el cónyuge sobreviviente no estuviere en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa-habitación, podrá con autorización judicial darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario. Si se extingue el arrendamiento, el cónyuge sobreviviente podrá readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación a que se refiere el artículo 731.
> Mientras esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar.
> Si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, los derechos que le son concedidos en este artículo y en el artículo 731 se extinguen, quedando expedita la participación del bien. También se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos ".

7) Las donaciones, legados y en general la institución de heredero hechos a favor del legitimario se considerarán como parte de la legítima. Se considerarán "mejora" si así lo hace expreso el testador. Si la "mejora" excediere la parte disponible habrá la reducción, pudiendo el mejorado devolverlo en su valor equivalente. La mejora es renunciable.

8) Las donaciones hechas a terceros se imputan a la parte disponible y sólo si excedieron se reducirán, a petición del interesado legitimario, por la vía legal que corresponda y siguiendo como criterio de reducción ante los legados que las donaciones y respecto a estas últimas se reducirá la más reciente a la más vieja. Si fueron de igual fecha, se reducirán proporcionalmente.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO (Manuel), *Instituciones de Derecho Civil,* Barcelona, Editorial Bosch, Segunda edición, T. II, 1944.

ARIAS (José), *Derecho Sucesorio,* Buenos Aires, Editorial Guillermo Krafet, Ltda., Décimoprimera edición, 1942.

BARBARERO (Domenico), *Derecho Privado,* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, T.V, 1967.

BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN (Maurice), *Traité Théorique et pratique de Droit Civil,* Paris, Librairie de la Société du Regueil Général des lois et des arrets, 1905.

BIONDI, (Biondo), *Sucesión testamentaria y donación,* Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1960.

BRENES CÓRDOBA (Alberto), *Historia del Derecho,* San José, Editorial Lehmann, Primera edición, 1906.

BRENES CÓRDOBA (Alberto), *Tratado de los Bienes,* San José, Tipografía Nacional, 1906.

BURDESSE (Alberto), *Manuale di Diritto Privato Italiano,* Padova, Unione Tipográfico - Editrice Torinese, 1974.

CICU (Antonio), *Successione Legittima è dei Legittimari,* Milano, Dott A. Giufre - Editore, 1943.

DE DIEGO (Felipe Clemente), *Instituciones de Derecho Civil,* Madrid, Artes Gráficas, Julio San Martín, T. III, 1959.

DE PINA (Rafael), *Derecho Civil Mexicano,* México, Editorial Porrúa, S.A., Volumen Segundo, Sexta edición, 1975.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

DÍEZ PICAZO (Luis), GULLOR (Antonio), *Sistemas de Derecho Civil,* Madrid, Editorial Tecnos, Tercera edición, T. IV, 1983.

GUIER (Jorge Enrique), *Principales codificaciones legales en Costa Rica,* San José, Edición mimeografiada, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, s.a.e.

JIMÉNEZ (Salvador), *Elementos de Derecho Civil y Penal de Costa Rica,* San José, Imprenta de Guillermo Molina, 1874.

IGLESIAS (Juan), Derecho Romano, *Instituciones de Derecho Privado,* Barcelona, Ediciones Ariel, 1972.

KUNKEL (Wolfgang), *Derecho Privado Romano,* Buenos Aires, Ediciones Labor, 1937.

LANATTA GUILHEM (Rómulo E.), *Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios. Derecho de Sucesiones,* Lima, 1985.

LAURENT (F.), *Cours Elémentaire de Droit Civil,* Paris Typ. Bruylant Christophe et Cie., Editeurs, 1887.

PÉREZ VARGAS (Víctor), *Característica de la familia costarricense,* San José, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, edición en mimeógrafo, s.f.e.

PETIT (Eugene), *Tratado Elemental de Derecho Romano,* Buenos Aires, Albatros, 1979.

PLANIOL (Marcel), *Tratado Práctico de Derecho Civil,* La Habana, Editorial Cultural S.A., 1946.

RIPERT (Georges) y BOULANGER (Jean), *Tratado de Derecho Civil,* Buenos Aires, Ediciones La Ley, Segunda edición, Volumen I, Tomo X, 1965.

TRABUCCHI (Alberto), *Instituzioni di Diritto Civile,* Padova, Dr. Francesco Montuoro Editore, 1947.

VARGAS SOTO (Francisco Luis), *Manual de Derecho Sucesorio Costarricense,* San José, S.N.E., 1981.

TESIS Y SEMINARIOS DE GRADUACIÓN:

BARAHONA MELGAR (Marta Isabel), OREAMUNO BLANCO (Rafael Antonio), *La libertad de testar en Costa Rica,* Tesis para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1982.

BADILLA CALDERÓN (Tobías), CARAVACA ZÚÑIGA (Raquel), GONZÁLEZ JIMÉNEZ (Víctor), LEÓN CORDERO (Anayansi), QUESADA SOLÍS (Yolanda) y RODRÍGUEZ GRANADOS (Marlene), *Legítima Hereditaria,* Seminario de graduación para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1986.

BARTH VARGAS (Clarencio), *Sucesiones,* Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1946.

BLANCO VARGAS (Maritza), BORLOZ SOTO (Miriam) y MURILLO ARIAS (Ileana), *El Testamento,* Seminario de Graduación para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1982.

CHAVES VILLALTA (William) y SALAZAR FONSECA (Rafael A.), *Evolución histórica y fundamentos de la sucesión mortis causa,* Tesis para optar al título de licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1986.

NÚÑEZ TORRES (Víctor), *La Sucesión Mortis causa en el contrato de asignación individual de tierras, en el Derecho agrario costarricense.* Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981.

RODRÍGUEZ MUÑOZ (Loretta), *La representación en el Derecho sucesorio.* Tesis para optar al grado de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1982.

PICADO SOTELA (Sonia), *Pruebas legales y libre apreciación.* Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1970.

VARGAS CAVALLINI (Marco Antonio), *Estudio de Derecho Comparado del Instituto de la Representación en el Derecho Sucesorio de algunos ordenamientos jurídicos latinoamericanos,* Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1987.

REVISTAS:

ROCA SARTRE (R.M.), Naturaleza jurídica de la legítima, *Revista de Derecho Privado,* Madrid, T. XXVIII, Enero-Diciembre de 1984.

ODIO BENITO (Elizabeth), Familia de hecho, *Revista Judicial,* núm. 8, 1978.

ENCICLOPEDIAS JURÍDICAS:

OVSEJEVICH (Luis), Legítima, *Enciclopedia Jurídica Omeba,* Buenos Aires, T. XVIII, Bibliografía Omeba, 1984.

CÓDIGOS Y LEYES:

CODICE CIVILE (16 de marzo 1942) con la costituzione e le principali norme complementari, Dott. A. Giuffrè Editore - Milano, 1983.

Código Civil y de Familia de Costa Rica, de veintiséis de abril de mil ochocientos ochenta y seis y ley número 5476 del cinco de febrero de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, Edición Lil, S.A., 1978.

Ley de Jurisdicción Agraria, núm. 6734 del 29 de marzo de 1982 y su reforma de ley 6975 del 30 de noviembre de 1984.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Ley de Tierras y Colonización. núm. 2825 de 14 de octubre de 1961 y sus reformas números 3218 de 1963, 3336 de 1964; 3667 de 1966, 4465 de 1969; 4646 de 1970; 5060 de 1972; 5064 de 1972; 5110 de 1972; 6735 de 1982, en *Código Agrario,* San José, Editorial Porvenir, S.A. 1985.

Código de Comercio, Ley 3284 de treinta de abril de mil novecientos sesenta y cuatro, Editorial Lehmann, 1967.

Código de Trabajo, veintitrés de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, Editorial Lehmann,1970.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ERROR E IGNORANCIA EN HIPÓTESIS NEGOCIALES Y EXTRANEGOCIALES

LIC. JUAN MARCOS RIVERO SÁNCHEZ
Profesor de Derecho de la Contratación, Universidad de Costa Rica.

ÍNDICE

Pág.

Introducción. . . . 86

Sección I: **Planteamiento del problema**. . . . 86
A) Notas teóricas sobre el error, la ignorancia y el elemento subjetivo de la apariencia 86
1) Consideración general 86
a. El concepto de conocimiento 86
b. El concepto de patología del conocimiento 87
c. El problema de la patología del conocimiento en el plano jurídico 87
2) Estudio comparativo entre el error y la ignorancia en sentido jurídico negocial 88
a. Consideraciones previas 88
b. Estudio comparativo entre ignorancia y error, en consideración al plano fáctico del contenido negocial 91
b.1. Determinación del problema práctico 91
b.2. Determinación del problema normativo 95
b.3. Determinación del problema axiológico 96
c. Estudio comparativo en consideración a la parte preceptiva del negocio 96
c.1. Determinación del problema práctico 98
c.2. Determinación según el plano normativo 98
c.3. Determinación del valor en juego 99

B) Estudio comparativo entre el error y la ignorancia en sentido jurídico negocial y la patología del conocimiento propia de las hipótesis de apariencia 99
1) Relaciones entre error, ignorancia y negocio jurídico 101
2) Patología del conocimiento en la apariencia 101
a. El elemento subjetivo de la apariencia no es una hipótesis de error en sentido jurídico negocial . . . 101
b. El elemento subjetivo de la apariencia es una hipótesis de error en sentido no jurídico negocial . . . 103
c. Importancia del elemento subjetivo 105

Sección II: **Consecuencias metodológicas de la distinción entre el error y la ignorancia negociales y el elemento subjetivo de la apariencia.**
A) Según el requisito objetivo del error 105
1) El problema de la esencialidad del error en el negocio jurídico 107
2) El juicio de esencialidad en la apariencia 107
B) Según el requisito subjetivo del error 107
1) El problema de la excusabilidad y reconocibilidad del error en el sistema de derecho costarricense . . . 112
2) Excusabilidad y reconocibilidad en la apariencia 113

Conclusiones. . . . 113

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

1. El presente trabajo, es un estudio del elemento subjetivo de la especie fáctica de la apariencia de la situación jurídica que deriva de situaciones de hecho. Viene a complementar, por tanto, las observaciones que, bajo el título de "Estudio del elemento objetivo de la apariencia", fueron hechas por nosotros en el número 37 de esta revista. Por tanto, su comprensión integral, presupone la lectura de esa investigación preliminar. En esta oportunidad, pretendemos enfocar, dentro del concepto de hechos de patología del conocimiento, la vieja problemática del error y la ignorancia en el negocio jurídico y señalar como ésta se plantea, en diversa forma, en hipótesis no negociales, de las cuales, el elemento subjetivo de la apariencia, forma parte.

SECCIÓN I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A. NOTAS TEÓRICAS SOBRE EL ERROR, LA IGNORANCIA Y EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA APARIENCIA.

1. Consideración general.

a. El concepto de conocimiento.

2. El problema del conocimiento es uno de los más complejos que se pueden afrontar. En general, puede decirse que está relacionado de una u otra manera con toda disciplina científica.[1] Se ha dicho que la palabra conocimiento es ambivalente, porque designa el acto y el resultado del conocer.[2] En el primer sentido hace referencia a la relación sujeto-objeto de conocimiento.[3] En el segundo, se refiere al resultado de aquella actividad. El conocimiento tiene lugar cuando la mente concibe la cosa y la concibe como pensable e intelegible: esto es, como idea.[4] Todo conocimiento se resuelve, en última instancia, en un juicio mediante el cual se postula la realidad y se afirma la verdad, como esencia y razón de aquel juicio.[5]

---

1. Así, PUGLIATTI (Salvatore) *Conoscenza.* Enciclopedia del Diritto, Milano. Giuffrè Editore, Vol. IX, 1961, p. 45.
2. Ibíd, p. 46.
3. En términos generales, tres son las tesis a que podemos reconducir el problema de la relación sujeto-objeto: a) la solución idealista, cuya tradición se remonta a la filosofía platónica y llega hasta nuestros días más o menos reelaborada en los planteamientos fenomenológicos de Husserl y sus seguidores; b) la solución materialista, que tiene raíces en la filosofía aristotélica y llega a la actualidad a través de los planteamientos empiristas y positivistas; c) la moderna teoría, de raíz Althusseriana, según la cual el objeto (de conocimiento), no es un objeto empírico —la res extensa— (materialismo), ni "apariencias sensibles" (idealismo). El objeto de la ciencia —o del conocimiento—, es siempre el resultado de un trabajo teórico-científico (siempre inacabado y en constante superación), en virtud del cual el conjunto de determinaciones sensibles se traducen en un conjunto de símbolos que tienen la pretensión de explicar el modo de producción de los fenómenos. El objeto, no es entonces una cosa, ni una esencia, sino un conjunto de representaciones simbólicas producto del trabajo teórico de los científicos. Por ello, el intelecto no se encuentra o se adapta con su objeto, ni lo contempla, sino que lo produce. Esta teoría, reelabora el concepto de sujeto de conocimiento, afirmando que este como tal, no existe. Lo que se da en el complejo de relaciones de una sociedad determinada, es el "lugar de sujeto" de la ciencia. En otras palabras, en el conjunto de relaciones sociales, existen una serie de funciones que deben ser cumplidas por los interlocutores sociales para que se perpetúe la infraestructura económica. Estas funciones, se cumplen gracias a la existencia de una determinada ideología (entendida como instancia de la estructura social que permite la inclusión de los sujetos en los procesos sociales de producción) y determinan la aparición de "lugares de sujeto ideológico". Estos lugares, son cubiertos por las individualidades biológicas que, gracias a la ideológica, se adecuan a los requerimientos de los procesos sociales. Ahora bien, uno de estos lugares de sujeto, es precisamente, el de científico, el cual, se encuentra condicionado por su particular ideología: piensa, ve y descubre, únicamente lo que esta le permite. Sobre estas ideas, pueden ser consultados los siguientes trabajos: BRAUNSTEIN (Néstor) *El problema (o el falso problema) de la relación del sujeto y el objeto); y Relación del psicoanálisis con las demás ciencias,* en Psicología Ideología y Ciencia, México, Editorial Siglo Veintiuno, 1985, pp. 62-103 y 233-260. Puede consultarse también: ALTHUSSER (Louis) *Para leer el Capital, prefacio.* Buenos Aires, Siglo XXI, 1969.
4. Es decir, tiene lugar cuando el conjunto de determinaciones sensibles se traduce, merced al trabajo científico, en un conjunto de representaciones simbólicas, intelegibles como ideas o conceptos.
5. Este conjunto de representaciones simbólicas, postulan la realidad, porque pretenden explicar el modo de producción de los fenómenos y esta explicación, a pesar de ser inacabada y en constante transformación, siempre tiene la pretensión de ser verdadera.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3. Desde el punto de vista morfológico, el conocimiento adquiere el carácter de proceso síquico, accesible al hombre por su conciencia.[6] Debe por otra parte, distinguirse entre el conocimiento empírico y el científico. El primero, se caracteriza por ser aproximativo y superficial, en tanto que el segundo es profundo y sistemático.[7]

b. El concepto de patología del conocimiento.

4. Puede ser que en determinadas hipótesis, el proceso por medio del cual el hombre tiende a conocer el mundo se desvirtúe, en términos tales que se resuelva en juicios que no postulen la realidad como realidad, ni se pueda predicar de ellos que la verdad es su esencia y razón. En estos casos, estaremos en presencia de un conocimiento patológico.

5. Se aprecia, entonces, que el concepto de patología del conocimiento, guarda una estrecha relación con el concepto de la verdad. Según Aristóteles, la verdad es la adecuación del intelecto con las cosas. Así, cuando éste se adecua a los objetos, en términos de afirmar lo que es y negar lo que no es, hay verdad. Cuando, por el contrario, niega lo que es, y afirma lo que no es, hay falsedad.[8]

6. La patología del conocimiento, se presenta siempre que una determinada circunstancia impide o elimina la normal marcha del proceso que lleva a la adecuación del intelecto con el objeto del conocimiento, originando conceptos defectuosos o incluso, la carencia absoluta de conceptos sobre una realidad determinada. Por esta vía, la idea de patología del conocimiento se especifica, en el terreno filosófico, en los conceptos de error e ignorancia. Llamaremos erróneo, en sentido estricto, a aquel falso conocimiento de la naturaleza de las cosas, e ignorancia, a la situación en la que se carece de todo conocimiento, por no existir representación alguna de los objetos en el plano intelectual.

c. El problema de la patología del conocimiento en el plano jurídico.

7. Desde el punto de vista jurídico, dos son de manera general los casos de conocimiento patológico que podemos distinguir: el error y la ignoran-

---

6. Este carácter del conocimiento como proceso, ya había sido puesto de manifiesto por el Estagirita, que afirmó que existía un camino a través del cual el hombre llegaba a formar los conceptos. El conocimiento, lo concibe como un "movimiento del alma" para adecuarse con el ser de las cosas. De aquí su conocida sentencia que define al conocimiento como la "adaequatio intellectus et rei". El problema del conocimiento, lo estudia en su Teoría de la Abstracción, que tiene por objeto señalar el proceso por medio del cual el mundo material se traspasa a la interioridad del sujeto, lo que no puede tener lugar sino en virtud de la abstracción de la materia. Así, para que el hombre llegue al conocimiento, es necesario que el universo, el cosmos, penetre en el siquismo, lo que se logra gracias a la concurrencia de la sensibilidad, de la razón y de la inteligencia. La primera siente, la segunda discurre, la tercera intelige. En criterio de Aristóteles, mediante las tres se logra abstraer los caracteres del mundo sensible y aprenderlos mediante el intelecto. A pesar de que para este filósofo el objeto de conocimiento es la cosa, posición que estimamos superada desde la perspectiva Althusseriana antes comentada, consideramos rescatables dos puntos fundamentales: a) el carácter del conocimiento como proceso en el que intervienen tres instancias diversas y b) como fenómeno del siquismo humano. Lo que sucede es que creemos que en este proceso, las instancias cumplen funciones diversas de las que, según el Estagirita, tienen: a) la sensibilidad recoge el conjunto de determinaciones sensibles del mundo exterior, b) la razón discurre elaborando el conjunto de representaciones simbólicas de aquellas determinaciones y c) la inteligencia, intelige el objeto así elaborado. Sobre el punto, puede consultarse: ARISTÓTELES. *Tratado del Alma.* (Obras Completas) Argentina, Omeba, T. II, 1967, p. 401 y ss.

7. Así, PUGLIATTI, *Conoscenza*, Op. cit., p. 47 ss.

8. Se ha dicho que: "El vocablo verdad" se usa en dos sentidos: Para referirse a una proposición y para referirse a una realidad. En el primer caso se dice de una proposición que es verdadera a diferencia de falsa. En el segundo caso, se dice de una realidad que es verdadera a diferencia de "aparente", "ilusoria", "irreal", "inexistente", etc. Los griegos, no se ocuparon solamente de la verdad como realidad. Se ocuparon asimismo (y aun sobre todo) de la verdad como propiedad de ciertos enunciados, de los cuales se dice que son verdaderos. Aunque antes de Aristóteles se había ya concebido la verdad como propiedad de ciertos enunciados, la más conocida fórmula es la que se encuentra en Aristóteles: "Decir de lo que es que no es o de lo que no es que es, es lo falso; decir de lo que es que es y de lo que no es que no es, es lo verdadero. . ." Pero se le atribuye primariamente a Aristóteles lo que se llamará luego "concepción semántica de la verdad" así como "verdad como adecuación", "correspondencia" o "conveniencia". Un enunciado es verdadero, si hay correspondencia entre lo que dice y aquello sobre lo cual habla". Ver así, FERRATER MORA (José) *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Alianza Editorial, cuarta edición, T. V, Q-Z, 1982- pp. 3397-3398. Se ha distinguido a veces, entre las siguientes concepciones de la verdad: 1) Verdad metafísica (u ontológica), 2) Verdad lógica o semántica; 3) Verdad epistemológica; 4) Verdad nominal (u oracional); veritas semonis. 1) Equivale a la verdad de la cosa, o a la realidad como verdad; 2) Expresa la correspondencia o adecuación del enunciado con la cosa o la realidad; 3) Se refiere a la verdad en cuanto es concebida por un intelecto y formulada, en un juicio, por un sujeto cognoscente; 4) Es la verdad como conformidad entre signos (por ejemplo, en la frase el limón es verde, hay conformidad entre los signos limón y verde. El paréntesis es nuestro). Ibíd, p. 3399. Se ha hablado también de una verdad ética, como coincidencia de: 1) el hablar con la persuación interna; 2) De la acción externa con la actitud interna, 3) Como el enjuiciamiento honrado de uno mismo y 4) Como la voluntad leal de llegar al conocimiento de la verdad. Así, BRUGGER (Wálter). *Diccionario de Filosofía*. Barcelona, Editorial Herder, 1983, p. 565.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cia. No obstante, conviene aclarar que los ámbitos en que pueden ambos incidir se reconducen a dos: a) hipótesis negociales y b) hipótesis no negociales. Podemos entonces distinguir casos de error o ignorancia en sentido jurídico negocial (por incidir en un determinado negocio jurídico) y casos de error o ignorancia en sentido jurídico extranegocial.

8. Para precisar las diferencias entre ambos conviene analizar ahora, cuáles son, desde un punto de vista analítico, las fases del negocio. Podemos distinguir, en este punto, dos fases claramente distintas: a) la fase de Planeamiento y b) la fase de Ejecución. En la primera, se determina el contenido de la relación negocial en sus aspectos de hecho y de derecho. La segunda, se dirige a la realización de las prestaciones planeadas, sea que estas consistan en un dar, en un hacer o en un no hacer.

9. En la fase de planeamiento, podemos distinguir, a su vez, dos etapas determinadas: i) La fase Deliberativa y ii) La fase Declarativa. La primera se compone a su vez de tres momentos: el cognoscitivo, por medio del cual el sujeto aprende las condiciones de hecho y de derecho que serán necesarias para satisfacer sus necesidades, así como el instrumento jurídico idóneo para llevar a cabo la negociación; el valorativo, por medio del cual el sujeto emite un juicio de valor acerca de la idoneidad, de los factores que ha conocido, para resolver el conflicto de intereses que se le presenta.[9] La fase Volitiva, representa el momento de formación de la voluntad y el tránsito de la mera deliberación al querer. La fase declarativa, se cumple en el proceso de manifestación de la voluntad y su respectiva recepción por parte del destinatario. Conviene resaltar que todas estas fases, se refieren tanto a aspectos fácticos (relativos al objeto de la negociación), como preceptivos (relativos al conjunto de poderes y deberes que deberán regular el objeto de la negociación).

10. En los negocios unilaterales, es solo un sujeto el que atraviesa por este Iter negocial. En los negocios bilaterales o plurilaterales, son varios los que lo hacen. En los primeros, el contenido objetivo del negocio,[10] se integrará por una sola declaración —que determinará autónomamente, la fase de ejecución—. En los demás tipos de negocio, el contenido se integra cuando las fases deliberativas y declarativas de los sujetos son coincidentes en términos de determinar, conjuntamente la ejecución negocial.

11. La importancia de este análisis, reside en el hecho de que es la idea del contenido negocial, considerado en su significado objetivo, la que, permite distinguir adecuadamente las hipótesis de error e ignorancia negociales, de las no negociales. Las primeras, están vinculadas estrictamente con el contenido objetivo del negocio, en términos de que sin él no es posible llevar a cabo su adecuada conceptualización. Las segundas, por el contrario, se caracterizan por su independencia del contenido objetivo negocial.

12. Esta división, no siempre ha sido advertida por la doctrina. Por ello, la distinción entre los conceptos de ignorancia y error —que es pacífica en la filosofía—, presenta grandes problemas en el plano jurídico. Y las dificultades se agravan a la hora de distinguir entre el error y la ignorancia negociales, de los no negociales.

13. En las páginas que siguen, analizaremos los conceptos de error e ignorancia en sentido jurídico negocial.

2. Estudio comparativo entre el error y la ignorancia en sentido jurídico negocial.

a) Consideraciones previas.

14. Que el error es algo que le acontece al conocimiento, está hoy, en general, fuera de toda discusión. Sin embargo, la determinación del concepto de error no es trabajo sencillo, a pesar de que esta tarea ha sido intentada regularmente por los estudiosos del negocio jurídico. Esto es así, en virtud de la variedad de puntos de vista que se han dado sobre el problema. No obstante, estimamos que es posible subsumir todos ellos en dos enfoques generales: a) el subjetivo y b) el objetivo.

15. La tesis subjetiva, sostiene que el error es un hecho del siquismo humano y nada más que eso. La doctrina que estudia el problema de los hechos síquicos, los cataloga en dos grandes categorías: a) aquellos que inciden sobre los niveles de con-

---

9. Sobre el momento cognoscitivo y el valorativo, ver: PIETROBON (Vittorino). El error en la Doctrina del Negocio Jurídico. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. 1971, p. 473.
10. Denominamos aquí, contenido objetivo del negocio, al conjunto de aspectos de hecho y de derecho que son aportados por las declaraciones negociables de voluntad.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ciencia espontánea y b) aquellos que afectan la conciencia refleja.[11] Los primeros fueron denominados hechos de sentimiento y los segundos, hechos de conocimiento. Para los autores que se adhieren a esta teoría, el error se relaciona con los hechos de conocimiento.[12] En todo caso, lo relevante es apuntar que, según esta óptica, el error se mueve estrictamente dentro de la esfera individual subjetiva.

16. La tesis objetiva, por el contrario, considera que el error se localiza siempre en el ámbito de las relaciones intersubjetivas por lo que no puede tener el carácter de un simple hecho individual, subjetivo y síquico. El sujeto que yerra, no advierte por sí su error sino que, por el contrario, estima siempre que el conocimiento que tiene de la realidad es perfecto.[13] El problema del error, es uno de confrontación entre la representación subjetiva de la realidad y la realidad misma que es objeto de representación.[14]

17. Pero, como la valoración de la correcta adecuación del conocimiento a la realidad presupone necesariamente la existencia de al menos otro sujeto —aquel que hace precisamente esa valoración—, debe admitirse necesariamente que el problema del error implica una confrontación de puntos de vista y que, en última instancia, presupone la existencia de una relación intersubjetiva. Así, se dice que el error es de naturaleza objetiva, porque trasciende el mero carácter de hecho individual y síquico. Pero además es forzoso admitir que tiene un carácter social. Esto es así, en virtud de que el hombre conoce la realidad únicamente mediante símbolos. Por ellos, el ser humano discurre acerca del universo. El mundo sólo le es accesible en términos simbólicos. Sólo así, lo puede aprender. En consecuencia, el error y la falsedad, se reducen por esta vía, a un problema de signos y símbolos. Tanto en el momento en que el sujeto se representa para sí la realidad, como cuando confronta su punto de vista con el de los demás, se vale de medios expresivos —principalmente del lenguaje— para llevar a cabo su tarea. Y es claro que éstos tienen, en general, carácter social.[15]

18. Estimamos que es la tesis objetiva la que más se ajusta a una correcta apreciación del problema. En primer lugar, sin ignorar la importancia del momento sicológico, lo coloca en su lugar adecuado, en el plano de una relación intersubjetiva.[16] En segundo término, facilita una consideración analítica del error, al permitir la distinción de tres ele-

---

11. Ver así, PÉREZ VARGAS (Víctor). *Los hechos jurídicos.* San José, Editorial Juricentro, 1979, pág. 57.

12. Así, se afirma que ". . .la doctrina dominante, sin embargo, permanece firme en la tradicional definición del error como falsa representación de la realidad, que asume relevancia en cuanto hace venir a menos, en el sujeto, el requisito del exacto conocimiento de la realidad externa. Coherentemente, el error viene colocado en el ámbito de los llamados hechos síquicos, entre los actos, precisamente, que tienen su sede exclusiva , "in interiori hominis" y para los cuales el problema jurídico se plantea sólo como uno de determinación de los medios a través de los cuales se tornan reconstruibles al externo". En este sentido, BARCELONA (Pietro). *Profilidella Teoría dell' errore nel Negozio Giuridico.* Milano, Giuffrè Editore, 1962, p. 88.

13. En este sentido, BARCELONA (Pietro) op. cit. p. 89.

14. Se señala que "Bajo este perfil, la idea del error parece representar, más que un fenómeno exclusivamente subjetivo e interior, la relación que media entre el contenido de la representación y la realidad externa. Mas, por la misma razón, es mientras tanto lícito sostener que el error no puede ser alineado sobre el mismo plano de los fenómenos exclusivamente síquicos". Y paralelamente se apunta que "El problema de la verdad o falsedad presupone, por tanto, la previa determinación de un término de referencia externo al sujeto y por consiguiente, la superación del aislamiento individual. En otros términos: la noción de error presupone la relación social y designa ella misma un fenómeno conexo con la comunicación de significados mediante la presentación de las señas, de las palabras que la representan". Ibíd, p. 88.

15. "Sólo respecto al significado social del lenguaje, puede determinarse la falsedad de la representación individual, que, considerada aisladamente no sería ni verdadera ni falsa. En otros términos, ya que la objetividad real del objeto externo no puede tomarse en consideración a despecho de toda actividad representativa, el punto de vista de la realidad externa equivale a aquel de la media objetiva de las relativas representaciones, mediante las cuales se establece el criterio de valoración de la adecuación de cada representación individual. Se puede concluir que el error no representa un hecho síquico, ni opera al interno de la esfera subjetiva, sino que se coloca en el momento en que el lenguaje representativo individual, se confronta con el lenguaje común con referencia a una misma realidad". Ibíd. p. 90. Desde esta perspectiva, se comprende que "Al interno de la propia esfera . . .es el sujeto mismo el que le atribuye a las palabras y a los signos su valor representativo (aunque también a tal fin se hace referencia más o menos consciente al valor que a ellos se les atribuye en el ambiente en que opera) y el que contemporáneamente determina la correspondencia entre objeto representado y objeto real. A causa de esto, no puede admitirse que del punto de vista subjetivo, subsista alguna fractura o divergencia al interno de la relación entre expresión y objeto representado. Para el sujeto que ha producido el símbolo, este será siempre verdadero, representa la realidad". *Ibíd.*

16. Esto es así, en virtud de que si bien el error se percibe en el ámbito de una relación intersubjetiva, presupone también, a nivel individual, la formación de un proceso de conocimiento patológico, en virtud del cual el intelecto se adecua falsamente a su objeto. Hablar de momento subjetivo del error, es reconocer la existencia del proceso de conocimiento defectuoso, pero también reconocer que este defecto se reconoce sólo en la medida en que se tras-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mentos en su concepto: a) el objeto de conocimiento; b) la representación subjetiva y c) el juicio de valor acerca de la adecuación de la representación subjetiva a su objeto. Desde el punto de vista jurídico y para efectos del tema que investigamos, diremos que objeto de conocimiento lo es siempre el negocio jurídico considerado en su contenido objetivo.

19. La representación subjetiva, origina el problema de la interpretación que las partes hagan de aquel contenido objetivo, problema que nos remitirá al complejo tema de las relaciones entre ignorancia y error. Por su parte, el problema del juicio de valor sobre la correspondencia de la interpretación o representación subjetiva con el contenido objetivo negocial presentará el problema de lo que se denomina la excusabilidad o recognoscibilidad del error.[17]

20. La diferenciación entre el error y la ignorancia a nivel jurídico negocial, ha planteado no pocos problemas. En este punto, las tesis tradicionales de los tratadistas, se reducen a dos: a) aquellas que consideran posible y necesaria la asimilación de los dos conceptos[18] y b) aquellas que juzgan oportuna su separación.[19] La posición de los primeros se funda en el argumento de que tanto la representación inadecuada de la realidad —que llamamos error— como la ausencia absoluta de representación —que llamamos ignorancia—, hacen que la voluntad del sujeto (elemento esencial de todo negocio jurídico) venga a menos. Por esta vía, ambos conceptos se ven equiparados en función del problema que originan en el plano negocial: la perturbación de la voluntad.[20] La ignorancia al igual que el error, influye desde el punto de vista sicológico en el sujeto, toda vez que el conocimiento de la circunstancia ignorada podría haber variado la dirección de la voluntad. Los representantes de esta posición, se ubican por lo general, en la corriente que ve en el error un problema subjetivo individual.[21]

21. Por el contrario, la posición de los que consideran necesaria la separación de ambos conceptos en el terreno jurídico, es sostenida, en principio, por los representantes de la teoría objetiva del error, los cuales afirman que tanto el problema práctico, como la relevancia positiva de ambas figuras es diversa. Para ellos, la equiparación, sólo puede operarse en virtud de un malentendido del error, como fenómeno sicológico.[22]

22. Para nosotros, la solución no puede ser apriorística sino que, por el contrario, debe partir de la

---

cienda del mero plano subjetivo al de una relación intersubjetiva. El equívoco de la tesis subjetivista del error, está precisamente en convertir lo que tan solo es un momento, en el todo del problema, lo que implica el ilógico de admitir, que, sin salir de la interioridad del sujeto, puede alguien percatarse de la existencia del error. Esto en última instancia equivale a decir que el sujeto que sufre el error, se da cuenta de que lo padece. Pero, fuerza es reconocer que quien se percata de su error no está más, por definición, errado.

17. La excusabilidad responde, desde esta perspectiva, a la necesidad de imponerle una sanción a aquel sujeto que, pudiendo haberse colocado en posición de advertir su propio error, no lo hace. La reconocibilidad traslada el problema del declarante al destinatario de la declaración y se manifiesta, desde esta óptica, como una sanción que el derecho le impone al destinatario de la declaración que, pudiendo haberse colocado en posición de advertir el error del declarante, no lo hace. Sobre el punto ver: PESCATORE Y RUPERTO. *Codice Civile Italiano.* Annotato con la Giurisprudenza della Corte Constituzionale e della Corte di Cassazione. Milano, Giuffrè Editore, settima Edizione, 1978, p. 1413, nota 1.

18. Estos siguen en líneas generales la dirección propuesta por SAVIGNY: "Se llama error, ordinariamente, el estado intelectual en el cual la idea de la realidad de las cosas está oscurecida y oculta por el pensamiento falso. Sin embargo, aquí el punto esencial es la ausencia de una idea verdadera, porque se puede muy bien no tener ninguna noción sobre una cosa sin poseerla falsa. Tal es la diferencia fundamental que existe entre el error y la ignorancia (error et ignorantia), aun cuando sus efectos jurídicos sean absolutamente idénticos. Se debe pues, para mayor seguridad y exactitud, no hablar nunca de ignorancia, porque esta palabra expresa en su más alta generalidad dicho estado defectuoso de concepto. No obstante, los autores hablan más frecuentemente del error, sin duda porque es la forma más ordinaria y de mayor importancia en la práctica. La fraseología no ofrece, en todo caso, ningún inconveniente desde que se comprende por cualquiera que cuanto se dice del error, es aplicable a la simple ignorancia". SAVIGNY (Federico Carlos de), *Sistema del Derecho Romano Actual.* Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, T.II, 1879, p. 221. Es interesante hacer notar que el correr de los siglos no ha hecho que los autores modifiquen este planteamiento ya que, en sus líneas generales, los que defienden la asimilación de ambos conceptos utilizan para ello los mismos argumentos que usó, en su tiempo, el maestro alemán. En este sentido, ver a manera de ejemplo: OSPINA FERNÁNDEZ (Guillermo) y OSPINA ACOSTA (Eduardo), Teoría de los actos o negocios jurídicos, Bogotá, Editorial Temis, Segunda Edición, 1983, p. 187.

19. En otros, BARCELONA (Pietro), op. cit. pp. 91 y ss.

20. Ibíd, p. 92.

21. BARCELONA (Pietro), op. cit., pp. 91 y ss.

22. Ibíd, p. 93.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

consideración de los diversos momentos en que analíticamente puede descomponerse el negocio y estudiar el problema, en relación con sus aspectos fácticos y preceptivos. Ahora bien: dado que en todo problema jurídico es posible distinguir aspectos de derecho, normativos y axiológicos, nada puede ser más puesto en razón que hacer la comparación entre ignorancia y error, en los planos fáctico, normativo y axiológico del negocio. Estudiaremos así el problema según a) la determinación del problema práctico planteado, (plano de hecho), b) determinación de la solución normativa (plano normativo) y c) determinación del valor afectado (plano efectual). Este estudio, permitirá determinar en qué casos, ignorancia y error, se asimilan y en cuáles la distinción se impone. De esta forma, se evitará toda afirmación apriorística y el incurrir en una generalización apresurada.

b. Estudio comparativo entre ignorancia y Error, en consideración a la parte fáctica del contenido negocial.

b.1. Determinación del problema práctico.

23. Un estudio detallado de la cuestión, puede mostrar como la distinción filosófica que media entre los conceptos de error e ignorancia, puede ser sostenida con éxito en el terreno jurídico, en consideración al problema práctico por ellos planteado. Para ello, debemos dejar sentada una afirmación. Todo error, consiste en una divergencia entre el significado que un sujeto le atribuye al contenido negocial, y el significado que dicho contenido —considerado como significante—, arroja a través del prisma de su consideración social.[23] El error se reconduce por esta vía, a un problema de significantes y significados. Puede ser que la divergencia apuntada se deba a un vicio que se intercala en el proceso de formación de la voluntad, deformándola (hipótesis que la doctrina tradicional conoce con el nombre de error vicio). Pero también puede deberse a la deformación del proceso por el cual la voluntad, tal y como resultó formada en la fase deliberativa, se exterioriza (hipótesis conocida tradicionalmente como error obstativo).[24] El error vicio, se ubica en la fase deliberativa; el obstativo, en la fase declarativa. Pero en ambos casos, el problema incide sobre el contenido del negocio. Y este contenido negocial, en tanto que es un significante, puede ser interpretado según una perspectiva individual subjetiva o social objetiva. Habrá error en el caso en que la perspectiva individual no coincida con la social. Dichas observaciones, ponen en evidencia que el problema del error recae, en todo caso, en la fase de planeamiento negocial y que el espacio que media entre el error obstativo y el error vicio, no es tan amplio como pudiera creerse.

En todo caso, sea por una circunstancia u otra, lo típico del error es consistir en una divergencia entre el significado objetivo del negocio y la representación que de él, se haya formado un sujeto en el momento de la fase de planeamiento del negocio. En la ignorancia, por el contrario, el problema es diverso. En ella, la representación que los sujetos hacen del contenido del negocio, se ajusta en todo a su significado objetivo. No obstante, la ignorancia plantea una divergencia entre el significado objetivo del contenido negocial y la fase de ejecución del negocio, divergencia que en última instancia, puede remontarse a una disconformidad entre la fase de planeamiento y la fase de ejecución negociales. Esto es así, en virtud de que en la fase deliberativa de la planeación no se tuvo acceso a todas las circunstancias de hecho y de derecho relacionadas con el negocio, por lo que se da una falta absoluta de representación al respecto. En síntesis, en la ignorancia hay una divergencia entre lo planeado y querido por las partes y lo que efectivamente ejecutan.[25]

Ahora bien, como es claro que el contenido negocial se compone de todos aquellos aspectos de hecho y de derecho aportados por las declaraciones conformes de voluntad subjetivas, es claro que la hipótesis de la ignorancia sólo puede presentarse con relación a aquellos aspectos respecto de los cuales ninguno de los sujetos del negocio se haya hecho representación alguna. Si por lo menos

---

23. BARCELONA (Pietro) op. cit. p. 93. Señala que porque "...en el caso que nos interesa el punto de vista, que se interpone entre la representación y el objeto, es el negocio mismo —en cuanto también él se coloca como término autónomo de referencia de la situación real— de aquí deriva... que el problema del error hace referencia solamente a la correspondencia del significado objetivo del negocio con el punto de vista subjetivo. Viceversa, la ignorancia absoluta, precisamente porque por definición consiste en la ausencia absoluta de representación y por consiguiente excluye de por sí toda cuestión conexa con la traducción en términos de expresión representativa de la realidad, no puede determinar nunca efectos análogos a aquellos propios del error ni dar lugar al mismo problema práctico".

24. Debe señalarse que la figura del error obstativo, está hoy día en crisis. A manera de ejemplo, ver lo comentado en infra nota número 39.

25. "La divergencia que viene de este modo a la luz, no atañe, en efecto, a la relación entre el punto de vista del sujeto y el negocio, sino a aquella entre negocio y realidad". Ibíd., p. 94.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

uno de ellos se representa la circunstancia y la incorpora al contenido del negocio, la hipótesis deberá recibir el trato del error, por tratarse en última instancia de una divergencia entre el significado del contenido objetivo del negocio y la representación correlativa del sujeto. Unos ejemplos aclararán la cuestión.

24. Son ejemplos de error, los siguientes:

a) Error en la naturaleza del negocio. Está contemplado en el Código Civil de Costa Rica en el artículo 1015, donde se le denomina "error sobre la especie del acto o contrato que se celebra". Por ejemplo, cuando las partes declaran celebrar una compraventa o un arrendamiento, pero una de ellas, entiende recibir a título de donación.[26]

b) Error, en la identidad de la cosa. "Estando de acuerdo en celebrar una compraventa el vendedor entiende vender un tractor y así lo declara y el comprador, entendiendo comprar un caballo, declara comprar el tractor en que piensa el vendedor".[27]

c) Error sobre la sustancia o cualidad esencial. Antes de señalar el ejemplo, parece necesario reparar en una distinción que no siempre ha sido advertida. Existen dos tesis, bien definidas, en lo que respecta al concepto de este tipo de error: a) la tesis romanista, que es de carácter objetivo-materialista y b) la francesa, de carácter subjetivo-intencional. Para la primera, el error *in substantia* tiene lugar cuando recae sobre la materia de que la cosa se compone.[28] Se trata, en suma, de aquel conjunto de sustancias permanentes, que determina la esencia misma de la cosa.[29] La tradición francesa por el contrario y siguiendo la tesis impuesta por POTHIER, consideró demasiado estrecha esta noción y procuró sustituirla por un criterio subjetivo-intencional: habrá error *in substantia,* cuando el negociante incurra en error con respecto a cualquier calidad material o inmaterial de la cosa (como pudiera ser su antigüedad o procedencia), con tal de que la hubiera tenido en mira el contratante como determinante para llevar a cabo la negociación.[30] Así, la sustancia pasó a ser ". . .la calidad o calidades de ésta, que los contratantes o contratante hubieran tenido en mira y los ha determinado a contratar".[31] Por ello, el Código Civil francés, al tratar el error en el objeto, tan solo estipula que ". . .el error no es causa de nulidad de la convención, sino cuando recae sobre la sustancia misma de la cosa objeto de ella".[32]

25. Nuestra codificación civil, no contiene a diferencia del Código Civil colombiano y chileno, la adecuada distinción introducida por BELLO, en lo tocante al error *in substantia* y las cualidades accidentales del objeto, cuando han sido causa principal de la contratación y han sido conocidas por la otra parte.[33] El señor Bello, le restituye al concepto de error *in substantia,* su acepción

---

26. OSPINA FERNÁNDEZ (Guillermo) y OSPINA ACOSTA (Eduardo) op. cit. p. 193.

27. Ibíd.

28. Para esta tesis, es el error que recae " . . .sobre las cualidades esenciales y constantes de la cosa —substantia rei—, atendida la función económico social que tiene la misma en la vida común. Hay error in substantia, por ejemplo, cuando se compra vinagre por vino, o plomo por oro. Lo mismo ocurre cuando se compra una esclava bajo la creencia de que es un esclavo. El error versa sobre la simple cualidad de la cosa, identificada ya en su genus —error in cualitate—; no destruye la validez del negocio". Así, IGLESIAS (Juan), *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado,* España, Editorial Ariel, 6ta. Edición, 1979, p. 182. También puede verse sobre el punto OSPINA y OSPINA, op. cit., p. 194.

29. Ibíd.

30. OSPINA y OSPINA, op. cit. p. 195.

31. Ibíd. p. 196. Sobre el punto, la bibliografía francesa es muy amplia y puede consultarse la que señalan Ospina y Ospina en su obra citada. Todavía hoy se señala que "Selon L' article 1110 du Code Civil" "L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que losrsqu'elle tombe sur la substance meme de las chose qui en est l' objet. Ce texte conduit les premieres commentateurs á rechercher les conditions de la nullité dans une définition de la substance. Trés vite l' assimilation á la matiére a éte, écartée au profit d' une définition objetive des quálités substantielles, par reférence á l' opinion génerale. Mais aujourd' Lui, cést que les qualités, son jugées substantielles. Il est admis que pour justifier l' annulation, l'erreur doit avoir déterminé le consentement". Así: GHESTIN (Jacques), Traité de Droit Civil (Les Obligations, le Contrat), París, L.G.D.J. T. II, 1980, p. 299.

32. Artículo 1110 del Código Civil, supracitado.

33. "Don Andrés Bello, a vuelta de corregir la inexactitud filosófica de esta teoría francesa, mediante la reducción de la noción de error in substantia a las verdaderas calidades esenciales o sustanciales del objeto de los actos jurídicos, también tuvo que reconocer que el error acerca de las calidades accidentales de dicho objeto constituye, en ciertas condiciones, un grave vicio del consentimiento, capaz de afectar la validez de los actos respectivos. Así, teniendo en cuenta que las calidades accidentales de una cosa solamente revisten la importancia que los interesados efectivamente les atribuyen, el señor Bello comenzó por no reconocerle eficacia al error cometido acerca de aquellas, sino cuando tales calidades hubieran sido el móvil o motivo determinante de una de las partes para contratar. Y como

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

romana y lo define como aquel que recae sobre la sustancia (material-objetiva) de la cosa o sus cualidades esenciales. Pero, reconociendo que el comercio se puede ver afectado también en aquellos casos en que una cualidad accidental haya sido tomada en cuenta para contratar, determinó la anulación del contrato, cuando esta circunstancia hubiese sido conocida por la contraparte.

26. Separa así en dos hipótesis, los supuestos que POTHIER confundió en uno solo. Nuestro Código Civil, no hace ninguna mención al concepto de cualidades accidentales en el citado artículo 1015. Sin embargo, estimamos que ello no debe conducirnos a negar la relevancia de las mencionadas cualidades accidentales cuando hayan determinado la voluntad negocial.[34] Estimamos correcta la doctrina que acepta su relevancia en los límites dichos. Su justificación quedará demostrada cuando estudiemos el problema de la esencialidad; se trata de un problema de esencialidad en concreto.

27. Habrá error en la substancia cuando, por ejemplo, se pacta —y así se declara, por parte de los sujetos que intervienen en el negocio—, celebrar una compraventa de una mesa de cobre, pero uno de ellos estima que, se trata de una mesa que es toda de oro. En este caso, un sujeto ha mal interpretado el contenido objetivo del negocio. Distinto sería el caso, si ambos contratantes declaran y entienden vender y comprar una mesa enchapada en oro, pero el objeto del contrato (la mesa) resulta ser efectivamente de cobre. En este caso, la fase de planeamiento del negocio, se contrapone a la ejecución: se verifica una prestación de dar distinta a la que fue planeada. En este caso, tendremos ignorancia.

28. Queda claro, de lo dicho hasta el momento, que en todos los casos de error, el contenido objetivo del negocio es uno, pero la interpretación que uno de los sujetos hace de él es equivocada. El error, se presenta en los casos en que si bien son coincidentes entre sí las declaraciones negociales, en términos de conformar el contenido negocial, los negociantes (o uno de ellos) emiten declaraciones que no se ajustan a su voluntad real entendida como aquella que tendrían de haber interpretado adecuadamente el contenido negocial. Queda también claro que, en los casos de error, la fase de planeamiento coincide con la de ejecución. Así, en el caso de la compraventa de tractor, —aun cuando uno de los sujetos estime que se trata de un caballo— lo que se traspasa en la ejecución es lo que se planeó: un tractor. En el caso de la mesa de cobre —aun cuando un sujeto estime que se trata de una mesa toda de oro— lo que se ejecuta es lo que se planeó objetivamente: el traspaso de una mesa tan solo formada de cobre.

29. Por el contrario, son ejemplos de ignorancia, los siguientes:

a. En una galería de arte, dos sujetos declaran —y así lo entienden— realizar la compraventa de una obra de arte. Sin embargo, llegado que es el momento de la ejecución del contrato, se verifica una prestación sustancialmente distinta de la planeada: se da una copia, en lugar del original pactado, a consecuencia de que en la etapa cognoscitiva, no se tuvo en cuenta la circunstancia de que el bien no era, efectivamente, un original.[35]

b. En una tienda de artículos varios, dos sujetos declaran —y así lo entienden— celebrar una compraventa de una copia de una famosa pintura, pero lo que en realidad se trasmite, es una obra de arte original.

30. En estos casos, es claro que el contenido objetivo del negocio es uno y coincide con lo que cada uno de los sujetos se representa individualmente como tal. No obstante, confrontado que es el negocio con la realidad, resulta una clara disconformidad entre éste y aquella. En este punto, es necesario introducir una nueva distinción que no siempre ha sido advertida. Debe distinguirse

---

también es necesario dar seguridad al comercio y proteger a la otra parte, evitándole las sorpresas y los perjuicios que injustificadamente podría ocasionarle la anulación de un contrato celebrado de buena fe por ella, el redactor de nuestro Código Civil exigió además, como condición indispensable para que el consentimiento quedara viciado, que los móviles o motivos determinantes de la voluntad de una de las partes, relacionados con las calidades accidentales del objeto, fueran conocidos de"la otra parte". Ver así, OSPINA y OSPINA, op. cit. pp. 199-200.

34. UMAÑA ROJAS (Ana Lorena), PÉREZ VARGAS (Víctor). Elementos del Negocio Jurídico. Revista Judicial, San José, núm. 12, junio 1979, p. 97, señalan que "El error en cualidades secundarias sólo daría lugar a invalidez si tales cualidades se hubiesen considerado en forma especial y determinante".

35. El ejemplo es de BARCELONA (Prieto), op. cit. p. 94, PIETROBON (Vittorino), op. cit. p. 460, pone también el caso del sujeto que vende un viejo violín ignorando que se trata de un Stradivarius. En este caso, apunta que es fácil suponer que el vendedor concluyó el contrato "...ignorando pura y simplemente, aquella procedencia que recae sobre el valor del objeto".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la ignorancia autónoma —que es la de que hemos venido hablando—[36] de la ignorancia-ocasión.[37]

Esta última es la que puede padecer el sujeto a la hora de interpretar el contenido objetivo del negocio, determinado el que incurra en error. Se dice que es ocasión, porque da lugar, cede el puesto que ocuparía el conocimiento, al error; es, en suma, "ocasión" de que el error se verifique y se mal interprete, por tanto, el contenido negocial. La primera resulta tan sólo del análisis estructural

---

36. El planteamiento tradicional es el siguiente. Se dice que el error puede ser, desde el punto de vista del número de los sujetos que en él incurran, unilateral, bilateral o común. Hay error unilateral cuando sólo es uno de los sujetos de la negociación el que incurre en él. Hay error bilateral cuando ambas partes son llamadas a error. Como lo propio de este error es que la equivocación de cada sujeto recaiga sobre un diverso aspecto de la realidad negocial, la doctrina acierta al señalar que, en realidad, el error bilateral no tiene autonomía conceptual. Se trata, en última instancia, de varios errores unilaterales. Ver así ALONSO PÉREZ (Mariano), en Anotaciones y concordancias a la obra: *El error en la Doctrina del Negocio Jurídico*, por Vittorino Pietrobon, op. cit. p. 768. Distinto del error bilateral, es el error común. Hay error común, cuando ambas partes —si el negocio es bilateral— o todas ellas —si es plurilateral—, se crean " . . .una falsa representación. . . acerca de un mismo elemento negocial, determinante del consentimiento: por ejemplo, cuando comprador y vendedor opinan erróneamente que determinado cuadro pertenece a un pintor famoso; compra de un fundo pensando las partes que tiene 50 ha. de extensión, resultando tener 30; el vendedor que vende vino añejo de 30 años de antigüedad y el comprador, tras probarlo, estima lo mismo, celebrando el negocio en la errónea creencia, etc.". Así, Ibíd, p. 796. Existe otra concepción de error común, que es aquella que lo define como la errada opinión de la colectividad. Sobre esta acepción, hablaremos mas adelante (ver numeral 55). Por ahora, vale dejar planteada la problemática. En nuestra opinión, no es lícito hablar de error común, en lo que respecta a su primera acepción, es decir, como la errónea creencia en la que incurren todos los sujetos del negocio, referente a un mismo aspecto de la realidad negocial. Estos casos, no son de error, sino problemas de IGNORANCIA AUTÓNOMA. No hay en estos casos, una discordancia entre el significado objetivo del negocio y la interpretación que de él hagan los sujetos del negocio. En el caso de la compraventa del fundo antes citada, las partes declaran, entienden y desean celebrar una compraventa de un fundo de 50 ha.; sólo que cuando se confronta la fase de planeamiento del negocio, con la de ejecución— en otros términos, cuando se confronta el negocio con la realidad—, se aprecia una disconformidad sustancial entre ambos. En conclusión, nuestro análisis demuestra que sólo tienen autonomía conceptual, las ideas del error (que es siempre de carácter unilateral) y la ignorancia autónoma, que es siempre bilateral o plurilateral. El error común, en su primera acepción, es fruto del desconocimiento de la categoría de la ignorancia autónoma. La importancia de este planteamiento, no es únicamente teórica. En efecto, la doctrina considera que el problema del error común —en su primera acepción cuando menos—, debe recibir el tratamiento que se prescribe para el error unilateral (Ibíd). Este error unilateral, si es vicio, es considerado anulable (artículo 1015 del Código Civil Costarricense). Nosotros, como lo veremos más adelante (ver numeral 33), consideramos que el problema del tratamiento que debe recibir la ignorancia autónoma debe ser reconducido a la categoría de la nulidad. Por otra parte, la categoría de la ignorancia autónoma en tanto que se encuentra estrechamente relacionada con el concepto del significado objetivo del negocio, se muestra muy fecunda en otro orden de ideas. De sobra es sabido el problema que ha tenido la doctrina para explicar el porqué, el error común —entendido, repito, en su primera acepción—, ha de influir sobre la validez del negocio jurídico. Para ello, se ha recurrido, de manera general, a dos discutidas teorías: la de la presuposición y la de la base negocial. Se dice así, que: "La presuposición, según la formuló WINDSCHEID consiste, como es sabido, en aquellas falsas representaciones de la realidad o en aquellas expectativas que han influido de modo reconocible sobre la motivación de la voluntad de un sujeto, de forma que no habría emitido la declaración si hubiera tenido un conocimiento exacto de las cosas. . .". Así, PIETROBON (Vittorino), op. cit., pp. 724-725. La presuposición es "El conflicto de intereses, en cuanto es objeto necesario de una representación de las partes. . .". Ibíd.,p. 731. La otra teoría que pretende dar solución al problema del porqué el mal llamado "error común", ha de influir sobre la validez del negocio, es la Teoría de la Base Negocial (GESCHÄFTSGRUNDLAGE). Con respecto a esta teoría, y siguiendo a LARENZ, es necesario hacer una previa distinción. "La expresión base del negocio, puede ser entendida y así lo ha sido, en un doble sentido. En primer lugar, como la base subjetiva de la determinación de la voluntad de una o ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la base objetiva del contrato. . . o sea, como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato —sepanlo o no lo contratantes— ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes y la subsistencia del contrato no tendría sentido fin u objeto". Así, LARENZ (Karl), *Base del Negocio y cumplimiento del contrato*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 37. De los dos conceptos antes mencionados, interesa sobre todo, para los efectos de este desarrollo, el de la Base Subjetiva. Siguiendo al propio LARENZ, "Entendemos por base subjetiva del negocio, aquella común representación de los contratantes por la que ambos se han dejado guiar al fijar el contenido del contrato". Así, Ibíd.,p. 41. "La Base del negocio subjetiva, entra. . , en el campo de los motivos y ha de concebirse jurídicamente dentro de la teoría del error en los motivos y de los vicios de la voluntad". Ibíd.,p. 38. En síntesis, en los casos del "error común", en el sentido de esta expresión que criticamos aquí, la doctrina señala que desaparece, ya la presuposición, ya la base negocial subjetiva y por ello debe venir, consecuentemente a menos, la validez del negocio. Sin embargo, estas dos doctrinas adolecen de un problema fundamental, que es precisamente su incapacidad para diferenciarse del simple error en los motivos, el cual, como se sabe, carece en tesis de principio de relevancia, salvo en lo que toca al testamento. Nosotros, estimamos como lo señalamos anteriormente, que la idea del contenido del negocio, considerado en su significado objetivo, puede explicar perfectamente el porqué la ignorancia autónoma ha de influir sobre la validez del negocio, sin necesidad de recurrir a las tan debatidas teorías de la presuposición y de la base negocial. En efecto, el contenido del negocio es el resultado del desarrollo completo de la fase de planeamiento negocial, la cual es a su vez, la que determina directamente, la fase de ejecución. Esta última, es entonces el resultado de lo conocido, valorado y querido por las partes. De aquí que cuando ambos sujetos no incorporan a la fase de planeamiento una o más circunstancias de hecho o de derecho, necesarias para impulsar correctamente las voluntades hacia su objetivo, se habrá de producir, el fenómeno de la ignorancia autónoma, que origina una disconformidad entre lo planeado por las partes y lo que estas efectivamente ejecutan. De lo dicho, podemos extraer una consecuencia de gran importancia para el tema que analizamos: la relevancia de la ignorancia autónoma, está en función de causa eficiente de la voluntad y consecuentemente, del contenido negocial. El motivo está en

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

del acto negocial, valorado en sus aspectos de planeamiento y ejecución y se analiza objetivamente y no subjetivamente como la anterior. La ignorancia-ocasión, es la que da lugar a que se origine un falso conocimiento de la realidad y se mal interprete el contenido del acto que se pretende llevar a cabo. No es relevante, porque se subsume siempre en el error.[38] La única ignorancia relevante, es la autónoma.

31. Resta tan sólo, hacer unas aclaraciones. No hay ignorancia ni error, cuando las declaraciones de los contratantes son manifiestamente opuestas. En esta hipótesis, lo que se produce es el disenso, que es una figura claramente delimitada y distinta, por tanto, de los problemas que analizamos en este apartado.[39] Su consecuencia, es la inexistencia del contrato.[40] Por otra parte, en tanto que el error es unilateral,[41] la ignorancia autónoma sólo puede ser bilateral —o plurilateral—. La ignorancia autónoma requiere para configurarse, que los sujetos declaren y entiendan celebrar una misma cosa.

b.2. Determinación del problema normativo.

32. Señala el artículo 1008 del Código Civil, que "El consentimiento de las partes debe ser libre y claramente manifestado. . ." y además, según el artículo 1007, este consentimiento debe existir a efecto de que se tenga como existente un contrato. Si bien es cierto que consentimiento y voluntad son diversos, es claro que no puede haber consentimiento sin voluntad, de donde se sigue que también la ley exige que la voluntad exista en forma libre para que se dé a la luz un contrato y más genéricamente, un negocio jurídico. Ahora bien: la existencia y libertad de la voluntad, pueden verse comprometidos tanto positivamente —en los casos en que agentes externos la tuerzan o la eliminen (como en la violencia y el dolo) o negativamente— porque particulares circunstancias impidan el perfeccionamiento de la fase cognoscitiva de la deliberación sea por defecto del conocimiento (caso del error) o por ausencia de conocimiento (ignorancia).

33. La consecuencia que la ley le liga al error, es la de la anulabilidad, en caso de que sea un error vicio o la de la nulidad, en caso de que sea obsta-

---

función de causa final de la voluntad y del contenido negocial. En síntesis, la teoría del contenido negocial, considerado en su significado objetivo, permite distinguir claramente la circunstancia ignorada relevante, del simple motivo, según que la circunstancia se encuentre a su respecto, en función de causa eficiente o de causa final.

37. Distinta de la ignorancia autónoma es la ignorancia ocasión. (El término es de ALONSO PÉREZ (Mariano), op. cit. p. 649). Esta última es a la que se considera susceptible de subsumirse en el concepto de error. Ver así, entre otros a: STOLFI (Giuseppe). *Teoría del Negocio Jurídico,* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 171, quien al efecto señala que "El error consiste en la falsa representación de la realidad: determinado por la ignorancia, es decir, por no haber tenido la otra parte conocimiento de todas las circunstancias que influyen en el acto concertado, o por la equivocación, es decir, por no haber valorado exactamente la influencia de dichas circunstancias". Hay pues, ignorancia ocasión, cuando el desconocimiento de la realidad da lugar a que esta se mal interprete en términos de producir una discordancia entre el contenido objetivo del negocio y la interpretación que de él haya hecho el sujeto declarante.

38. "La mera ignorancia puede únicamente originar omisiones, no negocios". Así, PIETROBON (Vittorino), op. cit. p. 458.

39. El problema viene de confundir el error obstativo, con el disenso. Ya se explicó que la teoría del error obstativo es fruto de una confusión entre dos figuras lógicas bien diversas: el disentimiento consciente y el consentimiento erróneo. En el primero, ninguno de los agentes padece error, cada uno de ellos sabe exactamente qué es lo que quiere y así lo declara correctamente, pero al intercambiar sus declaraciones resulta que éstas, en vez de coincidir discrepan entre sí, por lo cual salta a la vista la falta de consentimiento necesario para dar existencia a una convención. En el segundo, la discrepancia se manifiesta entre la voluntad real de uno de los agentes o de todos ellos y las declaraciones que erróneamente formulan y que no traducen esa voluntad, caso en el cual sí se presenta un consentimiento aparente y por ende, una convención, también aparentemente válida. Así, no es lo mismo que una de las partes diga vender, queriendo vender y la otra diga recibir en donación, queriendo recibir a este título (disentimiento), a que una de las partes o todas ellas, v.gr., por ignorancia del idioma en que tratan, digan celebrar una donación, cuando realmente entienden comprar y vender (consentimiento errado) OSPINA y OSPINA, op. cit., p. 192. Vale agregar que le cabe a Andrés Bello el mérito filosófico-jurídico de haber propuesto la distinción de ambos problemas. En contra de esta teoría, puede consultarse, sin embargo, a UMAÑA ROJAS (Ana Lorena) y PÉREZ VARGAS (Víctor), op. cit. p. 97, para quienes el problema del disenso es efectivamente una hipótesis de error obstativo.

40. No debe confundirse el problema de la invalidez, con el de la inexistencia, pues en tanto aquella es un juicio de valor que el ordenamiento atribuye a un determinado negocio, la segunda es un juicio ontológico. En este sentido, puede verse: SCOGNAMIGLIO (Renato). *Contributo alla teoría del negocio jurídico.* Napoli, Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, Seconda Edizione, 1969, p. 329.

41. Se ha dicho que "Una errónea clasificación distingue entre error unilateral y bilateral. En realidad se darían uno o varios errores, cuyo número es irrelevante para efectos de anulabilidad". Así, Umaña Rojas (Ana Lorena) y PÉREZ VARGAS (Víctor), op. cit., p. 97.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tivo.[42] En lo que respecta al tratamiento que la ley le debe dar a la ignorancia autónoma, debe tenerse en cuenta que siempre, en los casos en que ella se presenta, FALTA la voluntad, con respecto a una determinada circunstancia relacionada con el negocio. Es claro: el conocimiento es siempre presupuesto lógico e incluso cronológico, de la voluntad. De aquí que si la circunstancia es relevante, en términos de poder decir que el sujeto, de haberla conocido, habría variado su querer, el negocio en cuestión devendrá nulo. La ignorancia autónoma, genera siempre la nulidad, a tenor de lo dispuesto por el artículo 835 del Código Civil, cuando recae sobre una circunstancia que, según un juicio hipotético retrospectivo, puede estimarse como esencial. En otros términos, la relevancia de la ignorancia, no es sino la de la circunstancia ignorada.[43]

b.3. Determinación del problema axiológico.

34. En toda norma, escrita o no, que se encuentre incorporada al sistema jurídico, existe un valor subyacente que justifica la atribución de determinadas consecuencias jurídicas al problema práctico que suscitan los hechos descritos en el supuesto normativo. Este valor, tutelado, en los casos de error y de ignorancia, es el mismo: la voluntad, en tanto que es presupuesto de la autonomía privada. Entendemos por autonomía privada, la facultad —atribuida a los sujetos por el ordenamiento— de regular sus propios intereses y de programar negocialmente su vida intersubjetiva.

c. Estudio comparativo en consideración a la parte preceptiva del negocio.

c.1. Determinación del problema práctico .

35. En rigor, se impone distinguir tres hipótesis:

a. El principio de la "inexcusabilidad de la ignorancia de las leyes",

b. El problema de la "ignorancia iuris" y

c. El problema del "error iuris".

36. Bien es sabido que para el Derecho romano antiguo, por su carácter esencialmente formalista, la "voluntad" era prácticamente secundaria frente a la palabra (hoy diríamos manifestación). Los que realmente tenían relevancia, eran los "verba".[44] Por esta razón, todo lo que se relacionaba con la voluntad y sus problemas, estaba relegado a un segundo plano. No fue sino con el derecho clásico y principalmente en la etapa posclásica, que adquiere importancia el tema de la voluntad, la que, a partir de ese momento, será considerada el nervio del negocio.[45] Consecuentemente, el problema de los vicios de la voluntad, cobra importancia a partir de esta etapa y con ellos, el problema del error. Para los romanos, el error fue tanto el falso conocimiento, como la ignorancia de una circunstancia determinada.[46] Por lo demás, sólo admitieron la categoría del error "facti" y no del error "iuris", que fue considerado inexcusable (salvo con relación a determinados sujetos).[47] La razón es clara: si se confunde la inexcusabilidad del conocimiento de las leyes, con el problema del error de derecho, todo error iuris implicará necesariamente un atentado contra el principio de la certeza jurídica y por tanto, deberá perjudicar tan sólo al que lo padece.[48] El deseo de proteger al ordenamiento estatal, patente ya en la jurisprudencia clásica, se ve reforzado con la tesis del período posclásico, de que el error de derecho es esencialmente culposo.[49] Los bizantinos, una vez llevada a cabo la compilación, parten de la idea de que las normas jurídicas son fáciles de conocer,[50] de donde se sigue que todo aquel que alegue no conocer el derecho "por error" incurre necesariamente en

---

42. Estimamos errónea la creencia generalmente extendida en nuestra doctrina en el sentido de que la consecuencia que debe dársele al error obstativo, conforme a nuestro derecho, es la de la anulabilidad; "En cuanto a los efectos, el Código otorga igual tratamiento al error obstativo y al vicio: la anulabilidad. Sin embargo, el error obstativo excluye por completo la voluntad, por lo que debería tener como efecto la nulidad. (Artículo 835, inc. 1 cc.)" UMAÑA ROJAS (Ana Lorena) y PÉREZ VARGAS (Víctor) op. cit., p. 97. En nuestro criterio, no solo debería dársele el tratamiento de la nulidad, sino que además, debe positivamente otorgársele tal tratamiento, a tenor de lo señalado en el mencionado artículo 835, inc. 1 del Código Civil.

43. Así, BARCELONA, (Pietro), op. cit. p. 93.

44. Así: IGLESIAS (Juan), op. cit. p. 179.

45. Ibíd.

46. Ibíd, p. 181.

47. "El error de derecho podía ser invocado por determinadas categorías de sujetos, que gozaban al efecto de un particular y raro privilegio: se trataba de las mujeres, menores, soldados, hombres rústicos. Con respecto a los demás, regía la regla impuesta por PAULO: Iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. (D. 22, 6.9 pr)". Ibíd. p. 181.

48. Así, ALONSO PÉREZ (Mariano) op. cit. p. 647.

49. Ibíd.

50. Ibíd. Este criterio se mantiene hasta SAVIGNY, inclusive, quien señala que quien incurre en error de derecho, es culpable de gran negligencia toda vez que ". . .las reglas de derecho son claras y ciertas, y cada uno puede apren-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

culpa. Esta situación se mantiene durante todo el derecho intermedio.

37. La situación empieza a cambiar en la época de la codificación Napoleónica. Ya DOMAT enseñaba que el error de derecho debería ser excusable cuando había sido la causa única de la convención.[51] Por otra parte, el Código Civil francés, al no establecer ninguna diferencia entre el error de derecho y el de hecho, dio lugar a que sus primeros intérpretes admitieran la existencia del primero, en contra de las enseñanzas de POTHIER, que parece acoger el sistema romano. El mismo camino tomaron las leyes castellanas. No obstante este desarrollo, algunas legislaciones todavía confunden estos problemas y les asignan un tratamiento uniforme.[52]

38. Históricamente, pueden distinguirse tres tesis con respecto al problema que analizamos: a) inexcusabilidad del conocimiento de las leyes, ignorancia iuris y error iuris, son una misma cosa. Por tanto, ninguno es excusable ya que ello implicaría negarle carta de identidad al principio de certeza que debe regir en todo ordenamiento jurídico, b) los tres son la misma cosa, sólo que debe distinguirse el ámbito en el que recaen: el error de derecho, que consiste tanto en el falso conocimiento como en la ignorancia, de una norma jurídica, es irrelevante ". . .cuando se invoca para eludir el imperativo de las normas pero no cuando se alega para obtener la nulidad de una regulación voluntaria de intereses que, sin aquel error, no habría nacido a la vida jurídica".[53] A pesar de que la observación es certera, todavía está teñida de un cierto confusionismo; c) deben distinguirse claramente cada uno de los tres problemas. Esta es la tesis que nos parece correcta.

39. La inexcusabilidad de la ignorancia de la Ley, como principio, está recogida en nuestro Código Civil en el artículo 31, párrafo segundo, que al efecto estipula: ". . .nadie puede alegar ignorancia de la Ley debidamente publicada". Este precepto, si se analiza bien, no impone al sujeto una obligación de conocer efectivamente todas y cada una de las disposiciones normativas en que consiste el ordenamiento jurídico. Tan sólo señala que la ignorancia de un sujeto, no puede ser obstáculo para la aplicación del derecho.[54] Consecuentemente, para los que ignoran el Derecho, no existe condena alguna salvo aquella —si así se quiere entender— que pudiese consistir en aplicarles una norma que desconocían.

40. Debe aceptarse que el conocimiento de los sujetos, no es condición de validez y efectividad de las leyes. Pero, paralelamente, puede ser que la ley requiera, en determinadas circunstancias, el conocimiento efectivo del Derecho para la producción de un determinado efecto jurídico. El conocimiento de las normas será, en este caso, parte del supuesto condicionante del efecto jurídico.[55] Un ejemplo de ello, lo podemos encontrar precisamente en el negocio jurídico. La ley requiere que la voluntad sea libre y exista en relación con todos y cada uno de los aspectos que constituyen el acto negocial, aspectos que, según vimos, pueden ser de hecho o de derecho. Concretamente, en el plano negocial, cuando el conocimiento de las normas es defectuoso, en términos de creer que "el derecho permite lo que

---

derlas directamente o recibir este conocimiento de los jurisconsultos". Ver Así: SAVIGNY, Sistema, T. II, op. cit., p. 393. Sin embargo, forzado por el auge de la producción jurídica que ya se vivía en su época, tuvo que admitir que ". . .en efecto, esta opinión desfavorable supone que el error descansa en una regla de derecho reconocida generalmente como cierta. De otro modo, no se podría atribuir al que se engaña una gran negligencia, así como también los numerosos ejemplos que las fuentes nos ofrecen se refieren todos a reglas que tienen el mismo carácter de evidencia. De aquí se deduce que tal disfavor debe cesar en los dos casos siguientes: primero, cuando la regla es objeto de controversia; por ejemplo, si un principio dividía a las dos sectas de jurisconsultos. Segundo cuando la regla pertenecía al derecho particular, porque el conocimiento de este derecho estaba menos extendido y era menos asequible que el del general, sobre todo, si el derecho local era una costumbre cuya existencia es siempre más difícil de probar. . . Una vez admitidas ambas restricciones, debemos tratar del error en el derecho moderno, considerándolo menos rigurosamente que lo hicieron los jurisconsultos romanos. En efecto, en el estado actual de la civilización y de la ciencia, las cuestiones controvertidas son mucho más numerosas que en la época romana, ocupando el derecho particular en Alemania un lugar más importante que entre los romanos; además, el error acerca de este derecho se declara excusable de una manera formal en un texto del Derecho Canónico". Reclamar una lenidad parecida no es prescindir de los principios del derecho romano sino aplicarles según su espíritu o circunstancias diferentes. . . SAVIGNY, Sistema, T. II, op. cit. pp. 394-395.

51. ALONSO PÉREZ (Mariano, op. cit. p. 647.
52. Ibíd.
53. PIETROBON (Vittorino) op. cit. p. 616.
54. ALONSO PÉREZ (Mariano) op. cit. p. 648.
55. Así, PUGLIATTI (Salvatore) Conoscenza, op. cit. p. 58.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en realidad prohibe o prohíbe lo que en realidad permite",[56] estaremos ante una hipótesis que puede ser de error o de ignorancia iuris. En estos casos, por estar evidentemente afectada en forma negativa la voluntad, se generará la invalidez del negocio. No vale argumentar que una interpretación en este sentido iría en contra del principio de conservación de los negocios jurídicos porque, si bien es cierto que este es un principio rector de todos los ordenamientos jurídicos modernos, también es verdad que la ley sólo quiere conservar aquellos negocios que se ajustan al mínimo de reglas lógico jurídicas contenidas en sus disposiciones.

41. Queda así puesto en evidencia, que el problema práctico que presenta la ignorancia de la ley, es muy diverso al de la ignorancia o al del error de derecho. Precisa ahora distinguir estos dos últimos conceptos. Habrá error de derecho, en aquellos casos en los cuales el sujeto interprete falsamente el conjunto de poderes y deberes —derivados de disposiciones normativas legales o impuestos o concebidos por la propia voluntad de las partes— que integran la parte preceptiva del negocio.[57] Habrá ignorancia (y no error) cuando se deja fuera de planeamiento, la incorporación de una disposición normativa relacionada con el negocio.

c.2. Determinación según el plano normativo.

42. Es claro que a las tres hipótesis aquí contempladas, les corresponde una solución normativa distinta: a) a la ignorancia de la ley, el ordenamiento no liga otra consecuencia que la irrelevancia; b) en el caso de error de derecho, la solución es más difícil de encontrar. El artículo 17 del Código Civil, estipula que: "El error de Derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen". El problema es entonces el de especificar qué es lo que las leyes determinan sobre el punto aquí en discusión. Un primer paso, consiste en situar el problema, no en el ámbito del conocimiento obligatorio de las leyes, sino en el de la voluntad, nervio del negocio jurídico. Ahora bien, en esta dimensión, encontramos una norma, el artículo 1015 del Código de referencia, que estipula que es anulable el contrato que se conviene por error. No obstante, no se aclara a qué tipo de error se refiere. Sobre el particular, cabe señalar que una correcta interpretación del presente artículo, ha de inclinarse por señalar que el error que invalida el consentimiento o la voluntad, es tanto el de hecho como el de derecho. Esto es así, en virtud de que, de conformidad con lo que establecen los artículos 1007 y 1008 del texto citado, la voluntad ha de manifestarse libre y claramente. La ley exige, así como lo dijimos líneas atrás, el conocimiento efectivo de todas y cada una de las circunstancias relacionadas con el negocio, que pueden ser tanto de hecho como de derecho. Y es claro que el error sobre alguno de estos dos tipos de circunstancias, impide la correcta formación de la voluntad. El punto es que, tanto en el error de hecho como en el de derecho, se produce el mismo efecto sobre la voluntad: la perturban e impiden su adecuada formación. En consecuencia, el error de derecho, toda vez que vicia la voluntad, debe generar la consecuencia de la anulabilidad. Este será el efecto que las leyes le determinen para el caso aquí analizado. Esta solución se encuentra avalada por nuestra jurisprudencia;[58] c) la ignorantia iuris, dado que excluye la voluntad, debe generar la nulidad del negocio de que se trate.

c.3. Determinación del valor en juego.

43. Es el mismo: se trata de tutelar a la voluntad en tanto que es el nervio central del negocio jurídico. Por ello, casualmente, es que la distinción de la eficacia de la ignorancia y del error de derecho, según la nulidad o anulabilidad que producen, se encuentra plenamente justificada: Se trata de distintos grados de lesión a un mismo bien jurídico. No obstante, debe reconocerse que, en lo que respecta al principio de inexcusabilidad de la ig-

---

56. BAUDRIT CARRILLO (Diego) Error de Derecho. Venta de Cosa Ajena. Nulidad Parcial. (Notas de Jurisprudencia). Revista Judicial, San José, No. 37, junio 1986, p. 95.

57. En nuestro sistema jurídico, el error de derecho ha sido acogido expresamente por nuestra jurisprudencia. Se ha dicho en este sentido que el artículo 1015 del Código Civil declara anulable el contrato en que se conviene por error, sin hacer ninguna distinción entre error de hecho y error de derecho. El punto tiene importancia en presencia del artículo 1 y párrafo 2 del mismo Código, que dispone: "Nadie puede alegar ignorancia de la ley debidamente promulgada". La cuestión, sin embargo, no debe situarse en el campo del conocimiento obligatorio de la ley sino en el del consentimiento, porque es innegable que la ignorancia sobre ese particular, impide que la voluntad pueda manifestarse libre y claramente, condición ésta, que es necesaria para la validez del contrato. Artículos 1007 y 1008 ibídem. De ahí que es indiferente la especie de error de que se trata, desde que en uno y otro caso produce el mismo efecto sobre el consentimiento". Así: Casación, Sentencia No. 121, de las 16 horas del 14 de noviembre de 1979 en Boletín No. 9, Jurisprudencia de Casación . Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 1979. p. 1 y ss.

58. Ver así, supra nota 57. Esta jurisprudencia, a tenor de lo estipulado por el artículo 9 del Código Civil, tiene papel informador del problema que nos ocupa.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

norancia de la ley, el valor tutelado es la seguridad jurídica. En síntesis, podemos afirmar que, en lo que toca al problema práctico y normativo, ignorancia y error son diversos, sea que nos coloquemos en el plano fáctico o en el preceptivo del negocio. El único aspecto en que es lícito asimilarlos, es en lo referente al valor que esté en juego en las hipótesis en que se presenta.

B. ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE EL ERROR Y LA IGNORANCIA EN SENTIDO JURÍDICO NEGOCIAL Y LA PATOLOGÍA DEL CONOCIMIENTO PROPIA DE LAS HIPÓTESIS DE APARIENCIA.

1. Relaciones entre error, ignorancia y negocio jurídico.

44. Esta relación puede ser enfocada desde dos perspectivas diferentes:

a) Desde el punto de vista normativo y b) desde el punto de vista práctico social.

45. Las normas que disciplinan el negocio jurídico —que son de carácter imperativo y por tanto, inderogables por la voluntad de las partes— ligan directamente el error y la ignorancia a la estructura del negocio. Conviene por tanto, determinar cuál es esa estructura, para luego analizar la conexión entre ellos existente.

Tradicionalmente, se ha definido el negocio jurídico, como una manifestación de voluntad dirigida a la consecución de un fin práctico tutelado por el Derecho.[59] Modernamente, se le concibe como una programación objetiva de intereses.[60] Como quiera que se lo defina, es claro que se trata de un acto que es expresión plena del principio de autonomía privada.[61] En el negocio jurídico, podemos distinguir dos figuras: a) la figura causal y b) la figura efectual. La primera consiste siempre en un determinado comportamiento y la segunda se resuelve en un efecto jurídico, que es el valor que el ordenamiento le asigna al comportamiento.[62] A su vez, dentro de la esfera de la figura causal, podemos distinguir un conjunto de elementos a los que la doctrina denomina como "esenciales" y que son aquellos indispensables para que se dé el negocio, sea reconocido por el derecho y se muestre capaz de producir potencialmente efectos jurídicos.[63] Por eso es que son denominados causas de eficacia. Según algunos, se encuentran también aquellos elementos con los cuales el negocio "se enriquece", pero puede existir y ser válido en su ausencia. La doctrina los denomina como "marginales" o "concausas de eficacia". No obstante, lo propio es decir que los elementos marginales, se localizan en la zona efectual del negocio.[64]

46. La determinación de cuáles son los elementos que integran la fase causal negocial, supone la tarea de distinguirlos conceptualmente de otras figuras que también se insertan en esa esfera. Tenemos así, por un lado, a los presupuestos del negocio, que son, como se ha afirmado, aquellas circunstancias extrínsecas al hecho negocial en sí, pero que se relacionan con él, en virtud de que afectan los puntos de conexión entre el hecho y el efecto.[65] Son, en este sentido, específicas características del objeto (punto de conexión posible entre hecho y efecto) y del sujeto (punto de conexión necesario). Estos últimos, se refieren a "la potencialidad del sujeto para expresar, mediante un comportamiento propio, intereses jurídicamente relevantes".[66] Los presupuestos objetivos, "se refieren a la idoneidad del objeto para servir como materia del negocio y operar como punto de conexión entre hecho y efecto".[67] Para un sector de la doctrina, los presupuestos jurídicos deben también ser diferenciados de los antecedentes lógicos y jurídicos del negocio.[68] Se habla también de requisitos jurídicos. Algunas veces, se utiliza el término como sinónimo de elemento negocial. No obstante, se apunta que en sentido estricto, requisito debe ser tan solo aquel que se refiere a las cualidades del negocio y eventualmente de sus presupuestos.[69]

47. Hecha esta aclaración preliminar, llegamos a la consideración de que elementos del negocio (aquellos que determinan su núcleo esencial sin el cual éste no puede existir ni nacer a la vida jurídica),

---

59. Así, ROJAS UMAÑA (Ana Lorena) y PÉREZ VARGAS (Víctor) op. cit. p. 61.
60. Sobre la doctrina que concibe al negocio como programación, Ibíd. p. 61.
61. Ibíd. p. 64.
62. Ibíd.
63. Ibíd.
64. Ibíd.
65. Así, ROJAS UMAÑA (Ana Lorena) y PÉREZ VARGAS (Víctor) op. cit. p. 65.
66. Ibíd.
67. Ibíd. p. 66.
68. Ibíd. p. 65
69. Ibíd. pp. 66-67.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

son solo tres: a) Voluntad y manifestación, que son considerados como los elementos estructurales (el primero de carácter subjetivo y material; el segundo de naturaleza formal y externa)[70] y b) la causa, que es el elemento funcional. Es "la conformidad de los intereses programados con los valores del ordenamiento jurídico".[71]

48. El ordenamiento jurídico, contempla dos tipos de sanciones genéricas, para los negocios que no se adecuan al mínimo de reglas que los rigen: a) la invalidez y b) la ineficacia. "Se denomina inválido, propiamente, el negocio en el que falte o se encuentre viciado alguno de los elementos esenciales o carezca de uno de los presupuestos necesarios del tipo a que pertenece. Invalidez es aquella inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo, que deriva de la lógica correlación establecida entre los requisitos y efectos... Se califica, en cambio, de simplemente ineficaz, el negocio en el que están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez, cuando, sin embargo, impida su eficacia un hecho extrínseco a él".[72]

49. En nuestro derecho, la falta o vicio de un elemento esencial, o de un presupuesto o de un requisito, generan, para el negocio en cuestión, la sanción de invalidez. Aquí es donde precisamente, a nivel normativo, se establece la relación entre negocio, error e ignorancia. Se ha afirmado que "...el reconocimiento de la facultad que tienen los particulares para arreglar en gran parte sus relaciones jurídicas mediante manifestaciones privadas de su voluntad impone, a la vez, la necesidad de protegerlos contra su propia ignorancia y, principalmente, contra el fraude y la violencia de que pueden ser víctima al hacer uso de la referida facultad legal. Por este motivo, para todo acto jurídico no solamente se requiere que los agentes lo otorguen voluntariamente, sino que se exige que lo hagan con cierto grado de conciencia y de libertad, fuera del cual el acto existe, pero queda viciado de nulidad. Con otras palabras: para la existencia de un acto jurídico es necesaria la manifestación de la voluntad del agente o agentes que intervienen en su celebración; pero, además es indispensable para la validez del mismo acto que dicha voluntad sea sana, es decir, que no adolezca de ciertos vicios, cuya presencia destruye la libertad y la conciencia que la ley presupone en el agente o agentes al reconocerles poder suficiente para crear, modificar o extinguir las relaciones jurídicas".[73]

50. Desde este punto de vista, puede afirmarse que el tratamiento que la Ley le otorga a la voluntad, mediante la regulación del error y la ignorancia responde a la exigencia de hacer coincidir el significado y el resultado objetivo del negocio, con la intención de su autor. La voluntad, nervio y motor del negocio jurídico, asume el doble papel de elemento esencial de la especie fáctica negocial, es decir, de la figura jurídica causal del negocio por una parte y de conexión entre sujeto y negocio por otra.[74] Voluntad y declaración, representan los dos puntos de referencia del complejo fenómeno negocial y son, según, lo señalamos, el elemento interno y el externo del negocio.

51. El error y la ignorancia inciden directamente en el elemento interno o volitivo. Con ello, lo vician o lo eliminan, determinando que, por este hecho, toda la especie fáctica causal del negocio venga a menos y se revele imperfecta y defectuosa. Por ello, desde el punto de vista normativo, error e ignorancia se relacionan con el negocio en virtud de su incidencia sobre la voluntad.

52. Desde el punto de vista práctico social, error e ignorancia también se relacionan con el negocio jurídico. Siendo el negocio un instrumento intersubjetivo para la consecución de determinadas finalidades prácticas, en su valoración ha de atenderse no solamente al resultado práctico que se pretende alcanzar, sino también a los sujetos que lo han puesto en existencia. La idoneidad del negocio como instrumento del tráfico jurídico, debe analizarse de conformidad con el resultado programado; pero sólo la correspondencia del negocio con los intereses del sujeto, es garantía de su aptitud para la solución de los conflictos intersubjetivos de intereses.[75] El error y la ignorancia desde esta perspectiva, se revelan como un obstáculo para el funcionamiento del negocio como instrumento del tráfico jurídico.

---

70. Ibíd.
71. Ibíd. Sobre el tema, también puede consultarse a: CARIOTA FERRARA (Luigi). Il Negozio giuridico del Diritto Privato Italiano, Napoli, Morano Editore. S.E., S.F. p. 116-117.
72. BETTI (Emilio), *Teoría del negocio jurídico.* Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, segunda edición, 1959, p. 349.
73. Así, OSPINA y OSPINA, op. cit. p. 185.
74. Así, BARCELONA (Pietro) op. cit. p. 19.
75. Op. cit. p. 17.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2) La patología del conocimiento en la apariencia.

a) El elemento subjetivo de la apariencia, no es una hipótesis de error en sentido jurídico negocial.

53. Es común encontrarse en la doctrina, opiniones[76] según las cuales el elemento subjetivo de la apariencia puede tratarse de conformidad con las reglas que disciplinan el error en los negocios jurídicos. Estas afirmaciones son del todo ajenas a la realidad de las cosas. Los casos de apariencia, de la situación jurídica, en general, están referidos necesariamente a los presupuestos subjetivos de negociación. Ahora bien: el conocimiento que de ellos tenga el sujeto, no tiene ninguna relevancia a efecto de fundar la validez o invalidez del negocio. Su presencia determina autónomamente el cumplimiento de una de las condiciones exigidas por la ley para valorar el negocio como válido, así como su ausencia determina, por sí sola, su invalidez.

Los presupuestos no son objeto de conocimiento ni de volición, precisamente por el hecho de que tan sólo se presuponen. La falta de titularidad o legitimación, por ejemplo, no se subsana por el conocimiento que de ellas tenga el sujeto, como tampoco perjudica la validez del negocio, el hecho de que el sujeto desconozca su existencia (en aquellos casos en que existan positivamente). Lo que ha sido denominado "error en la apariencia", no es tal —ni mucho menos ignorancia—, si se entiende estos términos en sentido jurídico negocial. No es que haya una divergencia entre el contenido objetivo del negocio y la realidad, ni entre este contenido y la interpretación que de él haga uno de los sujetos negociantes. El contenido objetivo, según lo vimos, se encuentra integrado por todos aquellos aspectos que han sido aportados por las declaraciones negociales de voluntad y que son, precisamente, aquellos que pueden ser objeto de voluntad y conocimiento: el aspecto fáctico (objeto del negocio, que se resuelve en el dar, hacer o no hacer) y el aspecto preceptivo (la regulación normativa que determina lo que se ha dado en llamar la "Lex Contractus"). Estos aspectos, son sometidos a discusión y planeamiento. En cambio, acerca de los presupuestos negociales no se entabla discusión alguna. Por ello, no forman parte del contenido negocial, sino que lo anteceden y condicionan en orden a su validez. En los casos de apariencia, lo propio es que la situación de hecho manifieste patológicamente como real, una situación jurídica que no es real. Esto puede originar —y a menudo lo hace—, que un sujeto, ajeno al defecto de la situación jurídica de su contraparte, se decida a llevar a cabo un negocio jurídico en el cual estará ausente uno de sus presupuestos de validez. Ciertamente, se tendrá en este caso, un falso conocimiento de la situación jurídica en cuestión, pero ello no autoriza a asimilar esta hipótesis a un caso de error en sentido jurídico negocial.

b) El elemento subjetivo de la apariencia es una hipótesis de error en sentido no jurídico negocial.

54. Se ha dicho que: "El error, provocado por la observación de la situación de hecho visible que correspondía al ejercicio de derechos en realidad inexistentes, es un elemento de la noción de apariencia".[77] Pero se agrega que " . . .no se trata de un error cualquiera. Una antigua tradición lo califica como error común; una tendencia más reciente, lo denomina error legítimo. La Jurisprudencia parece dudar entre estas dos concepciones".[78]

55. El error común, es entendido como la opinión errada de la colectividad, como aquella creencia de la generalidad de los interlocutores sociales que atribuye a un determinado estado de hecho, la virtud de guardar correspondencia con el estado de derecho.[79] Según lo considera la doctrina, es la creencia de la colectividad la que induce por sí misma a error a los terceros y la que, por esta razón, es constitutiva de derechos.[80] Con la teoría del error común, se pretende objetivar la noción de error —que tiene necesariamente un carácter individual—, haciéndola reposar sobre la comunidad misma.[81] Este error colectivo —considerado no como expresión numérica, como la suma de los errores individuales, sino como noción autónoma y abstracta—, es el perfil sobre el que se apoya la

---

76. Entre otros, FALZEA (Angelo) Apparenza, Voci di Teoría General del Diritto, Milano, Giuffrè Editore, 1970, p. 74, quien señala que: "El error que la apariencia determina en el sujeto no difiere, en sus caracteres esenciales, del error que vicia la voluntad y genera la invalidez del negocio jurídico".

77. GHESTIN (Jacques), GOUBEAUX (Gilles) L' apparance, Traité de Droit Civil, Introduction Générale, París, LGAJ, T.I., 1977, p. 666.

78. Ibíd.

79. Así, D'AMELIO (Mariano), Apparenza del Diritto, Novissimo Digesto Italiano Torino, U.T.E.T. Terza edizione, Vol. 1, 1968, p. 761.

80. Ibíd.

81. PUGLIATTI (Salvatore). *La Trascrizione*, Milano, Giuffrè Editore, 1957, p. 254.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

máxima heredada del derecho justinianeo que reza: "Error Communis Facit Ius".[82]

56. En este sentido, se ha apuntado que "El derecho romano, en algunas hipótesis le otorgaba validez a los actos cumplidos bajo el imperio de un error común. Los glosadores, elaboraron una fórmula sintética que, durante mucho tiempo fue considerada como la expresión de la teoría de la apariencia; el error común es fuente de derecho, él crea el derecho, 'error communis facit ius'. El exigir así que el error sea compartido, común, se comprende por la referencia al afán de proteger, en el interés general, la seguridad de las relaciones jurídicas. Es el interés público el que está en juego y el interés público no se deja absorver en la contemplación de un solo individuo. Este interés se ve amenazado, no por un individuo, sino sólo cuando un gran número ha caído o habría podido caer en el error, porque se ha creado una situación aparente en la cual cada quien ha podido legítimamente confiar. El error común no es sin duda un error universal. La verdad puede ser conocida por algunos. Pero es el error en que incurre la masa. Así conocido, la noción es objetiva. Es necesario que un número suficiente de personas haya sido engañada por la apariencia. Sin embargo, un criterio tal es relativamente simple y nada satisfactorio: un error ordinario compartido por muchos, no amerita ninguna protección. Un elemento subjetivo, debe pues intervenir. Precisa que aquel que pretende beneficiarse de la protección de la teoría de la apariencia, haya sido personalmente engañado y que su actitud no sea únicamente excusable, sino perfectamente razonable. Es solamente cuando es humanamente imposible evitar el lazo de la apariencia, que el imperativo de "seguridad dinámica", justifica el rechazo de las reglas de derecho. El error común, es un error invencible, el cual nadie normalmente puede evadir. El aspecto objetivo, constituido por el número de personas que han creído en un derecho aparente, no es más que el signo del carácter inevitable de la torcida representación surgida de la situación de hecho: es por esto que es "inevitable que el error sea común".[83]

57. En general, los teóricos[84] que se han ocupado del problema, reconocen que no precisa que el error, para ser común, afecte a todos y cada uno de los sujetos de la sociedad. Basta tan sólo que afecte o pueda afectar a la generalidad de las personas. Por esta vía, se llega a afirmar que, en última instancia, el error común es de naturaleza potencial.

58. En nuestro concepto, el planteamiento que la doctrina hace para subsumir el elemento subjetivo de la apariencia dentro de la hipótesis del error común no es adecuado. Por un lado, si no se trata de que toda la comunidad esté de hecho engañada sobre un punto específico, sino tan solo, de que potencialmente algunos puedan ser inducidos a error, debe reconocerse que el problema no es uno de apreciación subjetiva de las circunstancias, sino más bien, de la especial idoneidad que tienen éstas para generar, una apariencia de realidad. La importancia de esta afirmación, radica en el hecho de que se traslada la discusión de la perspectiva de los sujetos a la de los hechos. En otros términos, no se trata de exigir que un número más o menos amplio de sujetos haya sido engañado, sino más bien de comprobar si en el caso concreto, la situación de hecho es o no idónea, objetivamente, para generar una apariencia de realidad.[85] Por otra parte, si consideramos que el error común, sólo opera a condición de que lo experimente un sujeto en particular, cuando esto sucede, el error deja de ser común para transformarse en individual. Por ello, desde el punto de vista práctico, la pretendida "objetividad" del "Error Común", queda desvirtuada con estas observaciones.

59. Se logra un mayor progreso con la denominada noción de error legítimo. Al respecto, se dice que "La máxima error communis facit ius", impone una concepción asaz estricta de la apariencia como fuente de derechos. Este rigor, ha sido a veces sentido como excesivo y poco propicio a la seguridad de las relaciones negociales. También se ha apelado a una noción menos exigente: el error legítimo. En relación con la fórmula precedente, la flexibilidad se manifiesta en dos formas. En primer lugar, se trata de un error individual. Poco importa que alguna otra persona haya sido engañada. Así, se opera un desprendimiento de una noción muy abstracta de error (todos los individuos razonables son necesariamente engaña-

82. Ibíd.
83. Así, GHESTIN y GOUBEAUX, op. cit. p. 666.
84. Así, HENRY y LEÓN (Mazeaud) y JEAN (Mazeaud). *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa-América, Parte Segunda, Vol. IV, 1969. p. 120.
85. Ello deberá determinarse de conformidad con las reglas de la experiencia.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dos de la misma manera, lo que traduce la idea del error común), hacia una apreciación concreta de la misma (el sujeto considerado con buenas razones de ser engañado: eso es un error legítimo). En segundo lugar, no es exigible que el error haya sido imposible de disipar. El interesado habría podido quizás, al precio de cierta búsqueda, descubrir la verdad. Mas estas investigaciones sobrepasan la diligencia normal en estos casos.[86]

60. En nuestra opinión, puede admitirse que el elemento subjetivo de la apariencia se denomine "error legítimo", con tal que se repare en dos cosas:

a. Que no se le considere un error en sentido jurídico negocial, del cual, según lo dijimos, se diferencia claramente y;

b. Que se trata, no obstante, de un fenómeno reconducible al género de la patología del conocimiento.

c) Importancia del elemento subjetivo.

61. El error legítimo, como elemento del supuesto de hecho de la apariencia, hace que éste devenga especial, e impide que la hipótesis entera se haga acreedora del juicio de invalidez que, de otra manera, estaría llamada a recibir. El papel del elemento subjetivo, es precisamente el de completar el supuesto, a efecto de mostrar plenamente un interés específico, digno de tutela jurídica. Así, la particular eficacia con que el derecho valora las hipótesis de apariencia, solo puede surgir de la unión del elemento objetivo y el subjetivo. Sólo en ese caso el supuesto se muestra completo, y el interés, plenamente integrado y autónomo.

62. El supuesto de hecho de la apariencia es de carácter complejo, lo que trae consigo la consecuencia metodológica de impedir que el todo se reduzca a sus partes. En virtud de ello, todo intento por reducir la apariencia a su elemento objetivo o a su elemento subjetivo está condenado necesariamente al fracaso. La entera especie fáctica de la apariencia, por ser de carácter complejo, es siempre unidad inescindible del elemento subjetivo y el objetivo.

63. Por otra parte, el conocimiento o desconocimiento que pueda tenerse de la situación jurídica de la contraparte (de su condición y eventuales defectos), importa en los casos de apariencia por otra circunstancia. Es relevante, precisamente, a efecto de fundar la buena fe, que es el substrato sobre el que se apoya el supuesto de hecho de la apariencia y el presupuesto lógico jurídico de su particular eficacia.[87]

64. Es producto de las discusiones planteadas en el siglo pasado sobre el problema de la buena fe, el creer en la unidad sustancial de todas las disposiciones que tienden a tutelarla y el estimar que todas ellas se expresan en un mismo sentido.[88] No obstante, creemos que, si bien existe una identidad sustancial en la esencia de la buena fe, son

---

86. Así, GHESTIN y GOUBEAUX, op. cit. pp. 667-678. Por otra parte, nada se gana afirmando que el elemento sicológico de la apariencia entraña un doble error: el común y el individual. Así, DERRIDA (Fernand), *Apparance*, en Répertoire de Droit Civil, Paris, Jurisprudence Générale Dalloz, T I. p. 7. El problema del error común, según lo afirmamos, corresponde a la idoneidad de la situación de hecho para generar apariencia. No es un "elemento sicológico".

87. Conocida es la crítica de PUGLIATTI, en el sentido de que conviene hablar sin más de tutela de la buena fe, más que de apariencia. En este sentido señala que: "El fruto que se reciba del análisis es solo este: que la tutela jurídica de la buena fe comprende dos tipos de hipótesis; aquel del puro estado subjetivo y aquel del estado subjetivo sostenido por un dato objetivo. Este último se califica de apariencia. Mas aunque las hipótesis de este tipo integran una tutela de la buena fe, el concurso del elemento objetivo, más que devenir punto de apoyo de una particular tutela, constituye una limitación de aquella tutela que tiene por objeto la buena fe. Nada se gana, más bien se pierde, con la confusión que de aquí se deriva, continuando hablando de apariencia de derecho en estas hipótesis de tutela limitada de la buena fe. Tanto más en cuanto que aquel elemento objetivo, que constituye el límite, cambia la configuración de hipótesis a hipótesis y cuando se designa con el término genérico de apariencia, viene indicado sólo negativamente y "per relationen". Mejor se diría, precisamente, límite o momento objetivo de la especie fáctica designada como "buena fe". Más grave es la confusión cuando el término apariencia se adopta para designar la entera especie fáctica: la buena fe y su límite objetivo, como ocurre comúnmente. Así, PUGLIATTI, La Trascrizione, op. cit. p. 258. En este sentido, se replica, con éxito, diciendo que pretender reducir la apariencia a la buena fe, es tanto como reducir a mera buena fe otras figuras o instituciones jurídicas —como la usucapión— o ciertos tipos de publicidad, sólo porque sin ella, no produciría sus efectos típicos. En una especie fáctica, de naturaleza compleja no se puede definir el todo en función de sus partes. Así, FALZEA (Apparenza), op. cit. p. 64. No debe por tanto considerarse fruto del equívoco... la afirmación según la cual la buena fe sería elemento lógicamente necesario de la especie fáctica. Si la ley requiere que, como elemento concomitante de la apariencia, concurra la buena fe del tercero, el nexo instituido entre ambos fenómenos es un nexo jurídico y no lógico". Ibíd. Sin embargo, debe apuntarse que a nivel de institutos jurídicos, todo nexo jurídico es también lógico ya que sin él, el concepto y el tratamiento del instituto devienen imposibles. Por otra parte, conviene recalcar que, en nuestro concepto, la buena fe, más que elemento del supuesto, es el sustrato sobre el que este se apoya.

88. Así, PIETROBON (Vittorino) op. cit. p. 250.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

distintas las formas en que esta pueda manifestarse normativamente. Para percatarse de ello basta reparar en la distinción que la doctrina hace entre la buena fe creencia y la buena fe lealtad. La primera, hace referencia al estado de ánimo de quien, desconociendo el efectivo estado de las cosas, cree tener el derecho de que se trata en el caso concreto. Por su parte, la segunda se manifiesta en una obligación de lealtad. La buena fe se sitúa aquí como un comportamiento de fidelidad. Esta clasificación, ha sido conocida también según los términos de buena fe subjetiva-buena fe objetiva, señalándose como propia del campo de los derechos reales la primera[89] y como privativa del derecho de obligaciones la segunda.[90] No obstante, nos parece acertada la observación[91] que la doctrina hace en el sentido de que la buena fe como estado subjetivo se protege en todo el ordenamiento jurídico. No obstante, parece posible establecer una distinción más sólida entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva, según que ésta se funde únicamente en particularidades del comportamiento de quien la invoca, o se base en un dato externo, al sujeto de que se trate.[92] Esta sería la buena fe que se funda en el principio de publicidad que pudiese recaer sobre un objeto determinado.[93] La distinción recaería sobre la presencia del dato exterior que funda la buena fe, no sobre la existencia o no del estado subjetivo mencionado.

65. La distinción tiene consecuencias prácticas importantes, estrechamente relacionadas con el problema de la diligencia. La buena fe subjetiva, entendida como estado subjetivo abarcaría según nuestra clasificación tanto la buena fe creencia como la buena fe lealtad.[94] Ahora bien, esta buena fe subjetiva impone siempre deberes de carácter positivo en el titular que la invoca, que se resumen en la necesidad de obrar diligentemente en orden a la conservación del estado de buena fe.[95] La buena fe objetiva, por fundarse precisamente en un dato externo a la persona del sujeto que la invoca, exime de la necesidad de realizar especiales pesquisas para conservar el estado que se invoca. Esta buena fe objetiva, es la que es propia de las hipótesis de apariencia.

66. Aquí, para determinar la existencia de la buena fe, se atiende a la determinación de si la situación de hecho generadora de apariencia es por sí misma objetivamente idónea para fundar la confianza de los terceros. La buena fe, significa aquí, tan solo, ausencia de mala fe. En consecuencia, en el análisis que el jurista haga de la buena fe en la apariencia, debe reparar únicamente en dos cuestiones: a) la idoneidad del elemento objetivo (situación de hecho) para fundar la confianza de terceros y b) la ausencia de mala fe en éstos, que se reduce al desconocimiento del defecto en la situación jurídica de su contraparte. Por ello, no es ni metodológica ni jurídicamente adecuado preguntarse, para determinar si el tercero afectado por la apariencia actuó de buena fe, si el comportamiento de aquél fue lo suficientemente diligente para evitar caer en error. Tampoco, debe exigirse una especial actitud como reveladora de la creencia de que se tiene el derecho de que se trata. Lo característico de la apariencia, es que la situación de hecho sobre la que se levanta, exime al tercero de la tarea de realizar especiales pesquisas para encontrar la verdad real de los hechos referentes a la situación jurídica de su conegociante, y funda autónomamente su creencia positiva de que tiene el derecho de que se trate.[96] Esto,

---

89. "La buena fe creencia es la posición de quien ignora determinados hechos y piensa, por tanto, que su conducta es perfectamente legítima y no provoca perjuicios a nadie". Así, PLA RODRÍGUEZ (Américo). *Los principios del Derecho de Trabajo*. Buenos Aires, De Palma, 2 edición, 1978, p. 310.
90. "La buena fe lealtad se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber". Ibid. Se basa en la adecuación de la voluntad de las partes, al principio que la inspira de ahí su naturaleza dispositiva.
91. Así, PIETROBON (Vittorino), op. cit. p. 252.
92. En este sentido SACCO (Rodolfo), Affidamento, Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffrè Editore 1958, Vol. I, p. 664, señala que: "El legislador puede fundar su protección, antes que sobre el hecho psicológico individual de la buena fe, sobre el hecho de la apariencia, es decir, sobre la apreciación, que la generalidad de los asociados, tiende a dar de una determinada situación". Y agrega: "Se nota una clara tendencia a no requerir la inculpabilidad de la buena fe, cuando la buena fe viene justificada por una apariencia o una publicidad conformes".
93. SACCO (Rodolfo). Op. cit. p. 664.
94. Tenemos entonces el siguiente cuadro: a) buena fe subjetiva: buena fe creencia y buena fe lealtad y b) buena fe objetiva, que se apoya en el dato externo al estado subjetivo de quien la invoca. SACCO reconoce un tercer tipo de buena fe, la temeraria, que sin estar fundada en un dato objetivo, ni exigir un determinado grado de diligencia, puede, en algunas circunstancias, ameritar la tutela del ordenamiento jurídico. Esta hipótesis, no es de recibo en nuestro sistema, el cual sólo admite la buena fe apoyada en un dato objetivo o en un grado de diligencia subjetiva. La falta de diligencia, no excluye la buena fe, pero la priva de relevancia. Ver Infra nota 125.
95. Sobre la buena fe en materia contractual, ver: BAUDRIT CARRILLO (Diego) *Teoría General del Contrato*, San José, Editorial Juricentro 1982, p. 52 y ss.
96. No en vano se trata de una hipótesis de error legítimo. Ver supra nota 86.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en virtud del principio de publicidad que se encuentra aparejado a toda situación de hecho generadora de apariencia. Por tanto, a diferencia de lo que sucede en el campo de los derechos reales, estimamos que la duda no es suficiente para excluir la buena fe en las hipótesis de apariencia. Para ello, es necesario el conocimiento efectivo de que a la situación de hecho no le corresponde un auténtico estado de derecho, es decir, el dolo. La razón está en que la situación generadora de apariencia se subroga en el requisito de la creencia subjetiva.

SECCIÓN II
CONSECUENCIAS METODOLÓGICAS DE LA DISTINCIÓN ENTRE EL ERROR Y LA IGNORANCIA NEGOCIALES Y EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA APARIENCIA

67. No todo caso de error en sentido jurídico negocial es considerado relevante por el derecho. Este se hace acreedor de una específica valoración jurídica, solo en los casos en que reúna dos requisitos, uno objetivo y otro subjetivo. Denominaremos requisito objetivo del error, a la esencialidad y requisito subjetivo, a lo que la doctrina estudia bajo el nombre de la excusabilidad y de la reconocibilidad. Sólo la confluencia de estos dos elementos, genera la relevancia del error en términos de producir su eficacia típica: la invalidación del negocio en que recae.

68. La exigencia de estos requisitos, se justifica en virtud de un doble orden de ideas. En primer término, la esencialidad parece estar fundada en la necesidad de conservar los negocios jurídicos, de la naturaleza que sean. Por su parte, la excusabilidad y la reconocibilidad, encuentran su razón justificativa común, en el postulado de la diligencia.[97]

69. En la presente sección, procederemos a investigar si tiene sentido exigir que el error legítimo, en que se resuelve el elemento subjetivo de la apariencia, sea esencial y, en su caso, excusable o reconocible.

A. SEGÚN EL REQUISITO OBJETIVO DEL ERROR.

1. El problema de la esencialidad del error en el negocio jurídico.

70. Afirma generalmente la doctrina[98] que, para que el error produzca consecuencias inválidas, precisa que sea esencial. La esencialidad se configura así, como un límite a la posibilidad que tiene el sujeto que yerra, para que se acoja, en sentencia, su acción invalidante del negocio, en cualquiera de los dos supuestos que consagra el ordenamiento jurídico costarricense: a) nulidad y b) anulabilidad.

71. Estimamos que un correcto planteamiento de la cuestión, debe partir de la consideración del negocio como un instrumento del tráfico y de los procesos que se verifican en el sujeto en el iter que culmina con la celebración de un acto negocial.

72. Causa eficiente de un negocio, es siempre una necesidad. Ahora bien, el negocio se justifica funcionalmente, según el argumento de que, en un estado de derecho, todo conflicto de intereses —que se plantea siempre a raíz de una necesidad— debe ser solucionado racionalmente, sea median-

---

97. La diligencia en lo que respecta a la reconocibilidad se pone de manifiesto en el artículo 1431 del Código Civil Italiano de 1942, cuando se dice que el error es recognoscible cuando, en relación con el contenido, las circunstancias del contrato o bien a la cualidad de los contratantes una persona de normal DILIGENCIA, habría podido advertirlo. Sobre el punto, ver: TRABUCCHI (Alberto), *Errore (Diritto Civile)*. Novissimo Digesto Italiano, Torino U.T.E.T. Terza Edizione, T. VI, 1968, p. 670 y ss.

98. Así, por ejemplo TRABUCCHI (Alberto) op. cit. p. 668.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

te el consenso de las partes o por la decisión de un tercero imparcial. La primera vía, conduce a la institución del contrato y, más generalmente, del negocio jurídico. La segunda, a la idea de la jurisdicción.[99]

73. Según lo vimos anteriormente, cuando alguien se dispone a celebrar un negocio, realiza un proceso, un iter sicológico, que puede descomponerse en varias partes, dos de las cuales son a) la etapa cognoscitiva o de apreciación y control de los hechos y aspectos preceptivos; y b) la valorativa, que se resuelve en un juicio sobre la aptitud del medio elegido para satisfacer la necesidad que se padece. El error, como problema que es del conocimiento, recae exclusivamente sobre la fase cognoscitiva de la deliberación. Escapa, por tanto, a la fase valorativa. Esta, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, se deja al libre arbitrio de los sujetos, los cuales asumen, por este hecho, el riesgo que a ella es inherente.[100] Como se ha afirmado, a la ley lo único que le interesa, es que los presupuestos de las valoraciones, esto es, los procesos cognoscitivos, sean adecuados para fundar el libre juicio valorativo de los sujetos y nada más. Aquí es donde precisamente entra en juego el problema de la esencialidad.

74. Esta, debe verse exclusivamente con relación al problema sicológico de la programación negocial. Así, será esencial todo error que impida que se forme adecuadamente el conocimiento de aquellas situaciones sobre las cuales se juzga la idoneidad del negocio para cumplir el fin que se le asigna y que son las que actúan como presupuesto o causa eficiente de la voluntad negocial.[101] Error esencial, es aquel que recae sobre las circunstancias que "causan" la voluntad del sujeto. Es aquel que recae sobre los aspectos fundamentales del negocio —considerado desde un punto de vista general— o sobre aquellos que han sido tomados por las partes, en el caso concreto, como fundamento de su actividad negocial.

75. Nuestro sistema de derecho, sigue dos criterios con respecto a la esencialidad del error que podemos denominar: a) Esencialidad normativa o abstracta y b) Esencialidad en concreto. La primera, está recogida en el artículo 1015 del Código Civil, que considera que la especie del acto o contrato que se celebra; la identidad de la cosa y la sustancia o calidad esencial, son siempre circunstancias que, per se, funcionan como causa eficiente de la voluntad subjetiva y que por tanto, en aquellas hipótesis en las cuales un error recaiga sobre ellas, la voluntad ha de devenir viciada y consecuentemente, el sujeto podrá, de concurrir también el elemento subjetivo del error, solicitar la declaración de invalidez del acto realizado. En estos casos, es la norma la que define el criterio de esencialidad.

76. Con respecto a otros supuestos de error, no contemplados en el artículo citado, deberá utilizarse el criterio de esencialidad en concreto. Habrá de estudiarse de conformidad con este criterio, si en el caso específico la circunstancia de que se trate, ha actuado como causa eficiente y determinante del negocio. De ser así, el error en el caso concreto, habrá de ser reconocido como esencial. Así por ejemplo, el error *in personam* será esencial en aquellos contratos que la doctrina clasifique como "intuito personae".[102]

77. Baste finalmente indicar que la doctrina[103] señala dos criterios para analizar cuáles circunstancias son las que, en el caso concreto, son relevantes a efecto de fundar un juicio sobre la esencialidad del error. Según una dirección, serán únicamente aquellas que fueron tomadas "personalmente" en cuenta por las partes a la hora de contratar. Para otra, serán las que comúnmente acepta el tráfico jurídico, según el negocio de que se trate y dependiendo del tiempo y del lugar en que se celebre el negocio.[104] En mi criterio, en un sistema individualista y marcadamente voluntarista como el consagrado en nuestro

---

99. Seguimos aquí, la idea básica de CARNELUTTI, quien " . . .distinguía entre conflicto de intereses, relación jurídica y litigio. El conflicto de intereses nace cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta. La relación jurídica supone un conflicto de intereses regulado por el derecho, regulación que consiste en que la norma determine cuál ha de prevalecer. El litigio (litis) es el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro. El fin del proceso es la composición del litigio". Así MONTERO AROCA (Juan), *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, Editorial Tecnos, 2da. edición, 1979, p. 86. Agregamos que cuando la norma que soluciona el conflicto de intereses en relación jurídica es la LEX CONTRACTUS, estaremos ante un contrato. En el segundo caso, nos situaremos ante el problema de la jurisdicción.

100. Así, PIETROBON (Vittorino), op. cit. p. 473.

101. Op. cit. p. 474.

102. Como por ejemplo, el contrato laboral en lo que toca al trabajador.

103. Así, ver: ALONSO PÉREZ (Mariano), op. cit. p. 501.

104. Ibíd.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

derecho privado, el único criterio válidamente aceptable, es el de la naturaleza personal de la circunstancia valorada.

2. El juicio de esencialidad en la apariencia.

78. El juicio de esencialidad se exige en el error en sentido jurídico negocial, a fin de conservar, hasta donde sea posible, la eficacia negocial. Como en el negocio, los aspectos relacionados con la actividad de planeamiento son muy variados —concretamente, todos aquellos que directa o indirectamente tienen algo que ver con la fase fáctica o preceptiva del negocio— se pretende evitar, mediante el requisito en cuestión, que los que no tienen influencia decisiva sobre la planeación del negocio vengan a privarlo de efectos en aquellos casos en que recaiga sobre ellos un error determinado.

79. En cambio, no es adecuado exigir que el error que caracteriza el elemento subjetivo de la apariencia sea calificado de esencial para que pueda producir su eficacia típica. Esto es así, en virtud de que solo puede recaer sobre un aspecto determinado y concreto: la situación jurídica del conegociante. En efecto, el tercero que yerra, estima, inducido por la situación de hecho generadora de apariencia, que la situación jurídica de su contraparte es perfecta sin serlo esta en realidad. En principio, como lo vimos cuando se expuso acerca del elemento objetivo de la apariencia, la situación jurídica sobre la que recae el problema de la apariencia, es del tipo de las llamadas prenegociales (capacidad, legitimación, titularidad, compatibilidad), las cuales funcionan, en general, como antecedentes jurídicos indispensables para la validez y eficacia de un negocio jurídico. No son parte del supuesto de hecho, porque no son hipotizaciones fácticas, sino, más bien, valoraciones de posibilidad de actuar atribuidas y concretadas en un sujeto determinado. Por esta razón, el error que sobre ellas recaiga, será en todo caso esencial. En consecuencia, no tiene sentido estudiar en cada caso de apariencia si el error ha sido esencial. Ello debe darse por supuesto.[105] Por tanto, el requisito de la esencialidad deviene aquí, irrelevante.

80. Por ello, a diferencia de lo que sucede con el error en sentido jurídico negocial, donde el defecto de conocimiento no es suficiente por sí solo para producir sus consecuencias invalidantes, en el caso de la apariencia, el elemento subjetivo completa por sí solo el supuesto de hecho, el cual, por esta sola circunstancia, se hace acreedor a una particular valoración jurídica.[106] Completo el supuesto, el efecto ha de devenir incondicionado.

B. SEGÚN EL REQUISITO SUBJETIVO DEL ERROR.

1. El problema de la excusabilidad y reconocibilidad del error en el sistema de derecho costarricense.

81. El Código Civil costarricense se encuentra a este respecto, en una posición similar a la del Código Civil italiano de 1865 y al del actual Código Civil español: nada se dice con respecto al problema de la excusabilidad o recognoscibilidad del error. Todo lo que al respecto se ha dicho ha sido obra de la jurisprudencia y doctrina, las cuales han señalado, de manera más o menos intuitiva, la necesidad de que se tenga a la excusabilidad como límite a la posibilidad de hacer valer el propio error. Se ha dicho que aquel que no ponga la debida diligencia para no incurrir en error, no amerita la tutela del ordenamiento jurídico. La razón de esta afirmación se hace recaer en consideraciones equitativas: aquel que está en culpa, no puede hacer valer su propia negligencia para sustraerse del cumplimiento de una obligación previamente adquirida.[107] Sin embargo, nada se dice respecto a la recognoscibilidad.

82. Estimamos que un correcto planteamiento de la cuestión debe partir de la solución que se le dé, conforme a nuestro derecho, al problema de las relaciones entre voluntad y declaración. Esto, porque el problema del error, desde el punto de vista que aquí nos interesa, se puede plantear como uno de disconformidad entre la voluntad real de un sujeto[108] y la declaración negocial que haya emitido, y por que excusabilidad y reconocibilidad, son soluciones a ese problema. Por eso, el preguntarse en qué situaciones el sujeto que

---

105. Porque todo problema referente a los presupuestos subjetivos de negociación, incide directamente sobre la génesis y desarrollo del negocio, y es, por tanto en todo caso relevante. Ahora bien: como el problema del error en la apariencia recae siempre sobre estos presupuestos, es siempre de carácter esencial.

106. En el capítulo siguiente, se estudiará cuál es la eficacia que el ordenamiento liga a los casos de apariencia.

107. Así, BARCELONA (Pietro) op. cit. p. 195.

108. Entendemos por voluntad real, aquella que habría tenido el sujeto de no haberse presentado el vicio o error obstativo que la afectaron negativamente.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

yerra, puede hacer valer su propio error, no es otra cosa sino plantearse la pregunta de si se le debe otorgar más relevancia a la declaración que a la voluntad, o viceversa.

83. El tema de las relaciones entre voluntad y declaración ha sido ampliamente tratado en la doctrina. Alrededor de él, se han tejido las más acaloradas discusiones doctrinales y aún hoy, ocupa un lugar relevante en las investigaciones de los científicos del Derecho. A pesar de la multiplicidad de puntos de vista, estimamos que es posible clasificar las distintas opiniones vertidas sobre el tema, en tres grandes movimientos: a) el voluntarismo, b) el declaracionismo y c) eclecticismo, que se descompone a su vez en las teorías de la responsabilidad y la confianza, de las cuales parten también varias vertientes.

84. Nacido en Alemania, bajo la brillante dirección de SAVIGNY, el movimiento voluntarista señaló que la voluntad, dado que es el medio por el cual el individuo manifiesta su autonomía en el campo social, es el nervio del negocio jurídico. La declaración, según esto, juega un papel de mero exteriorizador del querer, siendo lo relevante, en todo momento, la voluntad. Por eso, en caso de conflicto, debería prevalecer la voluntad sobre la declaración. Se llegó a afirmar que la declaración de una voluntad falsa no es, desde el punto de vista del derecho, una verdadera declaración.[109]

85. Las consecuencias de esta tesis, condujeron a un sistemático sacrificio del sujeto que recibe la declaración y a una tutela ilimitada del declarante. Por eso, la doctrina se dio a la tarea de encontrar remedios que, siempre desde la perspectiva del voluntarismo, sancionaran a los declarantes que culposa o dolosamente, emitieran declaraciones que no correspondieran a la verdadera voluntad. Es así como surgen las tan conocidas teorías de la culpa in contrahendo[110] y del compromiso tácito de garantía[111] que tan cuidadosamente elaboraron, respectivamente, Ihering y Windscheid.

86. Los excesos de la teoría voluntarista, originaron una reacción que constituyó el movimiento declaracionista. Los adeptos de esta tesis, se valieron de varios argumentos para atacar al dogma que se había creado en torno a la voluntad. Así, algunos autores, partiendo de la distinción entre declaraciones de última voluntad y declaraciones entre vivos, sostuvieron que las segundas, a diferencia de las primeras, no son medios de reconocimiento o de prueba, sino medios para vincular y atar a los contratantes. Y puesto que todo medio que se emplee para ligar a los contratantes en sus recíprocos intereses debe ser tan firme como ofrecerle al comercio jurídico la estabilidad necesaria para su desarrollo, es necesario que la declaración emitida por un sujeto de derecho sea capaz de producir efectos aun en contra de la voluntad real.[112] Algunos consideraron, por su parte, que la declaración es siempre un juicio de existencia sobre la voluntad, que vincula per se al producir en otra persona la expectativa de que la prestación, que se ha prometido cumplir, sea cumplida efectivamente.[113] Otros estimaron que no es posible separar la voluntad de la declaración en términos de atribuirle relevancia jurídica al mero querer interno, sino que la declaración de voluntad es la objetivación de la voluntad en el terreno real.[114] Lo relevante, lo que existe, es la declaración y la voluntad pasa a ser considerada como mera ficción o artificio. Se llega por esta vía a sostener que la declaración, es la base del negocio jurídico.

---

109. Ver así, FERRARA (Francesco), *La simulación de los negocios jurídicos.* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1960, p. 2.

110. "El razonamiento de Ihering, que él trata de apoyar en varios pasajes de textos romanos es muy sencillo: todo contratante debe poner diligencia, no sólo respecto a las relaciones jurídicas ya establecidas, sino también respecto de las que se están formando. Si, pues un contratante da lugar, por su culpa, a la conclusión de un contrato nulo, es responsable frente al otro del interés contractual negativo". Ibíd. p. 3.

111. "Windscheid, en sus primeras ediciones de las Pandectas, imaginaba la existencia de una garantía tácita del declarante para toda consecuencia perjudicial de su declaración. El contratante —dice— debe responder de los daños que causa con su declaración, cuando traiciona la confianza de la otra parte. Debe asegurar la fe que él mismo provoca y, por eso, asume la garantía de sus consecuencias jurídicas". Ibíd.

112. El argumento es de WILH (Roever), en UEBER Die Bedeutung des Willens bei Willensserklarungen, Rostok, 1874, citado por FERRARA, Ibíd. p. 4. Vale decir que a este autor alemán le corresponde el mérito de haber dirigido el primer ataque decidido contra el dogma voluntarista.

113. Entre ellos HOLDER, citado por FERRARA, Ibíd.

114. El argumento es de KOHLER, citado por FERRARA, ibíd., p. 6.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

87. No obstante la defensa que hacen WINDSCHEID y ZITELMANN[115] de la teoría volitiva, la crítica que el declaracionismo le hizo al dogma de la voluntad, al señalar que conduce al sacrificio de los intereses del que recibe la declaración y en general, de la seguridad del tráfico jurídico, acabó por minar su pretendida firmeza. Pero no por ello triunfó la tesis declaracionista. Esta incurrió en no menos contradicciones. Se apuntó en su contra, su carácter esencialmente formalista, que se detiene en los signos lingüísticos y rompe la conexión con el querer del declarante. Incluso, se dijo que su excesivo formalismo y rigidez, perjudica el libre tráfico (al que pretendió favorecer una vez) degenerando así en su propia negación.

88. La insuficiencia de las teorías discutidas, planteó la necesidad de buscar nuevas rutas, nuevos caminos que permitieran armonizar todos los intereses en juego en el momento en que se plantea un caso de disconformidad entre voluntad y declaración. A esta necesidad, responden las teorías de la responsabilidad y de la confianza.

89. Estimo que pueden distinguirse dentro de la corriente de la responsabilidad, dos variantes claramente definidas: a) aquella que se origina respecto a la otra parte y los terceros y b), la que se origina respecto de sí mismo. Para la primera tesis, el comportamiento adquiere carácter antijurídico cuando lesiona preceptos jurídicos dispuestos con el fin de tutelar intereses ajenos. En el campo civil, tiene por consecuencia el resarcimiento; en el penal, la sanción. Para la teoría de la autorresponsabilidad, el negociante doloso o culposo debe sufrir las consecuencias de su negocio pactado bajo estos supuestos.[116]

90. Por su parte, el principio de la confianza se subdivide en dos concepciones. Desde un primer aspecto, la confianza se revela como una reacción al conceptualismo jurídico —ya criticado por Ihering— y, se manifiesta a nivel de interpretación de los negocios, como un rechazo a los criterios lógico-formales de interpretación, para sustituirlos por otros sustentados en la buena fe.[117] Desde un plano estricto, la confianza pretende asignarle a la buena fe del destinatario de la declaración, el puesto que se le asigna usualmente a la voluntad.[118] En el primer sentido, se manifiesta como un principio de interpretación; en el segundo, como fundamento de la eficacia negocial.

---

115. Véase en este sentido, la exposición hecha por FERRARA, ibíd., p. 7: "Windscheid abandona las consecuencias extremas de la teoría volitiva y reconoce la validez del negocio jurídico, a pesar del conflicto entre voluntad y declaración, si la causa de la divergencia reside en el dolo o en la culpa lata del declarante. No se obliga simplemente al autor de la declaración disconforme con la voluntad al resarcimiento del daño, sino al cumplimiento de lo prometido, a la satisfacción de la esperanza que despertó. Así Windscheid se aleja de la teoría dominante y es el precursor y fundador de la teoría de la responsabilidad. (Ver Schuldungstheorie)".

116. Ibíd. p. 269. En este sentido, ver también UMAÑA ROJAS (Ana Lorena) y PÉREZ VARGAS (Víctor), op. cit. p. 95. La doctrina distingue generalmente entre responsabilidad con respecto a terceros y responsabilidad con respecto a sí mismo o autorresponsabilidad. Se ha dicho que la primera ". . .adquiere relevancia jurídica y reclama la aplicación de remedios en relación al comportamiento del cual se puede deducir la amenaza o el peligro de la violación del precepto (final) protector del interés que el ordenamiento jurídico tiende a preservar. Así PUGLIATTI (Salvatore), *Autorresponsabilitá*, Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffrè Editore, T. IV. 1959, p. 453. Lo propio, en el caso de la responsabilidad con respecto a terceros, es que derive de la ". . .violación de un precepto jurídico prohibitivo o imperativo puesto con el fin de tutelar intereses ajenos". Ibíd. Paralelamente, se dice que ". . .debe insistirse para evitar confusiones, en subrayar el presupuesto esencial en base al cual el concepto de "autorresponsabilidad puede presentarse como concepto autónomo, respecto a aquel de responsabilidad con respecto a terceros (o, se puede decir, siguiendo un criterio terminológico difuso, "heterorresponsabilidad"): a saber, debe tratarse en consecuencia, de un comportamiento que no incida en la tutela de un interés ajeno o de un interés general". Ibíd, p. 454. "La autorresponsabilidad, entonces se refiere a la iniciativa y a la modalidad de la acción (u omisión) libre. Desde el punto de vista jurídico, esta afirmación adquiere un preciso significado, que sirve para delimitar la extensión del concepto. Si, en efecto, la libertad del sujeto se encuentra específicamente vinculada por una obligación determinada, en relación a la cual existe una situación subjetiva (activa) de otro, la acción u omisión disconforme o divergente de aquella a la cual el sujeto se encuentra vinculado, implica responsabilidad (directa) con respecto a terceros: no, por tanto, autorresponsabilidad. La obligación, ciertamente, es instrumento de tutela de los intereses ajenos. La autorresponsabilidad, como ha sido caracterizada, se circunscribe a la esfera DE LOS INTERESES DEL SUJETO AGENTE (La mayúscula es nuestra). De esta forma, parece apropiado recurrir al concepto de carga, que no implica la idea de un vinculum iuris respecto a terceros; más, si acaso, aquella valoración económica, en sentido lato, de la oportunidad de realizar un determinado comportamiento para la obtención de un resultado determinado "Ibíd., p. 455. Debe señalarse que para que haya autorresponsabilidad, no basta con decir que el sujeto debe sufrir los efectos del acto o negocio creado o de la omisión. Esto no es sino la actuación normal de la regla de derecho. Para que haya autorresponsabilidad, es necesario que las consecuencias de la acción u omisión recaigan sobre el patrimonio o la esfera jurídica del sujeto sobre el que pesa la carga. Ver en este sentido, Ibíd, pp. 456 y ss. El concepto de autorresponsabilidad ha sido muy usado en materia de declaraciones negociales y del error. Así por ejemplo, se dice que el que admite una declaración en broma, sin que la broma sea reconocible; o bien, quien, comete un error inexcusable o el que no advirtió un error reconocible, deben sufrir sobre su patrimonio, las consecuencias de su acción, toda vez que no ha observado la carga que el ordenamiento ha impuesto para tutelar su voluntad real, esto es, un proceder diligente.

117. Así, PIETROBON (Vittorino), op. cit. p. 17.

118. Ibíd.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

91. A grandes rasgos, el anterior es el panorama de la ciencia jurídica con relación al tema que nos ocupa. La determinación del sistema seguido por el derecho costarricense, deberá partir de la consideración del texto normativo legal, en virtud del principio de prevalencia del texto.

92. Ante todo, precisa determinar cuál es el papel que juega la voluntad en el Código Civil, a efecto de determinar si su orientación es básicamente voluntarista o declaracionista. Estimo que sin gran dificultad, puede decirse que la línea seguida por el Código Civil es claramente voluntarista. Para convencerse de ello, basta reparar en los siguientes casos que enunciamos a continuación, a guisa de ejemplo: 1) el artículo 1007, que señala que para la validez de las obligaciones nacidas del contrato, se requiere ". . .el consentimiento. . .", 2) el artículo 480, que estipula que "la propiedad de muebles e inmuebles se transmite con relación a las partes contratantes, por el solo hecho del convenio que tenga por objeto transmitirla, independientemente de su inscripción en el Registro y de la tradición", 3) las reglas que sancionan con la invalidez, al negocio afectado por error, dolo, fuerza, miedo, 4) el artículo 627, que señala que para la validez de las obligaciones es indispensable, entre otras cosas la capacidad de la parte que se obliga,[119] 5) la relevancia asignada a los motivos en materia sucesoria, toda vez que la voluntad es, por naturaleza, teleológica. Todos estos ejemplos señalan claramente que el Código, en este punto, ha hecho una clara elección al determinar el fundamento de la eficacia negocial, señalando a la voluntad, como el eje del sistema.

93. Las consideraciones hechas con respecto a la voluntad y al papel que esta juega en materia civil, pueden aplicarse, de manera general, a la materia mercantil: el régimen de invalidez, es el mismo, ya que éste es en principio unitario en el Derecho Privado costarricense. Incluso el principio voluntarista se ve reforzado en materia contractual por el Artículo 411 del Código Mercantil, que señala que: "Los contratos no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que *quisieron obligarse*".

94. El problema que se plantea, por tanto, no es el de determinar cuál es el fundamento del sistema negocial, sino, por el contrario, el precisar si la voluntad es en todo caso relevante, o si es posible elaborar un concepto de voluntad jurídicamente relevante.

95. Estimamos, junto con un sector doctrinal[120] que la voluntad no es en todo caso relevante como pilar del sistema negocial. Es decir, el concepto de voluntad sicológico, se distingue del concepto jurídico que se puede formar de ella. Esto es así, en virtud de que la ley subordina la relevancia, de la voluntad al cumplimiento de determinados requisitos. El Derecho sanciona la voluntad (cuidándola de aquellos elementos que la vicien o la eliminen y colocándola como fundamento de la eficacia negocial) porque es un instrumento idóneo para armonizar los intereses sociales, mediante el desarrollo del tráfico jurídico. Por ello resulta lógico que, cuando la voluntad no cumple con los cometidos por los cuales se hace acreedora de la tutela del ordenamiento, el Derecho le niegue su protección. El Derecho se ocupa de que la voluntad no se desnaturalice, convirtiéndose en un elemento omnipotente, dominador irrestricto de las relaciones intersubjetivas. Esto se evita, introduciendo límites a su relevancia. Aquí precisamente entra a jugar el problema de la esencialidad, —que ya estudiamos—, y el de la excusabilidad o reconocibilidad. En otras palabras, éstos funcionan como excepciones al principio de la relevancia de la voluntad, por lo que su estudio debe ser hecho a la luz de las teorías de la responsabilidad y la confianza.

---

119. Se ha distinguido la capacidad jurídica que designa " . . .la posición general del sujeto en el mundo del derecho como destinatario en parte actual y en su mayor parte potencial, de los efectos jurídicos (y sustancialmente, como destinatario de todos los intereses del sistema)". Así, PÉREZ VARGAS (Víctor). Existencia y capacidad de las Personas, San José, Costa Rica, Lex. Lic. Cuarta Edición, 1977, p. 40. Paralelamente se habla de capacidad de actuar, entendida, como la "posibilidad que el derecho reconoce al sujeto, que se encuentra en los presupuestos de hecho previstos para su reconocimiento, de revelar y hacer valer intereses en el mundo del Derecho, determinando con su propio comportamiento la aplicación de las normas y el nacimiento de los efectos por ellas predispuestos. En otras palabras, la capacidad de actuar es la posibilidad de realizar personalmente comportamientos que provocan la constitución de efectos jurídicos". Ibíd. p. 44. Desde esta segunda perspectiva, es claro que la capacidad requiere, del sujeto, la posibilidad de conocer y valorar sus actos y la facultad de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Y esto lo valora el Derecho porque, según lo expusimos, los aspectos cognoscitivos y valorativos son siempre presupuestos de la voluntad.

120. La idea de un concepto de voluntad jurídicamente relevante es de FRANCESCO FERRARA, así, FERRARA, op. cit. pp. 37 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

96. Parece claro, que la teoría de la confianza, tal y como la hemos definido, no tiene cabida, de manera general, en nuestro ordenamiento jurídico. Según lo vimos, la teoría de la confianza tiende a asignarle a la buena fe del destinatario de la declaración, el papel que juega, a nivel de eficacia, la voluntad. Señala que, allí donde la declaración haga suscitar la confianza en el receptor, el negocio habrá de estimarse perfecto y habrá de producir, por tanto, sus efectos típicos aun cuando no haya mediado dolo o culpa del declarante. Desde esta perspectiva, en un eventual conflicto entre una voluntad tutelable (por no haber mediado dolo o culpa del declarante) y la confianza del tercero, el derecho habrá de inclinarse por tutelar a ésta en desmedro de aquella. Claro que se dice que la confianza ha de ser a su vez tutelable, porque esta teoría hace que se traslade el requisito de la diligencia del declarante al receptor de la declaración: si el receptor pudo con una mediana diligencia reconocer la divergencia entre voluntad y declaración, su confianza no sería tutelable. Ahora bien, las normas que disciplinan a la voluntad como fundamento de la eficacia negocial, son en principio de carácter imperativo, por lo que sólo pueden dejarse de observar en virtud de disposición expresa de la ley. Y es claro que si el conflicto entre una voluntad tutelable y la confianza del tercero se resuelve en favor de ésta y se deja sin protección aquella, se violarían flagrantemente las normas que sancionan la eficacia negocial y la voluntad como fundamento de aquella. El criterio de la confianza como fundamento de la eficacia negocial, elimina la importancia de la fase de planeamiento negocial y, en última instancia, hace que el negocio devenga pura ejecución.

97. A diferencia de lo que ocurre con el criterio de la confianza, la tesis de la autorresponsabilidad sí parece de recepción en nuestro ordenamiento. De conformidad con este último criterio, en el conflicto entre una voluntad no digna de tutela (por haber mediado dolo o culpa del declarante) y la confianza que haya suscitado la declaración en un tercero de buena fe, el Derecho se inclinará en favor de las legítimas expectativas del tercero, en perjuicio de la voluntad no tutelable.

98. De conformidad con un sector doctrinal[121] la teoría de la autorresponsabilidad requiere de norma expresa para que sea de recepción en un ordenamiento jurídico dado. En este sentido, conviene señalar que, según la doctrina, la autorresponsabilidad se justifica en última instancia por una exigencia de equidad negocial. El obligar al declarante doloso o culposo a cumplir las consecuencias de su acto, no es sino una consecuencia que nace del principio de la equitativa nivelación de los intereses negociales.[122] Ahora bien, la equidad se encuentra aceptada de modo claro en el Derecho costarricense en tres artículos fundamentales del Código Civil: a) artículo 11, que señala que "la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita", b) artículo 21, que estipula: "Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe" y c) artículo 1023, que reza: "Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la *equidad,* el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta". Este artículo 1023, permite expresamente fundar una obligación contractual única y exclusivamente en una razón de equidad. El artículo 11, por su parte fija la pauta que habrá de guiar la interpretación y aplicación de las normas que disciplinan la voluntad

---

121. PIETROBON (Vittorino), op. cit. p. 269 in fine.

122. Téngase presente que el principio que le sirve de base al de la confianza, es precisamente, el de la "equitativa nivelación de los intereses. Así, p. 234. Debe tenerse presente que, en el ámbito de las declaraciones negociales y fundamentalmente, del error, la teoría de la autorresponsabilidad, aun cuando tiene su "causa eficiente" en el dolo o culpa del sujeto, presupone el que el destinatario de la declaración haya confiado en las manifestaciones del declarante. Por eso, se habla, en un sector de la doctrina, de autorresponsabilidad por la confianza ajena. Así, PIETROBON (Vittorino) op. cit. p. 269. La razón es clara: si se le exige diligencia al declarante, lo mismo debe pedirse del receptor de la declaración negocial. En este sentido se ha dicho que "Aquél que emite una declaración de naturaleza negocial, y especialmente una declaración contractual, asume la responsabilidad relativa a la existencia y al contenido de la declaración misma. El fundamento de tal responsabilidad, estará en el "dato elemental e indiscutible de que, del íntimo querer de cada una, la otra parte nada sabe, ni está supuesta a saber, sino aquello que le revele y le hace patente la declaración y la conducta de la primera". La responsabilidad, nace de la fundamentación de la convivencia y de la correlativa exigencia de la comunicación por palabras y señas. El lenguaje, en efecto, tiene una base social de naturaleza convencional, por la que, cuando se ejerce fuera del campo de los fenómenos y de las consecuencias jurídicas, la violación de las normas convencionales tiene en sí misma la sanción de la incomprensión y del equívoco; en tanto que, cuando incide en las relaciones intersubjetivas jurídicamente relevantes, creando legítimas expectativas o constituyendo el instrumento en base al cual se da vida a relaciones jurídicas, es fuente de autorresponsabilidad para quien lo emplea, en relación al hecho de haberlo empleado y en relación al modo en que ha sido empleado". Así, PUGLIATTI, Autorresponsabilité, op. cit. p. 461. Esto pone de manifiesto que, por el hecho de que las declaraciones pueden hacer surgir "legítimas expectativas" (Es decir, que los terceros pueden depositar en ellos su confianza), la idea de la autorresponsabilidad está ligada a la idea de la confianza.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

como eje del sistema negocial. Es claro: es una consecuencia de equidad el impedir que la voluntad se convierta en dominador irrestricto de la materia negocial. Por su parte, el artículo 21, limita el derecho conferido a las partes de invalidar el negocio y ser restituidas al estado en que se hallarían de no haber existido un negocio inválido. Esto, porque el que concurre dolosa o culposamente a causar la invalidez negocial, lesiona la buena fe contractual. En el caso de la culpa, la falta de diligencia perjudica gravemente el deber de colaboración negocial. En estas normas, reside el fundamento normativo de la autorresponsabilidad.

99. No nos resta ahora sino determinar cuál de los requisitos subjetivos del error —el de la excusabilidad o el de la reconocibilidad— se adecua al criterio de responsabilidad válido para el Derecho costarricense. La respuesta puede obtenerse ahora, con relativa facilidad. La reconocibilidad señala que el error sólo es relevante en caso de que haya sido reconocible. Si esto no es posible, se estima que el receptor de la declaración viciada por error, ha depositado su confianza en ella y por tanto el acto deberá mantenerse y producir sus efectos típicos, aun careciendo de voluntad real. El sujeto que recibe la declaración viciada por error irreconocible, podrá exigir su cumplimiento forzoso o el cumplimiento por equivalente. Se evidencia por tanto, que la tesis de la reconocibilidad tiene fundamento en el principio de la confianza como fundamento de la eficacia negocial, que no es de recepción en nuestro sistema (salvo eventuales excepciones introducidas por la ley, que son de naturaleza específica y de interpretación restrictiva).

100. Por tanto, estimamos que el único límite aceptable en nuestro sistema, es el que viene impuesto por el principio de la excusabilidad, que señala que el sujeto que incurra en error inexcusable, no podrá hacer valer las consecuencias de su propia negligencia a efecto de impugnar el acto nacido defectuosamente por su culpa. Esta tesis, tiene sustento en el moderno principio de la autorresponsabilidad y es la que parece correcto aplicar.

2) Excusabilidad y reconocibilidad en la apariencia.

101. Si se parte de la idea de que el defecto de conocimiento (que lleva al tercero a estimar que la situación jurídica de su conegociante es perfecta sin serlo) es constitutivo de error, en sentido jurídico-negocial, debe llegarse por esta vía a aplicarle un juicio de excusabilidad[123] o reconocibilidad. Esto porque la buena fe que priva en este tipo de error, es la que rige en todo el derecho de obligaciones y que se descompone, por una parte, en el postulado de la diligencia, del cual excusabilidad y recognoscibilidad son expresiones suyas.

102. En cambio, si se acepta que el error que caracteriza al elemento subjetivo de la apariencia, no tiene el carácter jurídico negocial, puede admitirse sin problema alguno, la posibilidad de que produzca sus efectos típicos con independencia de toda relación con el juicio de excusabilidad o reconocibilidad.

103. Esta idea, se ve reforzada por la siguiente consideración: la buena fe que domina en los casos de apariencia, es la que denominamos objetiva, es decir, la que se funda en datos externos, independientes del sujeto que la invoca. Este tipo de buena fe, reviste tan sólo un carácter negativo, pues, como vimos, se reduce a la ausencia de mala fe. Por darse con independencia de los comportamientos subjetivos y por tener un carácter negativo, la buena fe objetiva no precisa, para su configuración, de estar ligada a la idea de diligencia, que es un comportamiento de carácter positivo.[124] En consecuencia, si el elemento subjetivo de la apariencia no precisa de la diligencia para generar sus efectos típicos, tampoco necesitará para ello,

---

123. Así se manifiesta expresamente, entre muchos otros FALZEA (Apparenza). Op. cit. p. 74 y ss.

124. Sobre el punto se ha dicho que "ciertamente, la apariencia de derecho está integrada por circunstancias tales que excluyen, siempre en línea de principio, la posibilidad del tercero de conocer con un mínimo de diligencia la situación jurídica real del alineante y entonces la prueba de la apariencia de derecho implica el establecimiento de una serie de idénticas circunstancias capaces de legitimar una "prae sumptio hominis", no simplemente de la buena fe del tercero, sino también de la buena fe no imputable a culpa grave". Así, MENGONI (Luigi) Acquisto "a non domino", Novissimo Digesto Italiano, Torino, U.T.E.T., Terza Edizione, T.I. 1968, p. 248.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

por mayoría de razón, unirse a un juicio de excusabilidad o recognoscibilidad. Estos presuponen la idea de diligencia y por tanto, la relevancia de la culpa grave.[125]

CONCLUSIONES

104. Del desarrollo del presente capítulo, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a. En primer término, debe tenerse presente el hecho de que tanto el error, como la ignorancia autónomas presentan problemas prácticos diversos, cada uno de los cuales es susceptible de recibir un tratamiento jurídico normativo particular. Esta distinción, puede comprenderse claramente mediante el uso de un concepto específico: el contenido objetivo del negocio.

b. Tanto la idea de contenido objetivo, como la de ignorancia autónoma, permiten una nueva visión de lo que ha sido dado en llamar "error común", y de las teorías de la presuposición y de la base negocial.

c. Los problemas del error, de la ignorancia y del elemento subjetivo de la apariencia, pueden ser reconducidos al género de la "patología del conocimiento". Sin embargo, la circunstancia de que todos ellos pertenezcan a la misma categoría genérica, no debe hacernos olvidar las diferencias específicas que median entre ellos.

d. Estas diferencias específicas, se manifiestan siempre, en el plano jurídico, bajo la forma de efectos de derecho que crean una particular disciplina.

e. Que la particular disciplina del error, a nivel estructural, se manifiesta en la exigibilidad de que el error sea esencial, excusable o recognoscible para ser a su vez, jurídicamente relevante.

f. La debida inteligencia del problema de la apariencia, demuestra que esta plantea un problema de conocimiento diverso del error en sentido jurídico negocial.

g. La última consecuencia que se sigue de nuestro desarrollo, es la de excluir los problemas de apariencia, del ámbito de aplicación de la máxima: "Error Communis Facit Ius". Se trata, como vimos, de lo que se ha denominado como error legítimo.

***

125. Se ha dicho que "El error inexcusable no es menos error que aquel que es excusable, y por eso en ningún caso la culpa grave puede poner en discusión la existencia de la buena fe. El problema de la culpa grave, implica, en cambio, la pregunta de si la buena fe determinada por crasa negligencia, es suficiente. En estos términos, el problema ha sido correctamente establecido por el legislador de 1942, en relación a los efectos de la posesión de buena fe, y resuelto en el sentido de que "la buena fe no juega si la ignorancia depende de culpa grave" (artículo 1147, inciso 2). La culpa grave no excluye la buena fe, sino su relevancia jurídica y por ello viene equiparada, quocd effectum, a la mala fe". Así, Ibid, p. 247. Las observaciones del profesor MENGONI, son aplicables a lo que hemos denominado error en sentido jurídico negocial. Aquí el error debe ser excusable —o reconocible—, debido a que el criterio de buena fe, que lo sustenta supone la diligencia de los sujetos y por tanto la relevancia de la culpa grave a efecto de eliminar el carácter excusable o incluso reconocible del error. Esta culpa, no hace que desaparezca el error, pero sí excluye la relevancia de la buena fe que pudiera sustentarse en aquella.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EDUCACIÓN PRIVADA EN COSTA RICA

LIC. CELÍN EDO. ARCE GÓMEZ

ÍNDICE

Pág.

I. Introducción 116
II. Evolución histórica de la libertad de enseñanza 116
III. Contenido y alcances de la libertad de enseñanza 117
IV. El control sobre los centros docentes privados 119
V. La libertad de enseñanza, ¿Una libertad subvencionada? 123
VI. Los límites de la libertad de creación de centros 126

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. INTRODUCCIÓN.

La educación privada se conecta con el ejercicio de un derecho para establecer centros docentes privados de enseñanza, el cual deriva, a su vez, de la llamada libertad de enseñanza.

La educación privada por ello, sólo, se puede concebir en un régimen sociopolítico de carácter pluralista-democrático centrado en la idea de la persona en su desarrollo y su desenvolvimiento.

Por otro lado, hablar de educación privada es referirse a la libertad de enseñanza. Al caracterizarse y concretarse la educación privada, en igual medida se especifica la idea de libertad de enseñanza. El uno es consecuencia del otro; conforme se niegue o restrinja la libertad de la enseñanza, así también se limita lo que llamaremos educación privada.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA.

Una de las virtudes cívicas del pueblo costarricense radica en haber dado reconocimiento constitucional a la libertad de enseñanza desde temprano, a diferencia de otros países como Francia que no logra dar este paso tan importante sino hasta fecha tan reciente como lo fue el 23 de noviembre de 1977, cuando el Consejo Constitucional la elevó al plano constitucional al considerarla como uno de los principios reconocidos por las leyes de la República; España también da este paso hasta la Constitución de 1978.

En efecto, fue la Constitución Política de 1869 la que, por vez primera, incorpora en nuestro ordenamiento jurídico esa libertad pública al indicar en su artículo 7 que: "Todo costarricense o extranjero es libre para dar o recibir la instrucción que a bien tenga en los establecimientos que no sean costeados con fondos públicos".

Esta Carta Política —la misma que declaró la enseñanza primaria obligatoria, gratuita y costeada por la Nación— al dar este paso de extraordinaria importancia mucho antes que lo hicieran otros países, como se indicó, favoreció, a no dudarlo, que tal libertad se consolidara desde muy temprano en nuestra cultura jurídica y se mantuviere hasta la fecha, puesto que si bien es cierto que dicha Constitución estuvo formalmente vigente sólo un año, tal disposición, se repitió en todas las Constituciones sucesivas. Ha sido, en fin, uno de los principios más constantes en el Derecho Constitucional patrio.

Esta Constitución en el fondo no es más que una copia de la anterior —1859— con ligeras modificaciones de simple detalle. Las únicas innovaciones importantes que introdujo fueron las disposiciones ya indicadas: la obligatoriedad de la enseñanza primaria y la libertad de enseñanza.

Obsérvese, por ahora que desde ese año la libertad de enseñanza en Costa Rica encierra dos ideas fundamentales: el derecho a abrir establecimientos educativos privados, y la libre elección de centro de enseñanza o clase de educación.

Este artículo 7 en comentario, lo repitió literalmente la siguiente Constitución —1871— en su artículo 53. Lo mismo hizo la Carta Política del año 1917 en su artículo 9, in fine, salvo con una ligera modificación de redacción.[1] Posteriormente cuando se estableció la Constitución de 1871 la disposición quedó vigente según la redacción original.

Tenemos entonces, que este numeral estuvo vigente desde el año 1869 al año 1949, cuando se promulgó la actual Constitución Política. Es un largo período de 83 años durante el cual esta libertad se logra incorporar a la cultura e idiosincrasia costarricenses.

Este Derecho Constitucional fue desarrollado en el Reglamento para la instrucción primaria del 10 de noviembre de 1869 el que en sus artículos 21, 22 y 23 estableció el procedimiento y requisitos para la creación de escuelas privadas.[2]

También hizo lo propio la Ley General de Educación común del 26 de febrero de 1886 la

---

1. **"Todo costarricense o extranjero, en los establecimientos no costeados con fondos públicos, es libre para dar o recibir la instrucción que a bien tenga".**

2. ***Artículo 21:*** **Las personas que por asociación o particularmente pretenden establecer una o más escuelas en la provincia, dirigirán la solicitud a la Municipalidad, acompañando a ella los siguientes documentos:**
   1o. El título profesional, o copia certificada de éste si lo tiene, de la persona encargada de la enseñanza.
   2o. Un certificado de buena conducta.
   3o. El programa de los estudios y ejercicios de la escuela y,
   4o. Copia del Reglamento Interior de la escuela que se trata de establecer. Deberá designarse en la petición, el edificio que debe servir para la escuela.
   Artículo 22: **Con estos documentos y comprobada la circunstancia de que el local reúna las condiciones del objeto a que está destinado, la Municipalidad procederá inmediatamente a autorizar la creación de la escuela. Si ésta hubiere de tener colegio con alumnos internos, el edificio deberá reunir las condiciones higiénicas necesarias.**
   Artículo 23: **En el caso de trasladarse la escuela o colegio de un punto a otro de la misma provincia, se concederá la autorización, después de reconocido el nuevo local, y de saberse que reúne las condiciones exigidas.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que en sus artículos 59 a 64 regula lo pertinente a las escuelas y colegios privados. Recoge con ligeras variantes los tres artículos anteriores y consigna expresamente por primera vez, y de una manera bastante clara, la "inspección oficial" o estatal sobre la enseñanza privada.

En efecto, dice su artículo 62 que "las escuelas privadas están sujetas a la inspección oficial en lo referente a asistencia de los niños, disciplina interior, a la moralidad, higiene, instituciones fundamentales del Estado y orden público".

A su vez el numeral 63 expresa: "los maestros privados están obligados a dar a las autoridades escolares los informes que les pidan sobre los puntos sujetos a la vigilancia oficial, y a llevar los libros escolares exigidos en esta ley".

También es de especial importancia indicar que ya desde esa fecha se contempla la posibilidad de la subvención estatal a la educación privada, puesto que su artículo 64 manifiesta: "Los textos, plan de estudios, programas y personal de escuelas privadas *subvencionadas* por fondos nacionales o municipales, quedan sujetos a la aprobación del Poder Ejecutivo".

Quede consignado también, por lo que más adelante se dirá, que desde el siglo pasado la libertad de enseñanza en Costa Rica se ha desarrollado paralelamente a cierto control, e intervencionismo estatal, evolución que hasta la fecha se mantiene incólume. Asimismo, téngase presente que desde esa misma época la libertad de enseñanza es una libertad subvencionada en nuestro medio.

Finalmente, a mediados de este siglo aparece el Código de Educación (Ley número 181 de 18 de agosto de 1944) el que, en sus artículos 247 a 258, recoge otra serie de disposiciones referentes a las instituciones escolares privadas. Fiel a esta tradición secular democrática garantiza la libertad de enseñanza, la subvención estatal y la inspección oficial.

Como se observa fácilmente, el desarrollo político ideológico de la educación privada en Costa Rica ha sido el mismo desde el año 1869, que es el año que podemos puntualizar como la fecha de inicio de este gran proceso del que todavía somos partícipes.

Ha sido una evolución extraordinariamente uniforme y constante en el desarrollo del país. En fin, la educación privada en nuestro medio está edificada todavía, como siempre lo ha estado, sobre los cimientos que visionariamente dejaron sentados nuestros abuelos. Por ello, la libertad de enseñanza se debe conceptuar como uno de los pilares de la democracia costarricense. Ha sido un punto cardinal que ha acompañado desde siempre el desarrollo de esta democracia política. Compañera fiel e infatigable que ha ido de la mano de nuestras instituciones republicanas.

III. CONTENIDO Y ALCANCES DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA.

Todo este proceso histórico-constitucional remata modernamente con la Constitución Política de 1949, la que no sólo mantiene esta tradición sino que la fortalece. Su artículo 79 preceptúa que "se garantiza la libertad de enseñanza. No obstante todo centro docente privado estará bajo la inspección del Estado".

También su artículo 80 manda que "la iniciativa privada en materia educacional merecerá el estímulo de Estado, en la forma que indique la ley".

A nivel legal se promulgó en el año 1957 la llamada Ley Fundamental de Educación, la que en sus artículos 33 a 37 contiene otras disposiciones complementarias referentes a los establecimientos privados de educación.

Durante la vigencia de esta Constitución Política y hasta la fecha, se han promulgado varios "reglamentos de establecimientos privados". Específicamente un total de cinco reglamentos a saber: Decreto Ejecutivo número 9 de 17 de marzo de 1953; Decreto Ejecutivo número 2 de 18 de enero de 1957; Decreto Ejecutivo número 2 del 15 de febrero de 1958; el Decreto Ejecutivo número 1 del 14 de junio de 1960 y, finalmente, el Decreto Ejecutivo número 6687-E del 12 de enero de 1977, que es el que se encuentra vigente.

En estos cuerpos normativos se ha reglamentado propiamente hablando el derecho de libertad de enseñanza.

Se establecen normas referentes a control e inspección estatales, procedimientos y requisitos para la autorización, clasificación, etc. En fin, este reglamento es el que más específicamente contempla el régimen jurídico de la educación privada en Costa Rica.

No podemos aprender adecuadamente el régimen jurídico de la educación privada, si antes no hemos precisado la idea de la libertad de enseñanza a la luz de nuestra Constitución Política, máxime que en nuestro medio no existe una definición legal de esta libertad.

No hay duda que la libertad de enseñanza es una libertad polémica y paradójica. No existe, aún consenso jurídico o doctrinario acerca de la misma. En el Derecho Comparado el panorama es igualmente oscuro. Pero, a pesar de todo esto debemos indefectiblemente comentar sus alcances y contornos a la luz de nuestro ordenamiento jurídi-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

co, cosa que hasta la fecha no se ha hecho, al menos con la profundidad de que es menester.

La libertad de enseñanza puede verse en un sentido muy amplio y elástico. Es aquel criterio que encierra la idea —entre otras— de que los profesores, padres y alumnos tienen el derecho de participar en la gestión de los centros. O también, en una forma muy rígida y estrecha, que es el criterio que puntualiza que la libertad de enseñanza se resume en la idea única del derecho de fundar centros docentes.

No creemos que en Costa Rica se pueda aplicar ninguno de estos criterios. Por el contrario debemos seguir un criterio más bien intermedio o ecléctico.

Específicamente, la libertad de la enseñanza en Costa Rica involucra las siguientes cinco ideas medulares:

a. El derecho o la libertad de creación de escuelas o centros docentes privados en todos los niveles incluido el universitario;
b. el derecho, a opción del ciudadano de que tales centros sean reconocidos como de carácter oficial o como prestadores de un servicio de interés social, siempre que se reúnan las condiciones objetivas fijadas por el Ordenamiento Jurídico;
c. el derecho de los ciudadanos de escoger el modelo o tipo de educación y el centro educativo que prefieran;
d. el derecho o la posibilidad de aportar a la institución o a la enseñanza que en ella se imparta, una dirección, ideológica concreta, o de disponer de un ideario educativo, siempre dentro del marco global del Ordenamiento Jurídico, y
e. que esta libertad sea virtualmente subvencionada por el Estado.

Estas ideas resumen, según nuestro criterio, el contenido de esta libertad. Cada una de ellas encuentra justificación tanto en la evolución histórica de este derecho en Costa Rica que ha sido, como se dijo, rectilínea; como en el vigente Orden Jurídico.

Nos justificamos. Para que se pueda hablar de la existencia de la libertad de enseñanza se requiere, como mínimo, que se garantice la posibilidad de fundar centros docentes privados. Es la libertad de enseñanza en su mínima expresión, si no existe este derecho no puede darse la libertad de enseñanza, porque libertad de enseñanza es, estrictamente, posibilidad del ciudadano de transmitir los conocimientos que posee en una forma relativamente sistemática, y eso sólo lo puede lograr mediante la apertura de centros docentes. Cualquier otra forma de transmitir conocimientos cualitativamente inferior tiende a confundirse con la libertad de expresión (verbigracia los periódicos, la radio, charlas, conferencias, etc.).

Al indicar nuestro artículo 79 constitucional en lo que interesa, que "no obstante todo centro docente privado está bajo la inspección del Estado", está concretando la posibilidad de su existencia jurídica; y esto es así desde el año 1869 puesto que el artículo 7 de la Constitución de ese año garantizaba la libertad de dar instrucción en establecimientos no costeados con fondos públicos.

Pero es también cierto que la libertad de enseñanza no se puede enmarcar en el estrecho círculo de la fundación de centros privados. Esta libertad encierra una potencialidad más amplia y frondosa. Implica también la posibilidad, que queda a opción del ciudadano, de que tales centros a pesar de ser privados, ostenten carácter oficial.

En el pasado, tanto el reglamento para la instrucción primaria de 10 de noviembre de 1869, como la Ley General de Educación común de 1886, contemplaban los requisitos o condiciones objetivas que debían satisfacerse para adquirir tal status jurídico, así como el procedimiento respectivo.

Modernamente, es la Ley Fundamental de Educación vigente la que establece lo propio junto con el reglamento de establecimientos privados de enseñanza.

Específicamente, es el artículo 34 de dicha ley el que dice que para que adquiera "validez oficial" la educación que impartan los establecimientos privados se requiere entre otras condiciones, que el Consejo Superior de Educación apruebe sus "propósitos, planes de estudio y programas".

Puede haber en Costa Rica, y de hecho existe, educación privada con categoría o rango oficial. Instituciones privadas que formen parte integral del sistema educativo.

Es el derecho de los particulares de participar en la empresa de la enseñanza fundando escuelas en igualdad de condiciones que el Estado.

Esta subcategoría tiende a garantizar la participación de las personas privadas en la consecución de este fin superior público, que es la educación.

Pero además, la libertad de enseñanza significa la libertad de los ciudadanos, y más concretamente de los padres de familia y de los usuarios, de escoger el tipo de educación y de centro educativo que más les convenga según sus intereses, valores, principios, etc. Fue también el artículo 7 de la Constitución de 1869 la que estableció por primera vez ese derecho de recibir educación en cualquier centro de enseñanza.

Si hoy día la educación privada es susceptible de adquirir oficialidad, sea la misma validez jurídica que la que se imparte en establecimientos estatales, con muchísima más razón el padre de fami-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lia tiene plena libertad para optar por una u otra, ya que jurídicamente tienen la misma categoría, es decir, el mismo respaldo jurídico, y reconocimiento legal.

Con esta idea se excluye la posibilidad de cualquier monopolio docente del Estado y se impide el nacimiento de una ciencia oficial; aunque sí es de reconocer que toda educación oficial está ideológicamente condicionada.

La posibilidad de contar cada institución educativa con su propio ideario político, es también consustancial a la libertad de enseñanza. Una vez más, desde el siglo pasado uno de los requisitos para autorizar una institución privada oficial es que el Estado apruebe sus programas y planes de estudios.

Nunca ha existido norma alguna que indique que indefectiblemente tales planes y programas tengan que ser iguales a los oficiales. Por el contrario, si esos planes y programas deben ser aprobados se debe, precisamente, a que pueden diferir de los oficiales, que son el resultado de una particular configuración pedagógica.

El reglamento vigente contempla la categoría de institución privada clase B que son las que ofrecen tipos de enseñanza, planes de estudio y programas diferentes de los oficiales pero reconocidos por el Estado. Tal opinión y libertad es la que da base para que los interesados ideen su propio ideario educativo o le impriman su "indirizzi" ideológico, como lo califican los italianos.

Finalmente, la libertad de enseñanza en Costa Rica encierra la idea del derecho a la subvención estatal, es decir, es una libertad potencialmente subvencionada.

Esta situación existe, tal y como fue indicado, desde la promulgación de la Ley General de Educación común y hoy día la recoge el artículo 80 de la Constitución Política cuyos alcances serán analizados posteriormente.

Este es el contenido jurídico de la libertad de enseñanza en Costa Rica. Insistimos sobre su extraordinaria uniformidad y permanencia en el tiempo. Es una libertad que no ha tenido ninguna vida azarosa.

Siempre ha existido en nuestro Derecho Constitucional conservando los mismos contornos; no ha sufrido altibajos, períodos de ensayo ni ha tenido que ser redefinida. Pareciera a veces como que surgió espontáneamente del alma costarricense.

IV. EL CONTROL SOBRE LOS CENTROS DOCENTES PRIVADOS.

El hecho que nos encontremos ante una libertad pública no implica que se nieguen poderes contralores a la Administración. Las potestades contraloras de ésta, con cierta dosis de informacionismo estatal no son incompatibles con el desarrollo de las libertades públicas. Por el contrario, muchas veces esa actitud vigilante y contralora de la Administración puede ser garantía para el desarrollo de estas libertades y para su correcta ordenación.

Además, jurídicamente ninguna libertad pública es absoluta e inestricta. Lo normal ha de ser que toda libertad pública está sujeta a control administrativo.

Existen diversas formas posibles de control: prohibición, autorización previa, declaración y ejercicio de la libertad con posibilidades de sanción represiva posterior, etc. El Derecho germano conoce otros controles, tales como el permiso general con reserva de prohibición, la prohibición general con reserva de permiso, o la obligación general de comunicación con reserva de interdicción.[3]

Estas diferentes clases de control difieren básicamente en el grado de intervencionismo estatal; así el mínimo grado de intervencionismo lo brinda el de libertad y el más intenso lo constituye el de la prohibición.

La Administración puede entonces, controlar esta actividad con base en cualquiera de estos sistemas. En Costa Rica el sistema, que hemos practicado, casi en forma exclusiva ha sido el de autorización previa. Sin embargo esporádicamente se ha practicado el de prohibición. Así, el reglamento de establecimientos privados de enseñanza del año 1953 en su artículo 3 indicaba que: "No se autorizará la apertura de ningún establecimiento particular de enseñanza sin la aprobación del Consejo Superior de Educación. . .". Esta disposición la reiteró literalmente el Reglamento de 1957 en su artículo 3, desapareciendo finalmente a partir del año 1958. Durante esta época, entonces, sólo se admitía un tipo de establecimientos docentes privados: los expresamente autorizados por el Consejo Superior de Educación. Esto es, los que ostentan carácter oficial que son completamente homologados a los estatales. No se admitían por ello, los centros privados libres. Obviamente esta disposición reglamentaria era inconstitucional.[4] El

3. EMBID IRUJO, Antonio. *La libertad en la enseñanza*, Madrid, Editorial Tecnos, 1983, p. 132.

4. Es importante indicar que actualmente la Procuraduría General de la República sostiene ese criterio, el que por supuesto no compartimos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Reglamento de Establecimientos Privados de 1961 contempla un caso de declaración previa con el centro privado clase C, que eran los que se inscribían para funcionar sin reconocimiento oficial de sus estudios ni de los títulos que expidan.

El sistema de control de la autorización previa se practica desde el año 1869 a raíz de la promulgación del citado reglamento para las instituciones primarias. Esta técnica sin embargo, existe sólo para determinado tipo de centro docente privado, no opera para cualquier actividad docente del ciudadano. Concretamente vincula a los centros docentes privados que aspiren impartir enseñanza oficial o con reconocimiento legal, por lo cual quedan excluidos los centros docentes libres. Conviene por todo esto, que nos detengamos brevemente a elaborar una tipología de estos centros. Ciertamente, los centros docentes privados se pueden clasificar en dos grandes grupos, a saber: centros privados libres y centros privados oficiales o con categoría oficial, los que se subdividen a su vez, en clases A y B.

Los centros docentes libres son aquellas instituciones que están vinculadas directamente a la libertad de enseñanza y que desarrollan su actividad al margen del sistema educativo. No están sometidos siquiera al principio de autorización; sino que funcionan libremente pero con posibilidad de sanción represiva posterior, ya que están sujetos a inspección estatal.

Estos centros pueden ser configurados de cualquier manera tanto pedagógicamente como en relación con los fines educativos a alcanzar. Pueden impartir enseñanza de cualquier tipo. No gozan de ninguna pretensión de que los estudios en ellas impartidos lleven a la obtención de una titulación estatal. No pueden expedir títulos.[5] Durante la vigencia de los reglamentos de 1953 y 1957 estuvo prohibida su existencia tal y como se indicó.

Las instituciones educativas "privadas oficiales" o con carácter o rango oficial, forman parte integral del sistema educativo, están bajo la dirección del Consejo Superior de Educación, puesto que imparten enseñanza oficial; están sujetos al principio de previa autorización; los estudios en ellas cursados y los títulos expedidos traen la misma validez que los estatales. Este es su rasgo fundamental, los estudios en ellas cursados son hábiles para obtener los títulos respectivos para lo cual no deben hacer ningún examen externo, los educandos pueden abandonar la institución privada y continuar sus estudios sin examen especial en cualquier centro estatal o privado con rango oficial.

Este grupo se subdivide en dos clases de centros educativos: clase A y clase B.

Los primeros son "los que ofrecen por lo menos los mismos planes y programas de enseñanza y expidan título, diploma o certificado iguales a los de las instituciones oficiales" (artículo 16 R.E.P.).

Estos centros se caracterizan porque no pueden estar a un nivel inferior al de las escuelas públicas en lo que concierne a los fines de la enseñanza y su organización, así como en la formación de su personal, ya que como mínimo, deben ofrecer los mismos planes y programas de las instituciones estatales. Empero, la obligación de no estar a nivel inferior es una exigencia de similitud y no de equivalencia, ya que sus planes y programas pueden ir más allá de ese mínimo, aunque siempre dentro del marco filosófico y jurídico de los programas oficiales. En fin, pueden cumplir más del mínimo que es el que se brinda en los centros públicos estatales.

Estas instituciones tienden a poseer una exacta correspondencia con las del sistema escolar público. Así toda resolución referente a promociones y aplazamientos debe ajustarse estrictamente a las normas establecidas para las instituciones públicas (artículo 18 R.E.P.), su calendario escolar debe ajustarse al calendario oficial escolar (artículo 19 R.E.P.). Su organización debe ser la propia de los colegios estatales salvo lo que resulta propio de estos.

Finalmente, las instituciones clase B son las "que ofrecen tipos de enseñanza, planes de estudio y programas diferentes a los oficiales pero reconocidos por el Estado, conforme a la legislación vigente y el presente reglamento.

El Consejo Superior de Educación dispondrá el tipo de título, diploma o certificado que corresponda expedir a estos establecimientos" (artículo 16 R.E.P.).

Estas instituciones no encuentran correspondientes en el sistema escolar público ya que traen una configuración pedagógica e ideológica propia. Pueden impartir enseñanza de cualquier tipo ajena a los planes de estudio estatales, aunque aprobada por el Consejo Superior de Educación y ostentan un carácter u orientación propios.

La existencia de esta segunda categoría es de especial importancia porque es la que más claramente materializa la libertad de enseñanza. Esta

5. La Ley número 142 de 8 de agosto de 1944 en su artículo 1o. dice: "Las escuelas y colegios particulares de cualquier índole sólo podrán expedir títulos cuando su funcionamiento está autorizado legalmente, y siempre que se ajusten a las leyes y reglamentos que las rigen".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

clase es la que posibilita, la existencia de un ideario educativo o "indirizzi" ideológico en las instituciones privadas.

Es por esto, que afirmamos ut supra, que en Costa Rica el ideario educativo forma parte de la libertad de enseñanza.

Por ideario educativo entendemos un sistema coherente de ideas o principios generales destinados a engendrar y dirigir un proyecto de enseñanza, o como el conjunto de principios básicos y fundamentales que sintetizan la orientación última que define un centro educativo ante los padres, los alumnos, los profesores y ante la sociedad en general. Marca los fines últimos, las ideas —fuerza, es esquemático estable para todo centro—. El ideario va a ser el instrumento, por tanto, que singularice la particular orientación que el titular de un centro docente pretende dar a su enseñanza.[6]

La existencia de las instituciones clase B, junto con el ideario educativo que les es concomitante, es la muestra más clara del ejercicio de la libertad de enseñanza. Es lo que permite distinguir, adicionalmente, la simple libertad de creación de un centro o de operar una institución educativa como una empresa, en fin, la simple libertad de creación; de la libertad de enseñanza propiamente dicha, que va más allá de ese simple acto; es la posibilidad de configuración ideológica del centro docente.

La inexistencia de esta libertad de estructurar un ideario educativo o "indirizzi" ideológico, restringiría gravemente la libertad de enseñanza, puesto que ésta se confundiría o se reduciría a la simple libertad de fundación de centros docentes.

"Para que exista realmente libertad de enseñanza hace falta que se dé siempre esta posibilidad de dar a las instituciones un contenido distinto, personal, original, alejado de cualquier pretensión de monopolitismo. Por ello es posible que coexista la libertad de fundación de escuelas con el monopolio ideológico como sucedía con el fascismo, lo que indica, en última instancia, lo inapropiado de utilizar la expresión libertad de enseñanza para designar el mero hecho de la creación de escuelas. La creación de escuelas sería una libertad instrumental de la libertad de enseñanza".[7]

En lo que al nivel de educación superior se refiere debemos indicar que se divide en dos ciclos: educación parauniversitaria y educación universitaria, strictu sensu.

La educación superior parauniversitaria tiene como objetivo principal ofrecer carreras cortas completas de dos a tres años de duración a personas egresadas de la educación diversificada. Estas instituciones están sujetas también a la autorización previa que compete otorgar al Consejo Superior de Educación, cuya forma de control se estableció por primera vez en el reglamento de 1977 el que regulaba su procedimiento del artículo 31 a 40 correspondiente al Capítulo IV, el que fue derogado posteriormente en su totalidad por la ley número 6541 de 19 de diciembre de 1980 —ley que regula lo referente a la creación y funcionamiento de estas instituciones—, y su reglamento.

En cuanto a la educación superior universitaria no fue sino hasta que se emitió la ley número 6693 del 27 de noviembre de 1981, y su reglamento, que se estableció el control de autorización previa. Esta ley y su reglamento regulan todo lo referente a estas instituciones, y creó un órgano colegiado adscrito al Ministerio de Educación para que ejerza ese control. Órgano de dudosa constitucionalidad en vista de que el artículo 81 de la Constitución Política le asigna la dirección general de la enseñanza en su totalidad (no hace distinciones), al Consejo Superior de Educación.

Con anterioridad a esa fecha, las universidades privadas podían funcionar sin ningún tipo de control previo a lo sumo estaban bajo la inspección del Estado. En suma, se daba la libertad de funcionamiento con sanción a posteriori. Durante toda esa época anterior, sólo se creó una universidad, la Universidad Autónoma de Centro América (UACA), creación que precipitó la necesidad de imponer también el sistema de autorización previa para las instituciones de este nivel, sea, se continuó la tradición del derecho costarricense de someter a todas las instituciones educativas privadas oficiales al principio de previa autorización. La última laguna legislativa que se daba se superó. Insistimos una vez más que el sistema de autorización previa es únicamente referible a las instituciones educativas que impartan educación con carácter oficial, por ese lado, y por el otro, que sean enseñanzas que se enmarquen dentro de los niveles formales del sistema educativo (educación primaria, educación general básica, educación diversificada, educación superior y educación de adultos).

La finalidad básica de la existencia del procedimiento de previa autorización —que dicho sea

6. EMBID IRUJO, *op cit.* p. 323.

7. *Ibídem*, p. 152.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de paso se practica también en Francia y Alemania— es la comprobación de que el nuevo centro solicitado se adecua al Ordenamiento Jurídico y a las directrices y políticas emanadas del Consejo Superior de Educación.

La concesión de la autorización está subordinada a estos conceptos de carácter nuevo, y al cumplimiento de ciertos requisitos y condiciones objetivas, básicamente de carácter formal.

Esta intervención administrativa se encuentra modalizada en función de los distintos niveles educativos del sistema. En nuestro medio pueden operar centros privados en cualquier nivel educativo incluido el universitario —y en cualquier modalidad— educación de adultos, educación especial, etc. La autorización y el funcionamiento de los establecimientos de educación preescolar hasta los de educación diversificada se regulan en el reglamento de establecimientos privados de enseñanza de 1977, y su autorización compete al Consejo Superior de Educación.

Las instituciones universitarias son autorizadas por el citado órgano colegiado, CONESUP.

El procedimiento de autorización previa involucra varias cuestiones de fondo que se debaten en torno de ella. Coincidimos con Gómez Ferrer Morant en que el problema de índole general más interesante que plantea esta autorización, es el de determinar si se trata de un acto reglado o discrecional. Este autor estudiando la legislación española concluye que "A mi entender la redacción de la ley no deja lugar a dudas al respecto. La autorización se concederá siempre que los centros reúnan las condiciones mínimas que se establezca con carácter general y se "revocará" cuando los centros dejen de reunir estas condiciones". Parece claro pues, que la administración sólo efectúa una actividad de mera comprobación y que, por tanto, sus facultades son regladas y no discrecionales pues los requisitos mínimos no se establecen para cada caso, sino con carácter general".[8]

En nuestro derecho positivo no existe una norma jurídica tan transparente como la que recoge la Ley General de Educación Española.[9] Empero a nuestro entender, la conclusión a que llega este autor es bastante válida y aplicable en nuestro derecho ya que en Costa Rica la posibilidad de crear centros docentes privados deriva, igual que allá, de la libertad de enseñanza; amén de que el sistema de la autorización previa es una institución universal de Derecho Administrativo que se regula por principios comunes. Entonces, el "acto de autorización" que ejerce el Consejo Superior de Educación y el Conesup, en sus respectivos ámbitos de competencia, es reglado. Su actividad es de constatación de que la solicitud reúna las condiciones mínimas generales que exigen los reglamentos para que puedan operar estos centros de enseñanza. Una vez constatado que se cumplen estas condiciones, la concesión de la autorización deviene en obligada para estos órganos colegiados; se trata de un acto de remoción de un límite para el ejercicio de un derecho subjetivo de rango constitucional. El derecho surge directamente de la Constitución Política y no del acto de la autorización. Por ello cuando nuestros cuerpos normativos correspondientes hacen uso del vocablo "autorización" debemos entender que lo hacen en un sentido técnico jurídico.

Suponen el establecimiento de una aprobación previa, presuponen un derecho preexistente del particular (la libertad de enseñanza) por lo que el acto de autorización no amplía la esfera de facultades del mismo (como sí lo hace la concesión), no suponen un aumento de los derechos del ciudadano, tan sólo facilitan su ejercicio.[10]

Esta conclusión nos precipita en otro tema estrechamente vinculado a lo anterior, y versa sobre si el "silencio positivo" es aplicable al caso de las autorizaciones que otorga el Consejo Superior de Educación y el Conesup. Nuestra opinión es decididamente que sí porque, de conformidad con el artículo 330 de la Ley General de la Administración Pública: "El silencio de la Administración se entenderá positivo, cuando así se establezca expresamente o cuando se trate de autorización o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela. También se entenderá positivo el silencio cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones". Como resultado, el plazo para que surja el silencio positivo será de un mes para el

---

8. GÓMEZ FERRER MORANT, Rafael. *El Régimen General de los Centros Privados de Enseñanza.* En *Revista de Administración Pública*, España, núm. 70, en abril, 1973, p. 18.

9. El artículo 94 aparte 3 de la Ley General de Educación de España, dice, ad literam:
"La apertura y funcionamiento de los centros docentes no estatales se someterán al principio de previa autorización, que se concederá siempre que éstos reúnan las condiciones mínimas que se establezcan con carácter general. . . La autorización se revocará cuando los centros dejen de reunir estas condiciones".

10. MEILAN GIL, José Luis. Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión, En *Revista de Administración Pública*, España, núm. 71, p. 81.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Consejo Superior de Educación (artículo 1331 Ley General de Administración Pública) y de cuatro meses para el Conesup (artículo 7 Ley número 6693 de 27 de noviembre de 1981); a partir de que el órgano reciba la solicitud de autorización con los requisitos legales.

Acaecido el silencio positivo no podrá la Administración dictar un acto denegatorio de la instancia, ni extinguir el acto sino en aquellos casos y en la forma prevista en la Ley (artículo 331. 1.2 Ley General de Administración Pública).

V. LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA, ¿UNA LIBERTAD SUBVENCIONADA?

Pasamos seguidamente a estudiar un tema harto espinoso y polémico en la doctrina, así como dejado en el olvido por parte de nuestros estudiosos del Derecho.

El artículo 80 de nuestra Constitución Política dice literalmente: "La iniciativa privada en materia educacional merecerá estímulo del Estado en la forma que indique la Ley". Como se observará este numeral preceptúa de manera imperativa que la iniciativa privada reciba estímulo estatal —este es el mandato— pero lo sujetó a la forma en que lo indique la ley. Estamos frente a un caso típico de reserva de ley. Esto es, que sólo una ley formal puede venir a desarrollar este mandato constitucional y, específicamente, indicar los casos, formas y tipos de estímulos.

Desafortunadamente desde que se promulgó la Carta Magna (1949) a la fecha, esta ley no se ha emitido.

Esta grave omisión ha traído como consecuencia que se practique una particular concepción sobre la libertad de enseñanza y de los centros privados docentes, contraria a principios constitucionales.

Este mandato constitucional es de insospechadas consecuencias en Costa Rica y casi no tiene paralelo en el panorama del derecho comparado. No la conocen otras culturas jurídicas antiquísimas como la francesa y la alemana. España no logra dar este paso sino con la Constitución de 1978, la que en su artículo 27, párrafo q), preceptúa: "Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca".

A pesar de que esta ley no se ha promulgado aún —ni siquiera existe un proyecto específico— debemos definir los alcances de este artículo constitucional.

Se trata de dilucidar, específicamente, si la Constitución impone la obligación de subvencionar a la enseñanza privada, sea si esa ayuda puede ser exigida a la Administración y, lo que es más importante aún, cuál es el origen formal de la subvención. ¿Lo será el derecho a la educación o la libertad de creación de centros docentes privados?

Según la respuesta que se dé a estas interrogantes así serán las consecuencias que se deriven. Si se concluyera que estamos frente a una libertad subvencionada; la libertad de enseñanza se orienta a tenerse que considerar como un derecho de naturaleza económico-social.

Además, la preeminencia del sector público en la enseñanza o la consolidación de un sector privado mayoritario dependen, sin duda, de la ayuda financiera estatal.

Así, verbigracia, en Francia, Alemania e Italia la enseñanza privada alcanza niveles que, en conjunto, en escasa medida llegan a un 10 por 100 del total de la población escolar —que es el porcentaje que se da en Costa Rica—; en tanto que en España en algunos niveles se sobrepasa el 50 por 100 de alumnos en la enseñanza privada,[11] país este último en el que como se dijo, se practica la subvención en forma amplia. También el reparto territorial es muy dispar. Es un hecho evidente y harto conocido que en nuestro país en las zonas rurales son los colegios estatales, los practicantes existentes y que los colegios privados están concentrados en el área metropolitana y en menor escala en las suburbanas de ciertas provincias.

La educación en Costa Rica es, en su mayoría estatal, predominan grandemente los centros educativos estatales en todos los niveles. Por otro lado, por todo esto es que arrastramos una educación excesivamente uniforme e igual. Las posibilidades de innovación educativa son escasas por cuanto la oferta educativa mayoritaria es la estatal.

Pero esta configuración socio-política que ha adquirido nuestro sistema educativo se debe, fundamentalmente, al olvido en que se tiene, desde siempre, el artículo 80 de nuestra Carta Política.

Nuestras autoridades rectoras de la educación no han tomado en cuenta o han querido percatarse de que este mandato es un principio político rector de nuestro sistema educativo de rango constitucional. No se ha querido aceptar, que fue voluntad del constituyente que en Costa Rica la libertad de enseñanza sea una libertad sub-

11. EMBID IRUJO, *op cit.* p. 343.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

vencionada y que la orientación filosófico-política del sistema que tuvo en mente es distinta de la que a la postre resultó y que se practica.

Debemos asumir entonces posición ante el hecho subvencional.

Estamos obligados a indicar cuál es el origen y la intención de esa subvención, el espíritu de esta norma, si es que queremos aprender el régimen jurídico de la educación privada a cabalidad.

En nuestra opinión ese precepto se refiere tanto a la "subvención-compensación" como a la "subvención de fomento".

La primera busca compensar a los centros no estatales que deben impartir educación gratuita en los niveles en que ésta es obligatoria o gratuita (educación general básica y educación diversificada).

Este tipo de subvención es el que recoge el artículo 94, aparte 4 de la Ley General de Educación de España, cuando indica que ". . .la educación general básica, así como la formación profesional de primer grado, serán gratuitas en todos los centros estatales y no estatales. Estos últimos serán subvencionados por el Estado en la misma cuantía que represente el costo de sostenimiento por alumno en la enseñanza de los centros estatales, más la cuota de amortización e intereses de las inversiones requeridas".

Esta subvención-compensación tiende a garantizar en Italia el derecho a la educación. El artículo 30 de la Constitución Política italiana tutela los derechos educativos de los padres, los que se sustancian, básicamente en la opción por la clase de religión, y, la que es más importante, en la libertad de elección de escuelas; elección que comprende obviamente, entre públicas y privadas, porque de lo contrario no se daría esa opción. De ahí que, concretamente, "los autores italianos configuran la subvención como su medio de proveer a la tutela de derechos fundamentales como el de libertad de elección de los padres, derecho al estudio y libertad de la escuela privada, pero que en su concepción está siempre presente la necesidad de una cierta equiparación entre la escuela subvencionada y la estatal en cuanto a enseñanza impartida y tratamiento de igualdad al alumno bien que respetando el propio 'indirizzo' de la escuela".[12] Pero también esta norma busca la subvención de fomento.

Aquella ayuda que puede cumplirse con préstamos a bajo interés para la construcción de centros, exención o reducción de impuestos, cesión de uso de edificios construidos para centros estatales, subvenciones para la construcción y equipamiento de centros y pago de su personal y que opera en los niveles en que la educación no es gratuita ni obligatoria.

En fin, estamos frente a un artículo que regula tanto la subvención-compensación, como la subvención de fomento o de la simple ayuda o de estímulo, strictu sensu.

Si este artículo 80 lo interpretamos aisladamente —como hasta ahora se practica— podría concluirse, quizás, que recoge única y exclusivamente la subvención de fomento. Empero, existen otras normas y principios constitucionales y legales que, insoslayablemente, deben tomarse en consideración al momento de comentar y definir sus alcances. Se impone por ello una interpretación sistemática.

A continuación indicamos en qué sustentamos nuestra opinión referente a que debe darse la subvención-compensación.

La disertación la fundamentamos en tres argumentos a saber: esta subvención se justifica por el derecho y la obligatoriedad a la educación, por el derecho de elección de escuela de los padres de familia y, por el principio de Estado Social de Derecho. A) El artículo 78 de la Carta Magna puntualiza que: "La Educación General Básica es obligatoria, ésta, la preescolar y la educación diversificada son gratuitas y costeadas por la Nación".

De este numeral extraemos el postulado de que "toda educación obligatoria debe ser indefectiblemente gratuita; y que toda educación declarada gratuita debe serlo en todo centro docente que imparta enseñanza oficial".

En efecto, constituye una contradicción lógica establecer que la educación es obligatoria —hasta cierto nivel, y que no se garantice su gratuidad; de esta contradicción se percató el constituyente de 1949 puesto que este binomio "obligatoriedad-gratuidad" lo incorporó en este artículo.

Pero lo más interesante del asunto es que esa enseñanza obligatoria se puede cumplir atendiendo tanto centros estatales como no estatales debidamente reconocidos, ya que ambas instituciones imparten el mismo tipo de enseñanza con la misma validez. Jurídicamente es una misma educación, sólo que se imparten en centros docentes que difieren únicamente en su titularidad y administración.

Desde la Ley General de Educación Común hasta la fecha, la educación declarada obligatoria

12. EMBID IRUJO, *op cit.* p. 176.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

se ha cumplido atendiendo tanto centros públicos como privados autorizados. ¿Por qué? Porque imparten el mismo tipo de educación.

Entre una y otra, salvo la anterior diferencia no cabe hacer distinción alguna. Pero inexplicable e ilógicamente en Costa Rica sólo es gratuita la educación general básica que imparte el Estado. Si legalmente no se hacen discriminaciones entre una y otra educación —en aspectos sustantivos tales como validez de los estudios y de los títulos, y si estos producen los mismos efectos legales en su totalidad—, ¿por qué razón se distingue en lo referente a su gratuidad? A mi entender no existe fundamento jurídico para tal nefasto distingo.

El trato jurídico para ambas debe ser igual para todos los efectos y en todos los aspectos.

Entonces, todo centro docente privado que imparta educación general básica y educación diversificada debe hacerlo en forma gratuita porque así lo dispone el artículo 80 sub júdice.

Para compensarlos el Estado deberá subvencionarlos en una cuantía que represente como mínimo el costo de sostenimiento por alumno más las cuotas de amortización e intereses de las inversiones requeridas tal y como sucede en España.

Así como les impone el deber de impartir educación gratuita, se les debe conceder una "subvención-compensación" cuyo otorgamiento deviene en obligatoria para el Estado.

Desde el preciso momento en que se estableció que la enseñanza privada reconocida por el Estado es "oficial", se declaró implícitamente, que le es aplicable el mismo régimen jurídico. Así, sus estudios y diplomas tienen exactamente la misma validez que los otros, por lo que también debe ser gratuita. En la medida en que la educación general básica oficial es gratuita y obligatoria, es un servicio igualitariamente gratuito en todo tipo de centros, sea privados o no, hasta que su enseñanza sea oficial y verse sobre este nivel del sistema educativo y de la educación diversificada.

El ordenamiento español es más congruente en este sentido. Así, al igual que en Costa Rica, su Constitución Política garantiza la gratuidad de la enseñanza básica. Ante tal declaratoria, lógica y congruentemente la ley de educación tenía inexorablemente que garantizar la gratuidad también en los centros privados. Estamos por ello, frente a un principio jurídico de rango constitucional.

Podría argüirse que el acto de imponer en Costa Rica la educación gratuita a las instituciones privadas atenta contra la libertad de enseñanza. Opinamos que decididamente no es así, porque esta libertad, como cualquier otra, tiene límites que la propia Constitución establece.

Así, son límites de esta libertad, entre otras, el que la enseñanza esté correlacionada en sus diversos ciclos (artículo 77 C.P.); que cuando sea enseñanza oficial esté bajo la dirección del Consejo Superior de Educación (artículo 81) y, por supuesto, que cuando sea educación general básica y diversificada se imparta gratuitamente.

B) El artículo 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (aprobada por la Asamblea General de la ONU, París, 1948), debidamente ratificada por Costa Rica, indica que: "Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos". Esta disposición que tiene autoridad superior a la ley (artículo 7 C.P.), ha venido a incorporar expresamente en nuestro Ordenamiento Jurídico, el derecho a la libertad fundamental de los padres de escoger el tipo de educación o centro docente que más les convenga. Este derecho o libertad siempre ha operado en nuestra historia. Nunca se ha practicado en nuestro país el monopolio estatal de la enseñanza. La diferencia es que ahora tal derecho está expuesto de manera expresa y en un tratado internacional.

Una libertad formal que no se garantiza materialmente es una libertad inexistente. Entonces, si se declara la libertad de elección de escuela, esta libertad debe garantizarse materialmente. De nada vale un reconocimiento puramente formal, si no se establecen los medios adecuados para hacer real y tangible la concreción práctica. En definitiva, sólo una apropiada financiación del sistema educativo puede dar margen de ejercer el derecho de libertad de escuela.

Por todo ello la educación privada debe ser necesariamente subvencionada, porque de lo contrario los padres de familia no tendrían el derecho real de escoger el centro educativo, opción que está más sujeta a su capacidad económica y, consecuentemente, se convertiría en irreal.

Ante esa libertad de elección, que debe jurídicamente garantizar el Estado, debe ineluctablemente institucionalizar, la subvención-compensación en los términos indicados.

C) Por otro lado el Estado costarricense ha evolucionado a una categoría de Estado Social de Derecho. Esta evolución implica una nueva concepción que pone el acento en el derecho a obtener unas prestaciones del Estado.

"La época contemporánea, que está presenciando la conversión o transformación de la democracia política en social, constata también que esta última reconoce los derechos del hombre, pero, a diferencia de la democracia liberal-burgue-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sa, los considera como exigencias, es decir, adquieren una dimensión imperativa".[13]

Pero el Estado Social se caracteriza aún más porque en él los derechos fundamentales transforman su función y naturaleza. Se trastocan en derecho de participación a las prestaciones estatales, en títulos jurídicos suficientes para exigir del Estado una determinada forma de prestación.

En esta nueva concepción, estas libertades se conceptúan como obligaciones jurídicas a cargo del Estado. En la concepción liberal lo que operaba era el deber de abstención del Estado; eran prerrogativas reconocidas a los gobernados. Ahora, en cambio, son derechos que se pueden exigir al Estado. Es menester que este garantice estos derechos mediante prestaciones materiales,concretas.

Basta que se dé un Estado Social para que, ipso facto, opere un cambio en la consagración de los derechos fundamentales, y eso es lo que ha operado en Costa Rica. Desde el punto de vista de esta tesitura en Costa Rica es exigible al Estado el derecho a la educación así como el derecho a la libertad de elección de escuela.

Por ello está particularmente obligado a brindar una educación gratuita tanto en las instituciones estatales como no estatales. En fin, en Costa Rica la libertad de enseñanza se ha tornado en una libertad subvencionada.

El Estado costarricense en materia de enseñanza dejó de ser hace mucho tiempo uno de carácter liberal, para definirse como social. En suma, la libertad de enseñanza ha dejado de ser una libertad —autonomía— para convertirse en una obligación del Estado a favor de los particulares. Ya no es suficiente que el Estado no invada la esfera de autonomía individual.

Ahora es menester conceptuar el derecho a la educación y el de elección de escuela como obligaciones jurídicas a cargo del Estado.

El Estado Social de Derecho costarricense encierra todo un conjunto de valores y principios inderogables que forman el ordenamiento general. Es dentro de ese amplio marco que la disposición constitucional sobre la libertad de enseñanza debe ser interpretada. Este carácter social en materia de enseñanza se manifiesta en la obligatoriedad y gratuidad y subvención educativas.

VI. LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE CREACIÓN DE CENTROS.

La libertad de enseñanza manifestada en la variante de la creación de centros docentes tiene límites cualitativamente más estrechos que otras libertades, como la de libertad de expresión.

Nuestro ordenamiento jurídico contempla ciertos límites a esta libertad de creación de centros docentes.

A) Existen límites organizativos que se configuran a la hora de la autorización administrativa previa.

Así, existe el límite organizativo consistente en la necesidad de acomodar su estructura y régimen de funcionamiento a las exigencias del nivel que se trate. Concretamente, la planta física, mobiliario y equipamiento debe ajustarse a los requerimientos del tipo de enseñanza que se trata (artículo 28 Reglamento Establecimientos Privados).

Entonces los espacios administrativos, educativos, recreativos, etc., deben acomodarse al correspondiente nivel, ciclo y modalidad.

Respecto a los establecimientos de educación media existe otra especial limitación organizativa respecto a las instituciones clase A, consistente en que, hasta donde sea aplicable, deben darse la misma organización prevista para las instituciones homólogas estatales. Este mandato lo recoge el llamado reglamento de establecimientos oficiales de educación media (D.E. número 2 de 3 de marzo de 1975 y sus reformas).

B) Se da también el límite de la inspección estatal, que es aplicable tanto a los centros privados con oficialidad como a los centros privados libres.

El artículo 79 constitucional otorga al Estado, sin duda, el papel preeminente sobre la instrucción tanto pública como privada.

Esto es, tal inspección se ejercita tanto en las instituciones integrantes del sistema educativo como las excluidas de él. Esta inspección estatal es, a no dudarlo, la manifestación más importante de la soberanía estatal escolar.

El contenido de esta inspección no está definido por nuestra legislación. El artículo 33 de la Ley Fundamental de Educación a lo sumo, indica que: "Los establecimientos privados de enseñanza estarán sometidos a la inspección del Estado de conformidad con el artículo 79 de la Constitución Política".

Por su cuenta, el artículo 1o. del R.E.P. puntualiza que tal inspección corresponde tanto al Consejo Superior de Educación como al Ministerio del ramo "con las condiciones y normas de procedimiento que establece el presente reglamento". Sin embargo, esta materia no se encuentra claramente regulada.

---

13. FERRANDO BADÍA, Juan. *Democracia frente a autocracia*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 85.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Obviamente esta inspección estatal difiere según el tipo de institución privada de que se trate. Esta vigilancia es más intensa respecto a los centros docentes autorizados por el Consejo Superior de Educación, que referente a los centros docentes libres.

En el primer caso se trata de un mero control de legalidad del cumplimiento por las escuelas privadas de la normativa jurídica aplicable a ellas, así como control sobre la preeminencia de las condiciones originales en virtud de las cuales se otorgó la autorización de funcionamiento. Por ello es lógico que se exija la obligación de brindar las informaciones y datos estadísticos que les sea solicitados; requerir la aprobación de todo cambio en la nómina de personal, estar al día con las normas que el Consejo Superior de Educación y el Ministerio llegaran a establecer, etc. (artículos 7, 20 y 27 R.E.P.).

Exigencia similar se contempla para las universidades privadas a las que se les podrá "requerir informes y la documentación necesaria. . . a fin de verificar el cumplimiento por parte de ellas de la ley, de este reglamento y de las condiciones básicas de las autorizaciones respectivas" (artículo 24 Reglamento General del Conesup, D.E. número 14182-E de 3 de enero de 1983).

En caso de que no se cumpliere con estas condiciones originales la autorización podrá ser revocada. La Administración no renuncia al control posterior.

Respecto a los centros docentes privados libres, el control es menos intenso ya que no se debe controlar que pervivan las condiciones originales que median en el caso de autorización (acto que no se da en estos centros).

Aquí se trata que estos centros impartan la Constitución, la moral y las leyes en sus actividades y en el contenido de la enseñanza. Cumplida esta condición mínima la enseñanza pasa a ser completamente libre. El Estado no puede ejercer control alguno sobre la calidad, objetivos, etc. de la educación. Le es indiferente la calidad del profesorado, la planta física, etc. En estos aspectos no puede darse ninguna intromisión estatal.

En estos sectores nuestra normativa se caracteriza por un alto grado de liberalismo.

Esta inspección se cumple a través de la actuación de todos los poderes estatales ya que tal control de legalidad de la normativa vigente no es sólo de carácter educativo sino que involucra condiciones sanitarias del local, cancelación de impuestos y derechos, etc. En suma, reglas de control de policía, de higiene, fiscales, etc.

C) Encontramos otro grupo de limitaciones que operan respecto al ideario educativo, o lo que es lo mismo vinculan a las instituciones de clase B.

Quiere esto decir que el derecho de dotarse de un "indirizzo" ideológico no es ilimitado sino que existe una serie de principios, básicamente constitucionales, que lo enmarcan claramente.

El primer gran límite lo constituye los derechos fundamentales que contempla la Constitución Política. Ese contenido académico no puede atentar contra el derecho a la educación o contra el derecho de elección de escuela o contra la dignidad de la persona. No proceden por ello distinciones por razones de raza, religión, posición social, credo político o cualquier otra contraria a la dignidad humana (artículo 3 R.E.P.).

Así, un ideario educativo que ponga su acento en el aspecto religioso no puede llegar al extremo de discriminar por razones de religión.

El ideario educativo debe respetar los principios educativos que contempla nuestro Ordenamiento. Por ello su educación debe ser necesariamente democrática en su esencia y orientación general, se rige por los principios y objetivos que señala y enuncia la Ley Fundamental de Educación (artículo 2 R.E.P.). Así, verbigracia, ese ideario educativo concreto no puede llevar a implantar una educación elitista por razones sociales, etc. Tal educación no puede atentar contra los valores de la solidaridad y comprensión humanas, menoscabar el desenvolvimiento pleno de la personalidad humana; o inculcar valores que atenten contra la patria, o impliquen renuncia a sus deberes y derechos (artículo 2 L.F. de E.).

Otro límite constitucional no menos importante consiste en que la educación que ahí se imparta y según sea el nivel educativo, debe estar debidamente correlacionada con los restantes niveles del sistema (artículo 77 C.P.).

También se debe ajustar a las directrices y disposiciones emanadas del Consejo Superior de Educación, puesto que a este órgano le compete dirigir la enseñanza oficial (artículo 81 C.P.).

Este es el marco general en que forzosamente se debe dar la libertad del ideario educativo el cual es objeto de control previo por parte de la Administración al momento de autorización del centro. En sentido estricto son dos autorizaciones: la apertura del centro y aprobación del ideario educativo que se suceden.

D) Para concluir, ubicamos ciertos límites de funcionamiento. El principal consiste en que en el nivel de la educación general básica la educación debe ser gratuita (artículo 78 C.P.), sin perjuicio de la respectiva subvención-compensación.

Asimismo en todas ellas, sus actividades y funcionamiento se deben ajustar a los criterios de servicio público sobre el espíritu de lucro (artículo 4 R.C.P.). Esto es aplicable también a las universidades.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

NUEVAS TENDENCIAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS

CONTENIDO

Pág.

1. Delimitación preliminar 130
2. Ejemplificación introductoria 130
3. Responsabilidad contractual y extracontractual. 130
4. La regulación vigente sobre la responsabilidad en el Código Civil. 130
5. Las deficiencias actuales frente a la necesidad de la reestructuración global de la materia 130
6. El daño y la diversidad de criterios de imputación 131
7. La responsabilidad subjetiva 131
   a. Antijuridicidad 131
   b. Causalidad 132
   c. Culpabilidad. 132
   ch. Concurso de culpa 132
   d. Responsabilidad indirecta 132
   e. Animales 132
8. Responsabilidad objetiva. 132
9. Acción inhibitoria 133
10. El resarcimiento. Modos 133
11. Momento de fijación de valor del daño 133
12. Daño moral 133
13. El daño a la persona. 134
14. Conclusiones 134

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. Delimitación preliminar.

"Nuevas tendencias en materia de responsabilidad civil" es un tema muy extenso que, para los efectos de esta exposición, se ha reducido al examen de la jurisprudencia italiana y francesa, a la doctrina y nueva legislación peruana y a nuestra propia jurisprudencia. El examen de las nuevas tendencias se hará con exclusiva referencia a estos Ordenamientos, los que, dada su proximidad con el nuestro, desde el punto de vista del Derecho Comparado, pueden aportar luces significativas.

2. Ejemplificación introductoria.

La materia que nos ocupa tiene lugar preferente en la casuística de cualquier país; son innumerables las situaciones donde, sin existir vínculo previo entre las partes, las pretensiones se refieren a la reparación de los daños; frecuentemente se habla, a veces sin mayor distinción de "daños y perjuicios".

Las situaciones de la vida real se oponen dramáticamente a la escasez de su regulación positiva; la jurisprudencia ha tenido, en consecuencia, una ardua tarea: con muy pocos textos legales ha debido afrontar una casuística inmensa y muy variada.

Con el propósito de presentar los aspectos fácticos del tema, para luego pasar a las respuestas jurídicas sistematizadas que debe ofrecer la ley, pensemos en un cazador que dispara y mata a una persona, en un enjambre de abejas africanizadas que ataca a unos niños, en un árbol que cae sobre el techo de la casa del vecino, en un abogado que rinde un dictamen con base en jurisprudencia, doctrina o legislación desactualizada, en los vecinos de un pueblo que ven deteriorada su salud y sus casas por la contaminación producida por una fábrica, en la caldera de un establecimiento industrial que explota y causa daños, en un incapaz mental que hiere a una persona, en un médico que realiza una operación en forma negligente y causa daños, en el chofer ebrio de un camión que se introduce en el carril contrario y mata a un automovilista que venía por su vía, en un niño que golpea a otro en la escuela, en un vehículo que es dañado por el empleado de un estacionamiento, en una persona que afirma por la prensa que otra es un delincuente, estando el respectivo proceso penal en sus inicios.

3. Responsabilidad contractual y extracontractual.

La presente exposición se limita a la responsabilidad extracontractual, pero conviene recordar que ésta se diferencia de la contractual en su regulación concreta; un ejemplo lo encontramos en el campo de la carga de la prueba; en la responsabilidad contractual se afirma la existencia de una presunción de culpa (hay responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento); en cambio, en la responsabilidad extracontractual subjetiva, la demostración de la culpa es necesaria.

Se discute si hay diferencia en cuanto a los alcances de la responsabilidad en uno u otro caso. Para don Alberto Brenes Córdoba, los daños reclamables, en materia contractual, son aquellos que fueron previstos o pudieron serlo al tiempo de contraerse la obligación. Don Octavio Torrealba, en cambio, sostiene que nuestra ley no hace tal distinción. De conformidad con la reciente Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980), la regla que prevalece es en el sentido de que no hay responsabilidad contractual por los daños imprevisibles. Dice el referido texto: "Esta indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato".

Ante la discusión surgida en nuestro medio, conviene que la ley sea clara en este aspecto que ya ha suscitado controversias a nivel judicial.

4. La regulación vigente sobre la responsabilidad en el Código Civil.

La materia de la responsabilidad civil extracontractual, en nuestra ley, se encuentra regulada en unos pocos artículos, dentro de un Título del Código Civil mal llamado "Delitos y cuasidelitos", en algunas reglas de discutida aplicabilidad que se encuentran en el capítulo relativo a las obligaciones contractuales, según puede verse en la sentencia de la Sala de Casación número 96 de 1963 y en la número 13 de 1965 y en algunas disposiciones especiales como las de la Ley de Tránsito, la Ley General de la Administración Pública y otras.

5. Las deficiencias actuales frente a la necesidad de la restructuración global de la materia.

La regulación que ofrece nuestro Código Civil es deficiente, anticuada y ajena a los más recientes problemas que presentan, en particular, la producción en masa y la contaminación ambiental.

Las normas vigentes no corresponden a la evolución que, dentro del sistema romano (en particular en Francia, Italia y Perú) ha venido sufriendo la materia.

Tampoco corresponde la ley vigente a la mutación axiológica de nuestro tiempo que intenta superar la perspectiva patrimonialista, para pasar a una perspectiva personalista del Derecho Privado.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Las observaciones que es posible hacer a la ley vigente son muchas; van desde las omisiones de regulación y las incertidumbres interpretativas hasta la necesidad de superar la visión individualista mediante una restructuración global del título respectivo, lo que, a mi juicio, es lo más aconsejable. No es posible que un campo de tal complejidad e importancia se encuentre regulado por cuatro artículos omisos y sin correspondencia con la realidad actual. El tema es muy amplio para ser tratado así (recordemos que sólo la bibliografía de los Mazeaud contiene más de dos mil títulos sobre el tema).

Se trata, en síntesis, de un campo lleno de equívocos que conviene dilucidar en la ley. La propia palabra responsabilidad es usada indiscriminadamente con los sentidos más heterogéneos, como, por ejemplo, el de "carga", el de "obligación", el de "deuda", el de "función", el de "exigencia", el de "garantía"... Junto a la adecuación de la materia a las circunstancias actuales se requiere una revisión sistemática conceptual.

6. El daño y la diversidad de criterios de imputación.

El verdadero eje para la reconstrucción del tema no puede ser otro que el "interés" y, concretamente, el "interés lesionado" con el hecho dañoso.

A esta unidad del sistema con base en el daño, corresponde una pluralidad de criterios de imputación.

Convendrá establecer, en primer lugar, la distinción clara entre la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva. Ya esta primera idea obliga a la sustitución del nombre mismo del respectivo título del Código Civil "delitos y cuasidelitos", por el de "responsabilidad extracontractual", que es el que corresponde realmente.

7. La responsabilidad subjetiva.

Frente a las tendencias puramente objetivizantes e individualistas, conviene afirmar la relevancia del criterio de imputación de la culpa, el cual conserva todo su valor, e inclusive ilumina amplios sectores residuales; se trata, como lo ha afirmado Busnelli, de una forma de responsabilidad a medida humana, ya que el juicio se emite sobre la conducta de los sujetos y el "quantum" resarcitorio depende en definitiva de la eficiencia causal de esta conducta. Un interesante desarrollo de esta idea lo constituye la doctrina de la "causalite partagée" (en la jurisprudencia de la Casación francesa, desde 1951).

La responsabilidad subjetiva cumple el doble rol de ser "expiadora" con relación al culpable y "satisfactoria" con relación a la víctima, además de "preventiva", con relación a toda la sociedad.

Compartimos con Josserand la insuficiencia de la teoría de la responsabilidad subjetiva, pero sostenemos, con Savatier, que no se trata de revivir el principio de "ninguna responsabilidad sin culpa", sino más bien de asignar a cada criterio de imputación el rol que le corresponde para, en función de esto, lograr una legislación adecuada a las características de cada forma, en particular en lo que se refiere al tema de las "defensas" (inimputabilidad, fuerza mayor, caso fortuito, ejercicio de un derecho, estado de necesidad, etc.) que el demandado puede oponer en cada uno de los supuestos. Esto requiere una ley que, sentando principios claros, enuncie al menos los supuestos de mayor relevancia.

La jurisprudencia, en diversas ocasiones, se ha visto ante la necesidad de indagar sobre los elementos que deben encontrarse presentes para la configuración de la responsabilidad subjetiva.

Dado que cada uno de estos elementos puede resultar excluido por razones diferentes, convendrá establecer en la ley claramente estos elementos y las causales para su exclusión. Antijuridicidad, culpabilidad y causalidad deben encontrarse especificados en la ley.

a. Antijuridicidad.

Con relación a la antijuridicidad, el Código deberá ser claro en la enumeración de las causas de justificación, tales como el consentimiento del ofendido (con sus límites, cuando se trate de situaciones jurídicas indisponibles), el estado de necesidad (actual, inminente, no provocado y no evitable de otro modo, salvo que el titular deba soportar el riesgo), la legítima defensa y el ejercicio de un derecho.

Con respecto al ejercicio de un derecho (o mejor, de una situación jurídica) deberá aclararse que cuando este ejercicio es abusivo ya no estamos frente al ejercicio y no puede, entonces, decirse que el sujeto "Iure suo utitur". Con relación a este tema deberá ampliarse la perspectiva actual; no solamente de un derecho es posible abusar, sino de cualquier situación jurídica (poderes, cargas, potestades, etc., incluso de los deberes); hablar sólo de abuso del derecho, y no de otras situaciones, es limitar los alcances del principio sin otra justificación que la inercia de la tradición.

En el campo del abuso del derecho, la jurisprudencia francesa, desde 1971, elaboró la teoría sustitutiva de los "inconvenientes anormales de vecindad": el propietario y cualquiera que legítimamente detente un inmueble está obligado a sufrir los inconvenientes normales de vecindad; sin em-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

bargo, tendrá derecho a exigir una reparación cuando tales inconvenientes excedan este límite. Se ha aclarado, en Francia, que las relaciones de vecindad suponen, en esta materia, no una relación de contigüidad, sino una simple condición de estabilidad a la exposición de las molestias.

b. Causalidad.

El daño debe ser consecuencia de la conducta a la cual se imputa. Convendrá pensar en la formulación positiva del nexo de causalidad, como elemento de la responsabilidad subjetiva; así lo ha exigido reiteradamente la jurisprudencia patria. Este principio se encuentra previsto para las obligaciones contractuales, pero, ante la discusión sobre su aplicabilidad a las extracontractuales, conviene definirlo claramente en la ley.

De especial importancia es la posibilidad de formular positivamente la exclusión de la causalidad en los casos de fuerza mayor y de hecho de la víctima o de un tercero, temas sobre los cuales hay desarrollos jurisprudenciales en nuestro medio.

c. Culpabilidad.

La culpabilidad debe resultar de una doble apreciación: por una parte, la imputabilidad civil del sujeto y, por otra, la culpabilidad en sentido estricto, o sea, la existencia de dolo o culpa (negligencia, imprudencia, impericia, inobservancia de reglamentos). Esta distinción debe quedar claramente fijada en la ley.

Paralelamente a lo expuesto con relación a los otros elementos antes mencionados, conviene establecer la exención de culpabilidad que produce el caso fortuito. Si, a pesar de la debida diligencia, un evento sigue siendo imprevisible, estaremos en presencia de un caso fortuito. Pero si el daño no fue previsto por no usarse la diligencia debida, estaremos, más bien, ante negligencia y responsabilidad consiguiente. El caso fortuito excluye la culpa, pero la culpa excluye el caso fortuito en el sentido explicado.

ch. Concurso de culpa.

Si bien se ha discutido que exista realmente un concurso de culpa, afirmándose, más bien, la existencia de un concurso de causas, la ley deberá ser clara en cuanto a los casos de "culpa recíproca" (la que se presenta cuando se produce una pluralidad de daños debida a varios autores, cada uno de los cuales es, al mismo tiempo, autor de un daño y dañado), en cuanto a los casos de la llamada "culpa común" (que se da cuando concurre la culpa del sujeto afectado y el resarcimiento queda limitado según criterios de proporcionalidad, en consideración a la parte del daño atribuible a la culpa ajena) y en cuanto a la llamada "culpa solidaria" (que surge cuando concurren dos o más autores en la producción de un daño).

Nada de lo anterior regula adecuadamente la ley vigente.

d. Responsabilidad indirecta.

Falta claridad en algunas disposiciones del Código Civil sobre la responsabilidad subjetiva indirecta, por ejemplo en lo que se refiere a los daños causados por menores, lo que ha dado lugar a algunas divergencias de criterio.

Igualmente, en cuanto a la responsabilidad del comitente o patrono por actos de su encargado, la ley deberá ser clara especificando que esta responsabilidad opera siempre que el "encargado" actúe dentro de los límites de su incumbencia (como lo ha venido a afirmar la jurisprudencia). La ausencia de responsabilidad del comitente o patrono, cuando el encargado actúa fuera de sus límites, se ha justificado en Francia con base en diversos criterios: en 1960 se habló de "independencia de la función"; en 1977 de "sin autorización y para fines personales" y, recientemente, en 1983, se ha hablado de "fines extraños a las atribuciones".

e. Animales.

Nada regula el Código Civil sobre los daños causados por los animales. En este campo, la jurisprudencia francesa, desde 1885, ha sostenido que la responsabilidad reposa sobre una presunción de culpa imputable al propietario del animal que ha causado el daño o a la persona que hacía uso de él en el momento del hecho dañoso; esta presunción sólo cesa frente a la prueba de un caso fortuito o de una culpa de la víctima.

Deberá decidirse, a este respecto, si se conserva el principio de la culpa o se establece una responsabilidad objetiva dentro de la categoría relativa a la tenencia de cosas peligrosas. Deberá hacerse la excepción relativa a los daños causados por animales salvajes, caso en el que el propietario del predio donde viven no puede ser responsable.

8. Responsabilidad objetiva.

Deberá meditarse sobre la posibilidad de pasar a una nueva perspectiva en materia de responsabilidad objetiva, donde la reparación de la lesión extracontractual reciba prioridad, mediante la promulgación de un principio general, tal como el que aparece en el nuevo Código Civil peruano de 1984, según el cual, "aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo" (artículo 1970).

Hoy, la gran difusión de situaciones peligrosas, ligadas al desarrollo tecnológico, reclama una ampliación genérica de los supuestos de la respon-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sabilidad civil. Nos referimos, en particular, a actividades que son permitidas y a cosas lícitas, donde la noción de riesgo reemplaza a las de culpa y antijuridicidad.

Las razones que justifican esta forma de responsabilidad se han encontrado en la equidad y en la prevención. Nuestra jurisprudencia ha llegado a establecer un fundamento que deberá tomarse en cuenta en la revisión de Código; ha dicho la Sala de Casación (en sentencia núm. 97 de 1976): ". . .es la que se impone sobre quien para obtener un beneficio o lucro, crea un riesgo que llega a causar daños y perjuicios a terceros y como no es justo que éstos los padezcan, se estima que quien creó el riesgo debe asumir sus consecuencias de modo que, así como toma los beneficios, debe asumir los perjuicios que resulten".

9. Acción inhibitoria.

Dentro de las más recientes tendencias en materia de responsabilidad extracontractual, se ha visto una ampliación de la tutela preventiva con relación a la salud. Los daños ambientales, en particular por su repercusión sobre la salud humana, deben poder ser inhibidos preventivamente.

Todo ciudadano afectado debe poder reaccionar jurídicamente, con una acción sumaria, contra todo el que con ruido, humo, basura, radiaciones, desechos industriales (que superen el límite de la tolerabilidad) lesione el ambiente e impida que éste sea un ambiente sano.

Si la ley que se llegase a plasmar no previera esta acción inhibitoria ante la potencial lesión a la salud por contaminación ambiental, realmente en este campo no estaríamos dando el paso decisivo, en un Código que pretenda tener como eje a la persona, más que a los valores patrimoniales.

Dentro del sistema romano, son diversos los Ordenamientos donde ya se ha dado este paso.

La doctrina peruana, por ejemplo, afirma la idea de que, en caso de desconocimiento a cualquiera de los valores de la persona, el Juez puede ordenar la cesación de los hechos potencialmente susceptibles de causar un daño a la persona, o la paralización de la actividad generadora del daño, siempre que éste se encuentre verosímilmente acreditado; esto, por supuesto, además de las consecuencias patrimoniales del caso. El nuevo Código Civil peruano plasma esta idea, aunque en términos genéricos (según lo aclara Fernández Sessarego).

Este principio se introdujo en la jurisprudencia italiana en 1979: los daños a la salud deben ser indemnizados, pero sobre todo, deben ser prevenidos con una estrategia de defensa a ultranza contra toda iniciativa hostil (así Busnelli-Bargagna, 1986). Esta sentencia afirmó el derecho del hombre a un ambiente saludable. Posteriormente, en 1983, la Sección Segunda de la Suprema Corte afirmó dos proyecciones de este derecho: resarcitoria e inhibitoria. En ausencia de específica disposición legal, la tutela inhibitoria se fundamentó en una generalización analógica de una disposición ubicada en materia de propiedad, según la cual el propietario puede impedir la penetración de humo, ruidos, etc., que superen la normal tolerabilidad. De acuerdo con estas ideas, el Juez no siempre impondrá una inhibición absoluta de la actividad contaminante, sino que podrá adoptar las medidas más aptas para adecuar la intervención a las peculiaridades del caso concreto, de modo que pueda reducirse el fenómeno a los límites de la tolerabilidad (aunque una sentencia napolitana reciente, de febrero de 1983, sostuvo que si el Juez considera prioritaria la producción, puede consentir la contaminación previa indemnización al propietario; para Busnelli este es un ejemplo de cómo las argumentaciones jurídicas pueden enmascarar una impotencia de algunos jueces frente a los nuevos problemas).

10. El resarcimiento. Modos.

Convendrá determinar el ámbito de facultades del Juez a la hora de fijar las modalidades de la reparación. Por ejemplo, como desde 1974 lo ha venido admitiendo la jurisprudencia francesa, la fijación de una renta "indexada", considerándose que la atribución de una renta puede ser, en algunos casos, el modo de reparación más adecuado, a condición de que esta renta conserve su valor constante y su poder de compra.

11. Momento de fijación del valor del daño.

Otro tema que requiere definición legislativa es el relativo al momento de determinación del monto a indemnizarse.

En este campo la jurisprudencia francesa, desde 1943 se ha venido orientando en el sentido de que la indemnización necesaria para compensar el perjuicio debe ser calculada sobre el valor de éste en el día del fallo que consagra el crédito de la víctima. El fundamento de esta orientación ha sido el principio de que el autor del daño está obligado a la reparación integral, por lo que debe tomarse en cuenta el alza en el costo de la vida, las variaciones en el tipo de cambio y la depreciación de la moneda. La jurisprudencia admite, decididamente, que se trata de una deuda de valor.

12. Daño moral.

Es conocida la polémica sobre la resarcibilidad del daño moral. Frente a las posiciones desfavora-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

bles en Alemania, la tendencia francesa e italiana, contrariamente, ha afirmado su resarcibilidad.

En Costa Rica, en un principio, la jurisprudencia tuvo una posición restrictiva; sin embargo, recientemente ha cambiado orientación. Incluso ahora la ley establece el derecho a la reparación por la lesión a cualquiera de los derechos de la personalidad.

Un tema importante, en el que ha habido algunas oscilaciones jurisprudenciales es el relativo al daño moral sufrido por los parientes de la víctima difunta, por ejemplo, en el caso de un homicidio culposo.

Dentro de la tendencia favorable a la tutela de los intereses de las víctimas, la jurisprudencia tiende a abrirse en este campo. En Francia se ha llegado a ampliar esta tutela a todos los que demuestren el carácter real del vínculo afectivo (el cual se presume en los parientes cercanos desde 1923).

También en Francia, a partir de 1970, se supera, en este campo, el prejuicio contra el matrimonio de hecho y una sentencia declara que en el caso de muerte de una persona que se encontraba en matrimonio de hecho, el conviviente supérstite tiene derecho a la reparación que en el matrimonio inscrito corresponde al cónyuge.

En Costa Rica, en algunos casos se ha admitido que el daño moral puede proceder de conductas que afectan la vida. Aparte del daño patrimonial que se produce a los alimentarios, se produce otro tipo de daños, concretamente de carácter moral, consistentes en el dolor y la pena de perder al hijo o al padre, o a la madre, a causa de un homicidio culposo o doloso; la angustia, el sufrimiento y la pena moral han de quedar incluidos en la reparación, lo mismo la desintegración afectiva de la familia, los sufrimientos de la agonía, el perjuicio moral irreparable en la formación de los hijos menores. . .Se ha dicho: "Si bien se reconoce que tratándose del daño moral, el dinero, según su función tradicional, es inadecuado e imperfecto, por ser una medida de equivalencia de valor, se le asigna hoy una nueva función cual es la de actuar como medio compensatorio. . .de lo contrario, el causante del daño moral quedaría librado de todo pago, es decir en la impunidad".

13. El daño a la persona.

Una nueva e importante tendencia se ha venido afirmando recientemente en la jurisprudencia italiana con relación a los daños no patrimoniales.

Se ha individualizado un nuevo tipo de daño resarcible: el daño a la salud, como algo distinto del daño biológico.

Aunque con diversas denominaciones, en Italia, la jurisprudencia (Génova 1974, Pisa 1979, Casación 1981, 1983, 1985) ha afirmado la salud como bien autónomo y su lesión como lesión valorable separadamente de la lesión biológica. Esta puede ser valorada en términos iguales para todas las personas (tomando en cuenta las condiciones orgánicas y de edad). En cambio, el daño a la salud no se adapta al automatismo propio de las tablas. Se requiere, más bien —se ha afirmado— un criterio equitativo que logre conjugar la exigencia de uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede ser valorado diversamente de sujeto a sujeto, porque es precisamente la lesión lo relevante) con una exigencia de elasticidad y de flexibilidad para adecuar la liquidación del caso concreto a la efectiva incidencia de la constatada lesión sobre las actividades de la vida cotidiana en la que el dañado desarrolla la propia personalidad (Así el Tribunal de Pisa en 1984, cit. p. Busnelli).

Obsérvese que el daño a la salud (que es algo más que la salud física) es un daño sobre la personalidad. El distinguido jurista Fernández Sessarego (uno de los autores del Código Civil peruano) al respecto prefiere hablar de "daño a la persona", entendido como aquel que incide sobre el proyecto de vida. Este concepto se introdujo positivamente en la nueva ley peruana.

14. Conclusiones.

Muchos problemas específicos han quedado fuera de comentario. No se ha pretendido aquí agotar el tema, sino solamente mostrar la necesidad de revisar el articulado de nuestro Código Civil en el campo de la responsabilidad extracontractual.

Los supuestos mencionados han sido solamente ejemplos de la falta de correspondencia de la ley costarricense con la realidad actual, con las elaboraciones más modernas y acertadas de la doctrina de nuestro sistema de Derecho Comparado y de la jurisprudencia, lo mismo que con relación a la afirmación fundamental de la persona y sus valores sobre los valores patrimoniales.

Como se ha visto, la responsabilidad extracontractual es objeto de una muy deficiente regulación positiva; no basta, por lo menos en este campo, la reforma parcial; es necesaria la revisión integral de la materia; es necesaria la reestructuración sistemática del respectivo título y su armonización con otras zonas del Código, en especial la relativa a los valores de la personalidad y a los medios para su tutela (mal llamados "derechos de la personalidad").

Se trata de lograr una normativa que, además

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de ser coherente y sistemática desde el punto de vista formal, sea, sustancialmente, correspondiente a los retos de nuestro tiempo, en especial a los problemas de contaminación y producción en masa y que, al mismo tiempo, teniendo como eje a la persona humana, dé relieve a la tutela de sus valores fundamentales, como la salud, inclusive con armas preventivas.

***